

III. JURISPRUDENCIA

A) JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Coordinación a cargo de

FRANCISCO JAVIER QUEL LÓPEZ*

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

SUMARIO

I. RELACIÓN ENTRE EL ORDENAMIENTO INTERNO Y EL ORDENAMIENTO INTERNACIONAL.—II. APATRIDIA, ASILO Y REFUGIO.—III. DERECHOS HUMANOS.—IV. DERECHO INTERNACIONAL PENAL.—V. DERECHO COMUNITARIO EUROPEO.

I. RELACIÓN ENTRE EL ORDENAMIENTO INTERNO Y EL ORDENAMIENTO INTERNACIONAL

2007-16

TRATADOS.—Régimen al que queda sometida la trabajadora, nacional española, contratada por el Consejo Oleícola Internacional

Fundamentos de Derecho

Único. El motivo a que circunscribe la actora su recurso se ampara en el apartado c) del art. 191 de la LPL y señala la infracción de los RRDD 2.805/1.979, de 7 de diciem-

* La presente crónica abarca el segundo semestre de 2007 respecto de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional, así como la emanada de los tribunales inferiores. La selección de materiales ha sido llevada a cabo por los profesores de la UPV/EHU Óscar Abalde Cantero, Nicolás Alonso Moreda, M.^a Dolores Bollo Arocena y Juan Soroeta Licerias. Conviene advertir que se ha incluido exclusivamente la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales españoles en su función de interpretación y aplicación de normas internacionales.

bre, 1.658/1.998, de 24 de julio y 317/1.985, de 6 de febrero, así como el Acuerdo de Sede entre España y el organismo demandado, los Convenios de Viena de 1961 y 1963 «y demás Resoluciones de la Dirección General de Acción Social, de la Dirección General de Previsión y del Convenio núm. 67 de la OIT»

A pesar de la manifiesta falta de concreción de las normas referidas, cuyos preceptos de aplicación no se citan, cabe convenir en que el art. 33.3 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 18 de abril de 1967, ratificada por España el 21 de noviembre de ese mismo año, establece que el Agente Diplomático que emplee a personas no incluidas en el apartado precedente –relativo a los «criados particulares» del propio Agente– «habrá de cumplir las obligaciones que las disposiciones sobre Seguridad Social del Estado receptor impongan a los empleadores».

Por otra parte, el art. 41 de esa misma norma –que está en conexión con sus arts. 1.º y 38.2 respecto de los miembros del personal de servicio– establece que «sin perjuicio de sus privilegios e inmunidades, todas las personas que gocen de esos privilegios e inmunidades deberán respetar las Leyes y Reglamentos del Estado receptor», que es a lo que alude la contestación escrita de 22 de septiembre de 2006 dada por la Subsecretaría de Asuntos Exteriores y de Cooperación del M.º de AAEE a la consulta efectuada por la defensa letrada de la actora (documento 16 del folio 16 de los autos consistente en toda la prueba de la demandante) y a lo que se refiere el hecho tercero del incombustible relato de la sentencia recurrida, sin que la nota verbal de 22 de noviembre de 2006 a que asimismo se hace referencia en el hecho decimoséptimo y último de dicho relato pueda entenderse que contradice a aquélla, en primer lugar porque no se indica que se rectifica su respuesta precedente a la parte contraria, a pesar de que se trata de la contestación a una consulta de la demandada a raíz de dicha respuesta escrita, desconociéndose, por otra parte, los concretos términos de esa consulta, dirigida, evidentemente, a tratar de contrarrestar los efectos de aquélla, siendo difusos, por otro lado, los términos de dicha nota, ya que la posibilidad de suscribir convenio especial del organismo internacional no significa que se excluya la aplicación de la legislación general del Estado en la materia, y, en fin y siquiera sea a mero mayor abundamiento, porque en ese documento no aparece firma legible ni determinación del departamento de ese Ministerio o del funcionario que la expide, garantías mínimas de formalidad, que, por el contrario, se recogen en la contestación escrita dada a la actora previamente.

En cualquier caso, la decisión que hayan de adoptar los órganos de la Jurisdicción no se ve afectada por el parecer de la Administración ni por la interpretación que la misma pueda hacer de la normativa de aplicación.

La Convención de Viena no es contradicha por el Acuerdo de Sede suscrito entre España y el Organismo internacional demandado, que no establece nada respecto de la cuestión litigiosa –como, por otra parte, parece lógico– de manera que aquélla puede entenderse perfectamente aplicable al caso conforme al art. 4.1 C.C., aunque no sea un acuerdo con un Estado propiamente dicho, pues se trata, en definitiva, de relaciones internacionales con un ente independiente supranacional dotado de personalidad jurídica propia, al que, siquiera sea por extensión, cabe reconocer el mismo trato que a un Estado en todos los aspectos que no se regulen específicamente de otro modo, como por otra parte, parece inferirse del tratamiento que se da al director ejecutivo del Organismo en el art. 10.1 del Acuerdo.

Sentado lo anterior, ha de partirse de la declaración que efectúa el art. 41 C.E. conforme al cual el régimen público de Seguridad Social establecido en España es «para todos los ciudadanos» y se constituye para garantizarles la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, «especialmente en caso de desempleo», lo que exige, conforme a la normativa ordinaria de desarrollo constituida en primer lugar por la LGSS, el alta en la

Seguridad Social del trabajador/a español que presta servicios en España y la cotización por todas las contingencias cubiertas por el sistema, según se desprende de los arts. 7, 12 y 15 de dicha ley.

Sobre esta base, pues, ha de efectuarse la interpretación correcta de la normativa reglamentaria aplicable al caso, consistente en el RD 317/1985, de 6 de febrero, que es el que se refiere específicamente al organismo internacional demandado en esta litis, con sede en España, norma que, a diferencia del RD 2.805/1979, de 7 de noviembre, que cita en su preámbulo, está dictada exclusivamente para funcionarios españoles que residiendo en territorio nacional presten servicios en el mismo, sin mencionar o excluyendo, por tanto, a los trabajadores, y ello porque, evidentemente, a éstos –que con toda probabilidad han de constituir un colectivo mínimo o muy reducido o incluso sólo alguna/s persona/s circunscrita/s a labores como la de la actora– se les aplica la legislación general, al no tratarse tampoco de los que el referido art. 33 de la reiterada Convención de Viena califica, en su apartado 2, de «criados particulares» –precedentemente mencionados– al servicio exclusivo del Agente Diplomático, respecto de los cuales dicho precepto exime a éste del cumplimiento de las disposiciones sobre seguridad social vigentes en el Estado receptor, lo que, en consecuencia, no incluye a la recurrente. En resumen, pues, que a ésta, como trabajadora de la categoría profesional expresada en el ordinal primero de la incombata declaración fáctica de la sentencia de instancia, le es aplicable la antedicha legislación general española en la materia, de lo que se sigue que es acreedora a la prestación litigiosa.

Conforme al art. 126 de la LGSS la responsabilidad empresarial es completa en caso de falta de afiliación o alta en el sistema de aseguramiento público del trabajador/a, si bien en la concreta materia de desempleo, el art. 220 de la misma norma establece –a diferencia de lo que acontece con las demás prestaciones de seguridad social y con carácter de norma especial– el principio de automaticidad a cargo de la entidad gestora incluso en el supuesto de incumplimiento de dicha obligación, «sin perjuicio de las acciones que pueda adoptar contra la empresa infractora y la responsabilidad que corresponda a ésta por las prestaciones abonadas», lo que es desarrollado en semejantes términos por el art. 31 del RD 625/1985, de 2 de abril.

De todo ello se deriva el acogimiento del recurso y la subsiguiente revocación de la sentencia de instancia.

Fallamos

Que debemos estimar y estimamos el recurso de suplicación interpuesto por Lourdes, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 30 de los de Madrid, de fecha veintiocho de marzo de dos mil siete, en los autos seguidos ante el mismo a instancia de la recurrente frente al Servicio Público de Empleo Estatal y Consejo Oleícola Internacional (COI), en reclamación por desempleo y, en consecuencia, que debemos revocar y revocamos la expresada resolución condenando al COI al abono de la prestación litigiosa en los términos que normativamente procedan y al SPEE a anticipar el pago de dicha prestación conforme a cuanto precedentemente se ha razonado.

[Sentencia Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, núm. 741/2007 (Sala de lo Social, Sección 4.^a), de 7 de noviembre de 2007. Ponente: Ilmo. Sr. D. Miguel Ángel Luelmo Millán].

F.: Aranzadi (Westlaw), JUR 2008/45690.

2007-17

TRATADOS INTERNACIONALES.—Acuerdos ADPIC. Interpretación y aplicación de tratados internacionales. Interpretación del ordenamiento jurídico nacional en atención a los objetivos del Convenio.*Fundamentos de Derecho*

[...]

Cuarto. [...] 5. *La aplicación en España del ADPIC y sus efectos.*

Conforme establece el artículo 96 de la Constitución: «Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional». El artículo 1.5 CC indica, al tratar de las fuentes del ordenamiento jurídico español, que «las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto en cuanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento jurídico interno mediante su publicación íntegra en el “Boletín Oficial del Estado”». Luego una vez producida la publicación las normas se integran en el ordenamiento interno y pasan a formar parte del mismo generando derechos y obligaciones a los particulares. En este punto debe indicarse que el criterio de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo no es en esta materia uniforme por cuanto respecto de algunos tratados ha considerado que no generan derechos subjetivos directos para los particulares (STS de 5 de octubre de 2000 respecto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 sobre el ámbito de protección de los derechos del niño), aunque el criterio más acertado es el recogido en la STS de 22 de mayo de 1999: «sobre la base del principio de solidaridad e interdependencia en las relaciones internacionales se ha venido a reconocer y a configurar una nueva concepción de la idea de soberanía asentada en las ideas de integración y acatamiento de principios y normas de ámbito supranacional. Tal es, en realidad, el fundamento justificador y básico del capítulo tercero del título III de la vigente Constitución Española (arts. 93 a 96, ambos inclusive) que dando reconocimiento a los Tratados y Convenios internacionales, los incorpora al Ordenamiento Memo una vez que, válidamente celebrados, hayan sido publicados íntegramente en el “Boletín Oficial del Estado” (arts. 96.1 de la Constitución y 1.5 CC)». En idéntico sentido y respecto de los tratados sobre materias de propiedad industrial se pronuncia la Audiencia Provincial de Granada en Sentencia de 20 de septiembre de 2000.

[...]

Si además tenemos en cuenta que las normas internacionales de referencia, CPE y ADPIC, surgen con la voluntad de homogeneizar y uniformar la protección jurídica de las patentes y, respecto del ADPIC, cualquier otro derecho de propiedad industrial o intelectual, la adhesión de España a estos convenios y tratados no sólo obliga a su directa e inmediata aplicación una vez publicados, sino también a la interpretación de estas normas y del resto de preceptos que integran el ordenamiento jurídico nacional en esta materia del modo y manera que resulte más conveniente para garantizar que se satisfacen los objetivos previstos en estos tratados y convenios, es decir, interpretar de modo que facilite la máxima protección a los derechos que se encuentran dentro del ámbito de estos convenios.

En definitiva al dejar de ser operativas las limitaciones o reservas a las patentes de producto químico o farmacéutico, éstas son plenamente válidas y eficaces en toda su extensión, no siendo necesario que el titular de una de esas patentes realice modificación o ampliación de ningún tipo para que se puedan desenvolverse los efectos y la protección

propia de la patente una vez han cesado las causas o circunstancias que llevaron a la reserva. Por lo tanto la patente de Du Pont no puede considerarse nula una vez ha entrado en vigor el acuerdo ADPIC en el ordenamiento jurídico español puesto que dicho acuerdo al integrarse en el ordenamiento jurídico produce efectos directos en los derechos y obligaciones de los particulares.

[Sentencia del Juzgado de los Mercantil núm. 3 de Barcelona, de 22 de octubre de 2007. Ponente: Ilmo. Sr. D. José María Fernández Seijo].

F.: Aranzadi (Westlaw), JUR/2008/33190.

2007-18

TRATADOS INTERNACIONALES.—Aplicación directa de los acuerdos ADPIC. Retirada de reserva. Concurrencia de convenios que atribuyen obligaciones incompatibles. Primacía de las normas internacionales sobre las internas.

Fundamentos de Derecho

Tercero. Debemos analizar, por tanto, si conforme a la normativa española los Acuerdos ADPIC son directamente aplicables. Para ello debemos examinar, en primer lugar, si dicha norma forma parte de nuestro Derecho

En este sentido, el artículo 96 de la CE establece que:

«Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional.»

Por su parte el artículo 1.5 CC señala que las normas jurídicas contenidas en los tratados internacional no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el «Boletín Oficial del Estado».

Del juego de ambos preceptos se deduce que para la integración de los tratados internacionales en nuestro ordenamiento sólo es necesario la publicación en el «BOE». Ello supone que nuestro Derecho ha seguido la posición monista de manera que para la eficacia de las normas de los tratados no es necesario su previa transformación, no siendo necesario un acto de recepción formal, sino que basta su publicación (en este sentido SSTS –Sala 3.ª– de 10 de marzo de 1998; STS –Sala 1.ª– de 22 de mayo de 1989; STC de 29 de junio de 1998).

Así lo ha señalado el Tribunal Supremo (Sala 1.ª) en Sentencia de 28 de julio de 2000, rec. 2751/1995 (referencia EDJ 2000/20373) al señalar que «... esta Ley especial, que recoge el contenido de aquel Convenio y sus posteriores modificaciones, integra todas ellas en el ordenamiento legal español, como dispone el art. 96.1 de nuestra Constitución y señala el art. 1.5 CC [...] una vez que se han cumplido, como en el supuesto que se examina ocurre, los requisitos de publicación en el «Boletín Oficial del Estado» que señala la Sentencia de 3 de mayo de 1980, la de 30 de junio de 1982 y el Auto, también de esta Sala, de 13 de enero de 1983, integrando esas normas en el ordenamiento interno español en el que ya desde antiguo se las tenía así a efectos del recurso de casación, como han declarado las Sentencias de 26 de junio de 1901, 16 de abril de 1902 y 9 de enero de 1911».

Por lo tanto, en la medida que el Acuerdo ADPIC se publicó en el «BOE» el 24 de enero de 1995 ha de concluirse que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico

Ahora bien, el hecho de que el ADPIC forme parte de nuestro ordenamiento, no es suficiente para poder invocar su aplicación directa, aunque en realidad lo relevante no es si el Acuerdo en su totalidad es directamente aplicable, sino si determinados preceptos del mismo pueden serlo, de manera que los particulares puedan invocar su aplicabilidad ante los tribunales de justicia. En este sentido se ha venido señalando que es necesario la concurrencia de tres requisitos:

Que contenga disposiciones susceptibles de incidir directamente en la esfera de los particulares, al reconocerles derechos o imponerles obligaciones.

Las normas deben ser autoejecutivas, lo que significa que la redacción sea clara y precisa y permita la aplicación directa sin tener que recurrir al ulterior desarrollo legal o reglamentario que establezca la voluntad del Estado.

Que el ordenamiento interno reconozca a las normas de Derecho internacional aplicabilidad directa, de manera que no sea necesario la promulgación de una disposición formal de recepción de los tratados [...]

Quinto. [...] La reserva implica una declaración unilateral de un Estado que exterioriza una manifestación del consentimiento respecto a determinados aspectos de un tratado internacional que se ratifica por ese Estado. Como consecuencia de esa reserva, determinados aspectos del convenio no surtirán efecto.

El Tribunal Constitucional (Sala 2.ª) en Sentencia de 29 de junio de 1998 ha señalado que «si la reserva consiste en una declaración unilateral hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un Tratado multilateral, o al adherirse a él, y si tiene por finalidad excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del Tratado en su aplicación a ese Estado, según disponen los arts. 2.1 d) y 21.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969 (cuyo Instrumento de adhesión fue publicado en el “BOE” de 13 de junio de 1980), la consecuencia es que la reserva, en cuanto modifica o excluye una disposición forma parte del Tratado y, por la misma razón, también forma parte de él la retirada de la misma».

Ahora bien, la retirada de la reserva se puede realizar en cualquier momento y no requiere consentimiento de los demás Estados partes. Ello supone que no hay obstáculo en el derecho internacional para que la retirada de una reserva se pueda hacer de forma tácita, mediante la manifestación de voluntad sobre la misma materia expresada en otro convenio y que conlleve la solución o efecto contrario a la prevista en la reserva.

En este punto, es necesario traer a colación lo dispuesto en el Convenio de Viena, sobre el derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969, del que España es parte y en el que se establecen una serie de pautas para la concurrencia de convenios que atribuyen obligaciones incompatibles.

El artículo 30.2 del Convenio prevé la posibilidad de que las partes hayan previsto los posibles conflictos entre tratados concluidos por ellas. En el artículo 2 del Acuerdo ADPIC se incluyeron una serie de convenios en los que expresamente se indicaba que no se verían afectados ni modificados, no mencionando el CPE. Ello podría permitirnos concluir que entre Estados firmantes de ambos convenios, al no mencionarse en el artículo 2.2 el CPE, el Acuerdo ADPIC sí les afectaría.

Por otro lado, el artículo 30.3 y 30.4 del Convenio de Viena recoge los supuestos en los que la existencia de conflictos no ha sido prevista por los convenios; la solución que prevé el Convenio de Viena es la de otorgar prioridad al tratado posterior, al señalar que el anterior se aplicará en la medida que sus disposiciones sean compatibles con el posterior. Viene a ser una especie de manifestación del principio de derogación tácita de manera que las normas posteriores derogan las anteriores, siempre claro está que se refieran a las mismas cuestiones.

Como ya hemos señalado anteriormente, los dos tratados en cuestión (al menos en los preceptos que se consideran aplicables) se refieren a las patentes de productos farmacéuticos; ambos tratados tiene soluciones distintas ya que la reserva efectuada por España en el CPE conlleva que no surtirían efecto las patentes europeas de productos farmacéuticos, mientras que conforme al ADPIC, como hemos visto sí le atribuye efectos. Siendo posterior el ADPIC ha de considerarse que la reserva dejó de surtir efecto, lo que implica que se debe tener por no puesta. [...]

Séptimo. [...] El problema que se plantea es articular la forma de adquirir eficacia en España la patente europea.

Con arreglo a lo establecido en los artículos 8 y 9 del RD 2424/1986 la traducción al español del texto de la patente europea deberá presentarse en el plazo de tres meses desde la publicación en «Boletín Europeo de Patentes» de la mención de la concesión de la patente y que la OEPM en el plazo de un mes la publicará en el «BOPI». En principio podría pensarse que al haber transcurrido en exceso los plazos mencionados, ya que la publicación de la concesión de la patente europea se produjo el 26 de octubre de 1994, no sería posible que las reivindicaciones de producto farmacéutico de la patente europea gozaran de eficacia en España. Ahora bien, dicha conclusión contravendría flagrantemente lo dispuesto en los arts. 27 y 70 del ADPIC, que no debe olvidarse que son preceptos de un convenio internacional, rigiendo el principio de primacía de las normas internacionales sobre las internas, de modo que las normas de Derecho nacional no pueden contravenir lo estipulado en los tratados internacionales. Ello supone que los mencionados preceptos no pueden impedir la eficacia de las reivindicaciones de productos farmacéuticos de la patente europea de Du Pont, que viene reconocida por el ADPIC.

En este sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de febrero de 1991 establece que «ningún tratado internacional recibe del art. 96.1 CE más que la consideración de norma que, dotada de la fuerza pasiva que el precepto le otorga, forma parte del ordenamiento interno; de manera que la supuesta contradicción de los tratados por las leyes o por otras disposiciones normativas posteriores no es cuestión que afecte a la constitucionalidad de éstas y que, por tanto, deba ser resuelto por el Tribunal Constitucional (STC 49/1988, FJ 14.º in fine), sino que, como puro problema de selección del Derecho aplicable al caso concreto, su resolución corresponde a los órganos judiciales en los litigios de que conozcan. En suma, la eventual infracción de la legislación comunitaria europea por leyes o normas estatales o autonómicas posteriores no convierte en litigio constitucional lo que sólo es un conflicto de normas infraconstitucionales que ha de resolverse en el ámbito de la jurisdicción ordinaria.»

Especialmente clarificadora en la sentencia del TS –Sala 1.ª– de 28 de julio de 2000, rec. 2751/1995 (referencia EDJ 2000/20373) al señalar que:

«Esta Ley especial, que recoge el contenido de aquel Convenio y sus posteriores modificaciones, integra todas ellas en el ordenamiento legal español, como dispone el art. 96.1 de nuestra Constitución (EDL 1978/3879) y señala el art. 1.5 CC (EDL 1889/1), haciendo preferente su aplicación como ya han declarado las Sentencias de 27 de enero de 1970, 17 de julio de 1971 y 17 de junio de 1974 –los compromisos internacionales de un instrumento expresamente pactado tienen primacía en caso de conflicto o contradicción con las fuentes de Derecho interno que pudieran diferir de lo estipulado, dicen las mismas– una vez que se han cumplido, como en el supuesto que se examina ocurre, los requisitos de publicación en el «Boletín Oficial del Estado» que señala la Sentencia de 3 de mayo de 1980, la de 30 de junio de 1982 y el Auto, también de esta Sala, de 13 de enero de 1983, integrando esas normas en el ordenamiento interno español en el que ya desde antiguo se las tenía así a efectos del recuso de casación, como han declarado las Sentencias de 26 de junio de 1901, 16 de abril de 1902 y 9 de enero de 1911.»

Además, conforme al artículo 27 del Convenio de Viena, no es posible que las disposiciones de Derecho interno puedan justificar el incumplimiento de un tratado.

[Sentencia del Juzgado de los Mercantil núm. 6 de Madrid, de 19 de octubre de 2007.
Ponente: Ilmo. Sr. D. Javier Jesús García Marrero].

F.: Aranzadi (Westlaw), JUR/2007/334130.

2007-19

TRATADOS INTERNACIONALES.—Aplicación de tratados internacionales para cumplir norma penal en blanco: art. 334 del Código Penal, caza de especies de fauna en peligro de extinción.

Fundamentos de Derecho

Primero. [...] Mientras que, por el otro y, en el campo de lo jurídico, se estima procedente subsumir dicho comportamiento en el precepto del Código Penal mencionado más arriba, habida cuenta, genéricamente, del carácter vinculante que los tratados internacionales válidamente celebrados y ratificados por España tienen en nuestro país, de acuerdo con el artículo 1.5 del Título Preliminar del Código Civil (comprensivo, al decir unánime de la doctrina, de la verdadera constitución jurídica del Estado) y, de la inconcusa vigencia interna ex artículo 93 de la Constitución Española y, después del ingreso de nuestro país en la ahora conocida como Unión Europea, del llamado Derecho comunitario y, en concreto de la virtualidad en España de tratados como el Convenio Cites, hecho en Washington el 3 de marzo de 1973 –ratificado por instrumento de 16 de mayo de 1986– o el Convenio de Berna de 19 de Septiembre de 1979 –ratificado mediante instrumento de 13 de mayo de 1986– o del Reglamento (CE) 338/1997, definitorios de la «panthera Trigris», comúnmente conocida como tigre como especie de «máxima protección», «amenazada» o, literalmente, según el primero de los expresados convenios, «en peligro de extinción», lo que obliga a integrar la norma penal en blanco o «tipo cacho» a que se resume la del núm. 2 del artículo 334 del Código Penal considerada y, en concreto, esa propia dicción con que se expresa el precepto de especie no ya sólo protegida sino «en peligro de extinción», no sólo con los animales merecedores de esa conceptualización de acuerdo con normas legales o reglamentarias de estricto y puro Derecho interno, sino también con las internacionales o convencionales integradas en nuestro ordenamiento (entre las que se hallan las antes relacionadas) y ello en atención al doble criterio, por un lado hermenéutico, de que allí donde el legislador no distingue no le está permitido distinguir al intérprete (lo que veda dicha diferenciación respecto a una norma que sin precisión alguna se refiere a especies en peligro de extinción» y no sólo, por tanto, a las autóctonas que se encontraren en tal riesgo) y, por el otro lógico, de que carecería de todo sentido la adhesión de España a esos pactos internacionales tutivos a todo trance de dichas especies de fauna, para luego abdicar de su protección precisamente frente a una muerte violenta y organizada de alguna o algunas de las mismas dentro de sus fronteras. Por lo que como corolario de las consideraciones expuestas y, con la sola excepción, por los motivos antes aludidos, de la acusada Celestina, se está en el caso

de emitir un pronunciamiento de condena, por el ilícito mencionado, frente a los demás acusados.

[Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Don Benito, núm. 175/2007, de 28 de diciembre. Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael Estévez Benito].

F.: Aranzadi (Westlaw), JUR/2008/37690.

2007-20

INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN.—Régimen al que queda sometido en España el Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre la independencia de jueces y magistrados, al gozar de inmunidad de jurisdicción en aplicación de la Convención sobre prerrogativas e inmunidades de las Naciones Unidas de 1946

Razonamientos jurídicos

Primero. Se recurre por la representación procesal de la «Fundación Jurei» (Justicia Responsable e Independiente) el Auto del Juzgado de instancia de fecha 1 de diciembre de 2006, cuya parte dispositiva se recoge en los antecedentes de hecho de la presente resolución, que articuló su recurso alegando la competencia de los Tribunales españoles para conocer de las diligencias preliminares instadas, siendo competente territorialmente el Tribunal ante el que haya de presentarse la demanda, alegando la aplicación al caso de los artículos 24 CE, 22 LOPJ y 257, en relación con el artículo 256.º 6.º, 50.2 in fine y 52.1.6.º y todos ellos de la LEC.

Segundo. A nuestro juicio no puede declararse que los tribunales españoles carezcan de competencia para conocer de diligencias preliminares solicitadas por un español contra un extranjero el mero hecho de que el sujeto pasivo y futuro demandado tenga su residencia oficial en Suiza. En el presente caso la competencia territorial, en ausencia de fuero legal aplicable, se determina por el del domicilio del actor (art. 50.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil).

Ello no obstante, esta Sección entiende que los Tribunales civiles españoles carecen de jurisdicción y de competencia internacional para conocer de la petición de diligencias preliminares contra el Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sobre la independencia de jueces y magistrados, por no tener jurisdicción ni competencia internacional para conocer de la demanda que en el futuro pudiera interponerse por «Fundación Jurei» (Justicia Responsable e Independiente), al gozar el demandado de inmunidad de jurisdicción, concurriendo, por tanto, el supuesto previsto en el artículo 36.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

En efecto, el demandado está protegido por la Convención sobre prerrogativas e inmunidades de las Naciones Unidas (1946), a la que se adhirió España el 31 de julio de 1974 («BOE» núm. 249, de 17 de octubre de 1974), por ostentar la condición de Perito y alcanzarle, conforme a su art. 22, las prerrogativas e inmunidades que sean necesarias para el ejercicio independiente de sus funciones durante el período de sus misiones, y en especial de inmunidad contra toda acción judicial respecto a palabras habladas o escritas y a sus actos en el cumplimiento de su misión.

Por otra parte, a mayor abundamiento, entendemos que los tribunales españoles carecen de jurisdicción o competencia internacional para acordar las diligencias preliminares interesadas, consistentes en requerir al Relator especial de las Naciones Unidas para la independencia de Jueces y Abogados para que facilite el listado del grupo de profesionales de la judicatura y abogacía afectados en su independencia que se dirigieron al mismo en los diez

últimos años, pues el artículo 2, Sección IV, de la Convención mencionada, declara que los archivos de la Organización y, en general todos los documentos que le pertenezcan o se hallen en su posesión, serán inviolables donde quiera que se encuentren, e igualmente el artículo 22, apartado c) de la Convención, declara la inviolabilidad de todo papel y documento de los Peritos que formen parte de misiones de las Naciones Unidas.

Por último, debemos señalar que la Convención (Sección 30) asigna a la Corte Internacional de Justicia con sede en La Haya, la competencia exclusiva para resolver cualquier diferencia derivada de su aplicación, lo que, a nuestro juicio, excluye la jurisdicción de los tribunales del Reino de España para determinar siquiera el alcance de la inmunidad del Relator especial de las Naciones Unidas para la independencia de Jueces y Abogados, o el de la inviolabilidad de su documentación.

Tercero. En atención a lo expuesto, procede la desestimación del recurso de apelación interpuesto por «Fundación Jurei» (Justicia Responsable e Independiente), con imposición al recurrente de las costas causadas en esta alzada (art. 398 en relación con el art. 394 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil).

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

Parte dispositiva

La Sala acuerda: Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de «Fundación Jurei» (Justicia Responsable e Independiente) contra el Auto de fecha 1 de diciembre de 2006, recaído en procedimiento de diligencias preliminares seguido con el núm. 1152/2006 ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 83 de Madrid, con imposición a la parte recurrente de las costas originadas en esta alzada.

[Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, núm. 326/2007 (Sección 20), de 6 de noviembre. Ponente: Ilmo. Sr. D. Ramón Fernando Rodríguez Jackson].

F.: Aranzadi (Westlaw), JUR 2008/40351.

II. APATRIDIA, ASILO Y REFUGIO

2007-21

APATRIDIA.—Reconocimiento del estatuto de apátrida a una mujer saharai, por no poder adquirir la nacionalidad española, no contar con la nacionalidad argelina y no podersele imponer la marroquí

Fundamentos de Derecho

Séptimo. Pero es más, del detallado examen del resto de las normas, resoluciones y decisiones nacionales e internacionales que se citan bien puede deducirse que la recurrente (1) no puede obtener en este momento la nacionalidad española, (2) no cuenta con la nacionalidad argelina, por el hecho de que Argelia le expidiera un pasaporte para salir del campo de refugiados en el que residía, y (3) tampoco puede serle impuesta la nacionalidad marroquí. En consecuencia, como señala la Convención, la recurrente no es «considerada como nacional

suyo por ningún Estado, conforme a su legislación», produciéndose –de iure y de facto– una situación de apatridia:

Por lo que hace referencia, en primer lugar, a la nacionalidad española debemos señalar que, como regla general, en este momento, no puede la misma considerarse de atribución a los saharauis, y, por supuesto que, en concreto, en modo alguno a la recurrente (...).

En consecuencia, ya desde su origen, España nunca consideró españoles a los saharauis, aunque mediante Decreto 2258/1976, de 10 de agosto, se les concediera a los entonces residentes en el Sahara Occidental la opción de poder optar por la nacionalidad española, y, aunque determinadas normas españolas intentaran, incluso, un proceso de «provincialización» del territorio. En todo caso, la cuestión ya fue resuelta y tratada con precisión en la STS (Sala Primera) de 28 de septiembre de 1998 resolviendo favorablemente un concreto ejercicio de tal opción, que en modo alguno fue ejercitado por la recurrente –que en aquellas fechas contaba con 7 años– ni por sus padres, cuya clara opción fue y es la ya conocida de mantener su condición de saharauí y, para ello, salieron del Sahara –donde habían nacido y vivido– refugiándose en el territorio argelino. [...]

En resumen, pues, la opción por la nacionalidad española de los saharauis fue una posibilidad, articulada en el Decreto 2258/1976, de 10 de agosto, a ejercitar por el período de un año y sólo para los que reunían las condiciones que en la sentencia que hemos transcrito se señalan. No es, por tanto, una posibilidad actual y viable para la recurrente, ya que ni siquiera el Ministerio del Interior la menciona en la resolución expresa que fue impugnada en la instancia.

Octavo. Sí se menciona, por el contrario, la opción de la recurrente por la nacionalidad marroquí, señalándose al respecto que «al tratarse de un nacimiento acaecido en territorio saharauí tiene la posibilidad de la nacionalidad marroquí, pues la Convención sobre Estatuto de Apátridas no busca en su aplicación una vía expansiva, de ahí la definición del término apátrida establecido en su artículo 1.1, por lo que hay que colegir que si Marruecos reconoce como nacional suyo al interesado no se aplicaría la Convención ya mencionada».

Es obvio que el Ministerio del Interior se mantiene en un evidente condicional sin afirmar que, en este momento, el Reino de Marruecos puede reconocer a la recurrente como marroquí; y ello porque –aunque realmente así fuera conforme a la normativa marroquí– lo que consta en las actuaciones es, de una parte, la falta de voluntad de la recurrente en tal sentido, y, de otra, la ocupación por parte del Reino de Marruecos del territorio que, hasta 1975, ocupaba la recurrente. Existe un cierto consenso en el Derecho internacional, en relación con la cuestión concreta relativa a la sucesión de Estados, de conferir –en orden a la nacionalidad– un derecho de opción entre la nacionalidad del Estado predecesor y el sucesor en el territorio. Mas tal posibilidad no resulta de aplicación en el supuesto de autos, en el que –en realidad, y como ya sabemos– los saharauis (1) no contaban, como regla general, con la nacionalidad española en el momento de la ocupación de territorio por Marruecos, contaron (2) en determinados supuestos, con poder acogerse a la nacionalidad española, pero (3), sobre todo, de forma tácita pero evidente, se negaron a optar por la nacionalidad del –dicho sea sin valoración jurídica– país sucesor, pasando a la condición de refugiados en otro país vecino. Y es que el propio Dictamen del Tribunal de Justicia Internacional, al que antes nos hemos referido, había rechazado, de una forma expresa, la vinculación jurídica de dicho territorio con el Reino de Marruecos. En el mismo se decía: «Los elementos e informaciones puestos en conocimiento de la Corte indican que en el momento de la colonización española existían vínculos jurídicos de subordinación entre el Sultán de Marruecos y ciertas tribus que vivían en el territorio del Sahara Occidental. Indican además la existencia de derechos, incluidos ciertos Derechos sobre la tierra, que constituían vínculos jurídicos entre el complejo mauritano, en el sentido en que lo entiende la Corte, y el territorio del Sáhara Occidental. En cambio, la Corte llegó a la conclusión de que los elementos e informaciones puestos a su disposición no demos-

traban la existencia de ningún vínculo de soberanía territorial entre el territorio del Sáhara Occidental, por una parte, y el Reino de Marruecos o el complejo mauritano, por la otra. Por lo tanto, la Corte no comprobó que existieran vínculos jurídicos capaces de modificar la aplicación de la resolución 1514 (XV) en lo que se refiere a la descolonización del Sáhara Occidental y, en particular, a la aplicación del principio de la libre determinación mediante la expresión libre y auténtica de la voluntad de las poblaciones del territorio». Muy expresiva resulta la propia motivación del mismo Tribunal en relación con el concepto –cuya existencia se negaba– de «vínculos jurídicos» entre el Sahara Occidental y el Reino de Marruecos. En concreto se decía: «La Corte no puede aceptar la opinión de que esos vínculos puedan limitarse a los establecidos directamente con el territorio sin referencia a la población que exista en él. En el momento de su colonización, el territorio tenía una población dispersa, compuesta en su mayoría por tribus nómadas cuyos miembros atravesaban el desierto por rutas más o menos regulares llegando a veces tan lejos como el Marruecos meridional o regiones de los actuales Mauritania, Argelia u otros Estados».

Al margen, pues, de tal falta de vinculación con la población, la Corte Internacional reclamaba «pruebas directamente relacionadas con el ejercicio efectivo de la autoridad en el Sáhara Occidental en el momento de su colonización por España y en el período inmediatamente precedente». Pero las presentada por Marruecos son rechazadas, señalándose al respecto que: «Habiendo examinado esas pruebas y las alegaciones de los demás Estados que intervinieron en las actuaciones, la Corte resuelve que ni los actos internos ni los internacionales en los que se basa Marruecos indican, en el período pertinente, la existencia o el reconocimiento internacional de vínculos jurídicos de soberanía entre el Sahara Occidental y el Estado marroquí. Incluso teniendo en cuenta la estructura específica de ese Estado, no muestran que Marruecos ejerciera ninguna actividad estatal específica y exclusiva sobre el Sahara Occidental».

De conformidad con tal criterio de la Corte Internacional –esto es, ausencia de vínculos jurídicos entre el Reino de Marruecos y el territorio y los pobladores del Sahara Occidental– años más tarde sería dictada por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas la Resolución 690 (de 29 de abril de 1991) creando la Misión de las Naciones Unidas para la Organización del Referéndum en el Sáhara Occidental (MINURSO), en cuyo censo aparece incluida la recurrente, según documentación obrante en el expediente. En tan prolongada situación –y pendientes del cumplimiento del expresado mandato de las Naciones Unidas, concretado en la Resolución de referencia– resulta evidente que, mientras tal evento no se produzca, no resulta de recibo el negar la condición de apátrida –como hace el Ministerio de Interior– con fundamento en que resulta posible optar por la nacionalidad marroquí, pues se trata de la nacionalidad del país que ocupó el territorio antes ocupado por los saharauis, que de una forma tácita, pero evidente, rechazaron tal opción al abandonar el territorio y pasar como refugiados al vecino país de Argelia. Por tanto, en tal situación, y en relación con la nacionalidad marroquí, tampoco se cumple la exigencia de la Convención de Nueva York de poder ser la recurrente «considerada –por el Reino de Marruecos– como nacional suyo., conforme a su legislación».

Noveno. Y lo mismo acontece con la nacionalidad argelina ya que 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; 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 que 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 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».

Décimo. Por último, tampoco podemos considerar a la recurrente como incluida en el supuesto de la excepción prevista en artículo 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 Sahara 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 Sahara; 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.

Undécimo. La vulneración por parte de la resolución administrativa, y por la sentencia de instancia, del artículo 27 de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, hecha en Nueva York el 28 de septiembre de 1954, así como de los artículos 1.º y 13 del Reglamento de Reconocimiento del Estatuto de Apátrida, aprobado por Real Decreto 865/2001, de 20 de julio, debe conducir a la estimación del recurso de casación y del recurso contencioso-administrativo.

Fallamos

Que declaramos haber lugar al recurso de casación número 10503/03 interpuesto por doña Raquel, contra la sentencia dictada en fecha 20 de noviembre de 2003, y en su recurso 795/2002, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, y, en consecuencia: 3.º Reconocer a la recurrente su condición de apátrida, debiendo de ser documentada en tal sentido por el Ministerio de Interior.

[Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª), 20 de noviembre de 2007. Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Fernández Valverde].

F.: Westlaw (Aranzadi).

2007-22

ASILO.–Reconocimiento: Persecución en Cuba con motivo de la orientación sexual del solicitante.

Fundamentos de Derecho

Segundo. El recurrente había manifestado en su solicitud de asilo, presentada el 20 de agosto de 2001 (folio 1.14 del expediente administrativo), que «solicita asilo por ser homosexual, ya que en Cuba los homosexuales no tienen libertad ni derechos. Ha sido detenido por visitar fiestas gays privadas durante 24 horas, una sola vez. Que no ha sufrido registros en su casa. Que por su condición de homosexual se siente perseguido por el régimen castrista, y no dura en ningún puesto de trabajo por su condición de homosexual». Remitida la solicitud de asilo al ACNUR, éste emitió informe favorable a su admisión a trámite con fecha 21 de agosto de 2001 [...]

Cuarto. Valorando casuísticamente las circunstancias concurrentes, vamos a estimar el recurso de casación. Hemos de partir de la base de que la Administración ha mostrado en este

asunto una criticable desidia, pues habiendo formulado el solicitante su petición de asilo el día 20 de agosto de 2001, el día siguiente informó el ACNUR en sentido favorable a la admisión a trámite de la solicitud, y así se acordó el mismo día 21 de agosto de 2001. Pues bien, el día siguiente, 22 de agosto, se dio trámite de audiencia al interesado a fin de que alegara y presentara los documentos y justificaciones pertinentes, y desde entonces la Administración no llevó a cabo trámite alguno.

Este dato es relevante porque, como hemos apuntado, el actor ha justificado su condición de homosexual y la exclusión del servicio militar cubano por esa razón, y el ACNUR ha informado que la homosexualidad está castigada en Cuba como un delito. Frente a estos datos, no consta ni en el expediente ni en las actuaciones de instancia ningún argumento sólido por parte de la Administración que permita rebatirlos o desvirtuarlos. No lo hay en vía administrativa porque no consta en el expediente ningún informe que valore la solicitud del ahora recurrente, y tampoco lo hay en el recurso contencioso-administrativo, porque la contestación a la demanda es un breve escrito de apenas un folio que se limita a negar que los hechos alegados constituyan una persecución, sin soporte documental alguno, y el escrito de oposición al recurso de casación es un mero formulario igual a muchos otros presentados por la Abogacía del Estado ante esta Sala, que no contiene referencias específicas a este caso.

Así las cosas, nos hallamos ante un relato en el que se expone una persecución contra el solicitante por causa de su orientación sexual, incardinable entre los contemplados en la Ley 5/1984 (RCL 1984, 843) y en la Convención de Ginebra de 1951 (RCL 1978, 2290 y 2464). Este relato viene acompañado por documentos que acreditan esa orientación sexual, y prueban que por causa de la misma fue excluido del servicio militar, siendo este un dato cuya importancia no debe ser minusvalorada en el contexto social y político de un régimen dictatorial y fuertemente militarizado como el cubano, en el que, según informó el ACNUR (sin que este dato haya sido contradicho por la Administración) la homosexualidad está castigada como delito. Valorados conjuntamente estos documentos (cuya autenticidad no ha sido negada por la Administración) y los datos que de los mismos resultan, hacen aflorar lo único que exige el artículo 8 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, para la concesión del derecho de asilo, que son «indicios suficientes», según la naturaleza de cada caso, para deducir que el interesado cumple los requisitos a que se refiere el artículo 3-1 de la misma.

Razón por la cual procede dar lugar al recurso de casación y revocar la sentencia impugnada y, entrando a resolver la cuestión debatida [art. 95-2-d) de la Ley 29/98 (RCL 1998, 1741)], estimar el recurso contencioso-administrativo y reconocer al recurrente el derecho de asilo en España.

[Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª), 13 de diciembre de 2007. Ponente: Excmo. Sr. D. Enrique Cáncer Lalanne].

F.: Aranzadi (Westlaw), RJ 2008/82.

2007-23

ASILO.—Reconocimiento: Persecución política y social en Colombia por parte de las FARC. Solicitud formulada en la Embajada de España en Ecuador.

Fundamentos de Derecho

Sexto. [...] El señor Carlos Francisco sufrió una auténtica persecución por los FARC en su país, con extorsiones, secuestros, amenazas de muerte, etc., y la propia Sala de la Audiencia

Nacional lo reconoce así, al decir en el penúltimo párrafo del fundamento de Derecho cuarto de su sentencia que «se desprende de las actuaciones, y así se reconoce por distintos organismos oficiales (tanto la Embajada de España en Ecuador como el propio ACNUR) que dicho señor Carlos Francisco se vio obligado a abandonar Colombia tras dos años de hostigamiento por parte de las FARC, puesto que su compromiso político con el Partido Liberal Oficialista y con el Gobernador del Departamento de Caquetá (quien más tarde fue asesinado por dichas FARC) le hicieron objetivo de tal grupo guerrillero». Pues bien; este hecho es suficiente para la concesión del asilo solicitado, aunque esa persecución no continuara en Ecuador. La condición para que el asilo sea concedido es que una persona sufra persecución en el país del que es nacional, por más que no la siga sufriendo en el país al que se ha trasladado huyendo de ella.

El señor Carlos Francisco sufre persecución política y social en Colombia, que es su país de origen, y sobre esta persecución no hay duda alguna, y merece por ello que España, país al que ha solicitado asilo, se lo conceda.

Sólo por esta razón el recurso habría de ser estimado, sin que sea obstáculo el hecho de que el Gobierno de Ecuador haya denegado al actor el asilo que le solicitó, ya que, según se desprende del informe del ACNUR obrante al folio 3.2 del expediente administrativo, la denegación fue no porque se negara que el señor Carlos Francisco sufriera persecución en Colombia, sino porque Ecuador le había dado un permiso de residencia permanente, mero obstáculo administrativo que en el Derecho español no existe, porque el asilo y la autorización de residencia son aquí instituciones distintas, en el sentido de que todos los asilados tienen derecho a residencia [art. 2.º-1-a) de la Ley 5/1984, de 26 de marzo (RCL 1984, 843)], pero el hecho de tener una autorización o permiso de residencia no impide la solicitud y la concesión de asilo.

Séptimo. Por si todo ello fuera poco, ocurre que existen indicios suficientes (art. 8 de la Ley 5/1984 [RCL 1984, 843]) de que el señor Carlos Francisco sigue sufriendo persecución por parte de las FARC en territorio ecuatoriano, como se deduce:

1.º Del hecho de haber sido reconocido como refugiado por el ACNUR el 22 de enero de 1999 (folio 1.29 del expediente administrativo).

2.º Del hecho de haber solicitado una boleta de auxilio por sentirse perseguido y amenazado por parte de dos sujetos de los cuales desconoce el nombre (documento núm. 20 acompañado con la demanda).

3.º Del hecho de haberle sido expedida la boleta de auxilio en fecha 4 de marzo de 2002 (documento núm. 24 acompañado con la demanda).

4.º De la circunstancia de que el propio ACNUR informó (folio 3.2 del expediente) que «la presencia de agentes de persecución colombianos en territorio ecuatoriano ha generado preocupación en el solicitante, al igual que en otros refugiados, debido a los hechos de persecución sufridos en el país de origen; si bien es cierto, no se han producido amenazas ni hechos que atenten contra su seguridad en Ecuador; también lo es que el solicitante mantiene un perfil muy bajo». (Esta Sala entiende que el recurrente no sufre más amenazas e inseguridades gracias a que lleva una vida anónima, lo que en absoluto excluye que sea un auténtico perseguido).

Todos estos son indicios de los que, según el artículo 8 de la Ley 5/1984, son suficientes para la concesión del asilo a que se refiere el artículo 3, con independencia de lo dicho más arriba.

La infracción de esos preceptos por la sentencia impugnada debe conducir, como anunciábamos, a su revocación, a la estimación del recurso contencioso-administrativo y a la concesión del derecho de asilo al solicitante y a su familia.

Fallamos

Que declaramos haber lugar al presente recurso de casación 2759/04 interpuesto por don Carlos Francisco, doña Melisa, don Matías, doña Mónica y don Armando, contra la sentencia dictada por la Sección 1.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacio-

nal en fecha 8 de enero de 2004 en su recurso contencioso-administrativo núm. 918/01 (PROV 2004, 132183), y en consecuencia: 3.º Reconocemos la condición de refugiados y otorgamos el derecho de asilo en España a don Carlos Francisco, doña Melisa, don Matías, doña Mónica y don Armando.

[Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª), 11 de diciembre de 2007. Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Yagüe Gil.]

F.: Aranzadi (Westlaw), RJ/2008/1491.

III. DERECHOS HUMANOS

2007-24

DERECHOS HUMANOS.–Expulsión de extranjeros. Alegación de jurisprudencia del TEDH. Amplia potestad de los poderes públicos para controlar la entrada, residencia y expulsión de extranjeros, siempre en el respeto de los derechos humanos.

Fundamentos jurídicos

Tercero. [...] Los extranjeros pueden ser titulares de los derechos fundamentales a residir y a desplazarse libremente que recoge la Constitución en su artículo 19, tales derechos se tienen que ejercitar en los términos que establecen los tratados y las leyes, debiéndose tener en cuenta la doctrina del Tribunal Constitucional al analizar este derecho; así, cabe destacar las Sentencias 94/1993, de 22 de marzo, o la más reciente 72/2005, de 4 de abril de 2005, la primera de ellas indicaba textualmente que: «La libertad de circulación a través de las fronteras del Estado, y el concomitante derecho a residir dentro de ellas, no son derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana (art. 10.1 CE, y STC 107/1984, fundamento jurídico 3), ni por consiguiente pertenecen a todas las personas en cuanto tales al margen de su condición de ciudadano. De acuerdo con la doctrina sentada por la citada sentencia, es pues lícito que las leyes y los tratados modulen el ejercicio de esos derechos en función de la nacionalidad de las personas, introduciendo tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros en lo que atañe a entrar y salir de España, y a residir en ella». Por otro lado, la Sentencia del Tribunal Constitucional 116/1993, de 29 de marzo, matiza que «los extranjeros son titulares de los derechos fundamentales a residir y a desplazarse libremente que recoge la Constitución en su artículo 19, si bien en los términos que establezcan los tratados y la ley (art. 13.1 CE)», lo que significa que el reconocimiento y efectividad de este derecho está supeditado al cumplimiento de los requisitos establecidos en la legislación para el acceso y estancia en el territorio español de los ciudadanos extranjeros. Por lo tanto, los extranjeros sólo gozan del derecho a residir en España en virtud de autorización concedida por autoridad competente, de conformidad con los Tratados internacionales y la ley (arts. 13 y 19 CE, SSTC 99/1985, de 30 de septiembre, FJ 2, y 94/1993, de 22 de marzo, FJ 3; y Declaración de 1 de junio de 1992, relativa al Tratado de la Unión Europea). Conclusión que se ve reafirmada por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, sin dejar de recordar que los Estados europeos deben respetar los derechos humanos plasmados en el Convenio de Roma, no ha dejado de subrayar la amplia potestad de que disponen los poderes públicos para controlar la entrada, la residencia y la expulsión de los extranjeros en su territorio (SSTEDH Abdulaziz,

de 28 de mayo de 1985; Berrehab, de 21 de junio de 1988; Moustaquim, de 18 de febrero de 1991, y Ahmut, de 28 de noviembre de 1996), y como ha tenido ocasión de recordar el Tribunal Constitucional en STC 242/1994, de 20 de julio, y ATC 331/1997, de 3 de octubre. Cuestión distinta, sin embargo, es el alcance que despliega la protección constitucional a los desplazamientos de extranjeros en España, y así establece la STC 94/1993, de 22 de marzo, que «la libertad de circulación a través de las fronteras del Estado, y el concomitante derecho a residir dentro de ellas, no son derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana (art. 10.1 CE, y STC 107/1984, FJ 3.º), ni por consiguiente pertenecen a todas las personas en cuanto tales al margen de su condición de ciudadano. De acuerdo con la doctrina sentada por la citada sentencia, es pues lícito que las leyes y los tratados modulen el ejercicio de esos derechos en función de la nacionalidad de las personas, introduciendo tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros en lo que atañe a entrar y salir de España, y a residir en ella».

[Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Salamanca, núm. 222/2007, de 4 de julio. Ponente: Ilma. Sra. D.ª M.ª Teresa Alonso de Prada].

F.: Aranzadi (Westlaw), JUR/2008/103401.

En el mismo sentido:

[Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Salamanca, núm. 220/2007, de 4 de julio. Ponente: Ilma. Sra. D.ª M.ª Teresa Alonso de Prada; **Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Salamanca, núm. 221/2007, de 4 de julio.** Ponente: Ilma. Sra. D.ª M.ª Teresa Alonso de Prada; **Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Salamanca, núm. 224/2007, de 4 de julio.** Ponente: Ilma. Sra. D.ª M.ª Teresa Alonso de Prada; **Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Salamanca, núm. 225/2007, de 4 de julio.** Ponente: Ilma. Sra. D.ª M.ª Teresa Alonso de Prada; **Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Salamanca, núm. 231/2007, de 9 de julio.** Ponente: Ilma. Sra. D.ª M.ª Teresa Alonso de Prada; **Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Cáceres, núm. 322/2007, de 23 de octubre.** Ponente: Ilmo. Sr. D. Jesús Luis Ramírez Díaz; **Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Salamanca, núm. 304/2007, de 31 de octubre.** Ponente: Ilma. Sra. D.ª M.ª Teresa Alonso de Prada].

2007-25

DERECHOS HUMANOS.—Artículo 10.2 de la CE. Aplicación de la doctrina del TEDH como criterio interpretativo de los preceptos constitucionales tuteladores de los derechos fundamentales.

Fundamentos de Derecho

[...]

Cuarto. [...] La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se hizo cargo de la apremiante exigencia, como se refleja en las Sentencias de 21 de febrero de 1990 (TEDH 1990, 4), caso Powell y Rayner contra Reino Unido; de 9 de diciembre de 1994 (TEDH 1994, 3), caso López Ostra contra Reino de España; de 19 de febrero de 1998 (TEDH 1998, 2), caso Guerra y otros contra Italia, y de 8 de julio de 2003 (TEDH 2003, 40), caso Hatton y otros contra Reino Unido.

[...]

Consecuentemente, conviene a estos efectos considerar la posible incidencia que el ruido tiene sobre la integridad real y efectiva de los derechos fundamentales que antes hemos acotado, discerniendo lo que estrictamente afecta a los derechos fundamentales protegibles en amparo de aquellos otros derechos constitucionales que tienen su cauce adecuado de protección por vías distintas.

El Tribunal Constitucional ha sido en todo momento consciente del valor que por virtud del art. 10.2 CE (RCL 1978, 2836) ha de reconocerse a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su interpretación y tutela de los derechos fundamentales, por todas, STC 35/1995, de 6 de febrero (RTC 1995, 35).

En lo que ahora estrictamente interesa, dicha doctrina se recoge especialmente en las citadas SSTEDH de 9 de diciembre de 1994, caso López Ostra contra Reino de España, y de 19 de febrero de 1998, caso Guerra y otros contra Italia, algo matizada en la de 8 de julio de 2003, caso Hatton y otros contra Reino Unido. En dichas resoluciones se advierte que, en determinados casos de especial gravedad, ciertos daños ambientales aun cuando no pongan en peligro la salud de las personas, pueden atentar contra su derecho al respeto de su vida privada y familiar, privándola del disfrute de su domicilio, en los términos, del art. 8.1 del Convenio de Roma, SSTEDH de 9 de diciembre de 1994, y de 19 de febrero de 1998.

Dicha doctrina, de la que el Tribunal Constitucional se hizo eco en la STC 199/1996, de 3 de diciembre (RTC 1996, 199), y en la STC 119/2001, de 8 de junio (RTC 2001, 119) debe servir; conforme proclama el ya mencionado art. 10.2 CE, como criterio interpretativo de los preceptos constitucionales tuteladores de los derechos fundamentales, STC 303/1993, de 25 de octubre (RTC 1993, 303). En el bien entendido que ello no supone una traslación mimética del referido pronunciamiento que ignore las diferencias normativas existentes entre la Constitución Española y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (RCL 1979, 2421).

[...]

Respecto a los derechos del art. 18 CE, debemos poner de manifiesto que en tanto el art. 8.1 CEDH reconoce el derecho de toda persona al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia, el art. 18 CE dota de entidad propia y diferenciada a los derechos fundamentales a la intimidad personal y familiar art. 18.1 y a la inviolabilidad del domicilio art. 18.2.

[Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Cádiz, de 27 de diciembre de 2007. Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Gonzaga Arenas Ibáñez].

F.: Aranzadi (Westlaw), JUR/2008/96343.

2007-26

DERECHOS HUMANOS.-EXTRADICIÓN: Entrega condicionada a que las autoridades rusas permitan a los funcionarios del Comité contra la Tortura puedan visitar y entrevistarse privadamente con la persona reclamada en el Centro Oficial de Detención donde resulte internado.

Antecedentes de hecho

Primero. La Sección 3.ª de la Sala de lo Penal de esta Audiencia Nacional dictó en este procedimiento el día 25 de mayo de 2007, Auto, en cuya parte dispositiva el Tribunal decide:

«Declarar procedente, en fase jurisdiccional, la extradición a la Federación de Rusia del ciudadano ruso Diego, solicitada en virtud de la Orden Internacional de Detención de la Pro-

curaduría General del Distrito Sur de la Federación de Rusia núm. EEG2/4889/M/94599/7/8, de fecha 28 de septiembre de 2006, y Orden Internacional de Detención emitida por la Fiscalía General de la Federación de Rusia con núm. 35/3-671-06, de fecha 25 de diciembre de 2006, para ser enjuiciado por los delitos a que tales procedimientos se refieren, sin perjuicio de la última decisión que corresponde al Gobierno español.

Será de abono el tiempo de prisión preventiva extradicional, a cuyo efecto se certificará en el momento de la entrega al no aplicarlo a otra causa.

La entrega quedará suspendida hasta la depuración de las responsabilidades penales que el reclamado tiene pendientes en España.

La entrega queda supeditada a que por la Federación de Rusia se presten garantías suficientes a juicio de este Tribunal de que al reclamado en ningún caso le podrá ser de aplicación la pena de muerte, ni pena de cadena perpetua que signifique privación de libertad indefectiblemente de por vida.»

Fundamentos de Derecho

Segundo. [...] c) Respecto a la violación de derechos fundamentales, proclama la STC de 13 de febrero de 2003 que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el marco del art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (que prohíbe el sometimiento a tortura o penas o tratos inhumanos y degradantes), ha exigido al Estado que va a obligar a salir a una persona de su territorio que realice un examen riguroso y serio de las quejas de aquél al respecto (Sentencia de 11 de julio de 2000, caso Jabari contra Turquía) y que garantice a la persona la disponibilidad de un remedio para hacer cumplir sustancialmente tales derechos reconocidos en el Convenio (Sentencia de 11 de julio de 2000, caso G. H. H. y otros contra Turquía), refiriéndose incluso a que el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha de emplear un criterio riguroso en el examen de la existencia de un riesgo real de malos tratos a la persona, pudiendo reclamar de oficio el material o los elementos que considere precisos a tal fin (Sentencia de 15 de noviembre de 1996, caso Chahal contra el Reino Unido), así como a que el control de la existencia de un riesgo de malos tratos ha de hacerse no sólo sobre la base de las circunstancias que el Estado en cuestión conocía sino también de aquellas que debió conocer cuando adoptó su decisión (Sentencia de 20 de marzo de 1991, caso Cruz Varas y otros contra Suecia); asimismo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha recordado (Sentencia de 28 de marzo de 2000, caso Mahmut Kaya contra Turquía) que todo Estado debe tomar las medidas adecuadas para salvaguardar las vidas de aquellos bajo su jurisdicción, así como para que no sean sometidos a torturas ni a tratos inhumanos o degradantes, debiendo adoptar medidas razonables para evitar el riesgo de maltrato que conocieran o debieran conocer, surgiendo la correspondiente obligación positiva del Estado de la circunstancia de que las autoridades sabían o debían saber de la existencia de un riesgo real e inmediato para la vida del individuo, doctrina que, desde luego, debe resultar de aplicación cuando el riesgo provenga de otro Estado; por último, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en relación con los derechos a la vida y a no padecer torturas ni penas o tratos inhumanos o degradantes, ha tomado también en cuenta las peculiaridades del supuesto cuando se trata de procedimientos que pueden culminar con la obligada salida de un extranjero del territorio de uno de los Estados contratantes, no exigiendo la prueba cumplida de que la lesión se ha producido o va a producirse, sino acudiendo a otros criterios que tratan, sin duda, de evitar la irreparabilidad de los perjuicios que se ocasionarían para la persona sometida a la decisión si se verificara la entrega y, asimismo, que contemplan las específicas circunstancias que suponen para aquélla una dificultad probatoria.

d) En este sentido, ha de incorporarse al acervo probatorio de este procedimiento la documentación aportada por la parte recurrente en escrito presentado en esta Sala el 17 de

julio de 2007, sobre recientes pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos contra la Federación de Rusia, de fechas 20 de junio de 2007 (caso de la ejecución extrajudicial de la pacifista chechena Bitiyeva y X), 5 de julio de 2007 (caso de la desaparición de Alikhadzhiyeva, ex Presidente del Parlamento de Chechenia) y 12 de julio de 2007 (caso de la presunción de muerte de los hermanos Magomadov, residentes en Chechenia). Asimismo, resultan de interés el escrito de Amnistía Internacional presentado el 2 de julio de 2007, donde se solicita de este Tribunal una decisión denegatoria de la extradición objeto de estudio, y la carta de la organización de derechos humanos Memorial, presentada con el escrito fechado el 18 de julio de 2007, que trata de la credibilidad de las testificales nombradas en el auto recurrido sobre violación de los derechos humanos en la Federación Rusa. En este sentido, conviene traer a colación la documentación igualmente aportada por la representación del reclamado, esta vez en escrito presentado el 25 de junio de 2007, a modo de complemento del recurso de súplica, referida al informe de 15 de enero de 2007 del Relator Especial sobre la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes, donde se hace referencia a la suspensión de la visita que tenía previsto girar a la Federación de Rusia del 9 al 20 de octubre de 2006, especialmente a las Repúblicas del Cáucaso Septentrional (Chechenia, Ingushetia, Osetia del Norte y Kabardino-Balkaria), motivada por la imposición de condiciones por parte del Gobierno ruso que impidían de facto su misión de acudir a los centros de detención y de entrevistarse reservadamente con los detenidos; así como el informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, de fecha 25 de enero de 2007, en el seno del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, donde se denuncia que desde 1999 han desaparecido en Chechenia entre 3.000 y 5.000 personas, en un clima de total impunidad, siendo muchas de ellas perpetradas por tropas federales.

Ponderando la prueba documental y testifical practicada con las manifestaciones del reclamado y los criterios jurisprudenciales expuestos, esta Sala llega a la conclusión desestimatoria de las pretensiones revocatorias de la parte recurrente, toda vez que suscribe el examen pormenorizado y riguroso de la Sección 3.^a sobre los riesgos relevantes de la entrega del reclamado, no existiendo prueba alguna acerca de que la extradición de Diego encubra una persecución política, racial o ideológica; como tampoco existe contundente acreditación, con cierto grado de seguridad, sobre que el reclamado vaya a sufrir malos tratos o pueda ser sometido a conductas degradantes en el Estado requirente, sirviendo de presupuesto que ninguna conducta de esta índole se ha comunicado a este Tribunal con posterioridad a la entrega por España a la Federación de Rusia de los ciudadanos cuya extradición ha solicitado en los diversos expedientes extradicionales resueltos.

Sin embargo, a fin de satisfacer toda posibilidad de garantías sobre la preservación de la integridad corporal y moral del reclamado y su no sometimiento a tratos inhumanos o degradantes, se acordará que el Estado requirente, en el plazo de treinta días, adquiera, sin condicionamientos ni restricciones, además de las dos obligaciones recogidas en la resolución recurrida, el compromiso de permitir a los funcionarios que designe el Comité contra la Tortura creado en el seno de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes, hecha en Nueva York el 10 de diciembre de 1984 (arts. 17 y siguientes, entre cuyas misiones esté la de recabar información y visitar el país donde se denuncien violaciones de derechos fundamentales básicos), que puedan visitar y entrevistarse reservadamente con el reclamado en el Centro Oficial de Detención donde deberá ser internado durante la pendencia de la causa que le afecta, a disposición de las autoridades judiciales, con observancia de las previsiones contenidas en la referida Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes.

Con ello se diseña un sistema de entrega que, erradicando cualquier rasgo de injusta impunidad, reconozca al reclamado, cuya presunción de inocencia no se ha enervado, sus derechos procesales de índole constitucional, bajo la tutela de funcionarios de las Naciones

Unidas. Medidas impuestas por este órgano judicial del Estado requerido, que no debe olvidarse que extiende su obligación de garantizar la vida y la integridad física y moral del extraditado, como previene el art. 15 de la Constitución. De este modo se extiende la tutela judicial a la tutela diplomática, en prevención de eventuales quiebras de la salvaguarda de los derechos fundamentales del reclamado, especialmente protegidos, en cuanto a la proscripción de la tortura, en el art. 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Roma, 4 de noviembre de 1950; firmado por Rusia el 28 de mayo de 1994, con entrada en vigor el 1 de noviembre de 1998) y en el art. 3 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Nueva York, 10 de diciembre de 1984; firmado por Rusia el 10 de diciembre de 1985 y ratificado el 3 de marzo de 1987).

[Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 1.ª), Auto núm. 76/2007, de 27 de julio. Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Francisco Martel Rivero.]

F.: Aranzadi (Westlaw), RJ/2008/261437.

IV. DERECHO INTERNACIONAL PENAL

2007-27

JUSTICIA UNIVERSAL: Aplicabilidad del principio al crimen contra la humanidad. La aplicación del Derecho internacional consuetudinario en Derecho español.

Fundamentos jurídicos

Sexto. En el motivo quinto del recurso, con apoyo en el artículo 8491.º de la LECrim, denuncia la aplicación indebida del artículo 607 bis en relación con los artículos 1 y 2 del Código Penal y 9.3, 17.1 y 25.2 de la Constitución. Se queja el recurrente de haber sido condenado como autor de un delito que sólo es sancionado en el Código Penal después de la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003, que entró en vigor el 1 de octubre de 2004, como consecuencia de la ratificación por España del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, para la cual rige, además, el principio de irretroactividad de la Ley penal. Esta norma incorporada al Código Penal se aplica a hechos ocurridos desde 1976 a 1981, cuando en ese momento no estaba tipificado en nuestro ordenamiento. Señala que la Audiencia acude a la costumbre internacional alegando que ese delito ya existía al cometerse los hechos. Sin embargo, entiende que la justicia universal ha de aplicarse sin vulnerar el derecho interno, de manera que el delito de lesa humanidad no puede aplicarse a hechos anteriores a su vigencia en nuestro Derecho interno. La introducción a través de la costumbre internacional supondría vulnerar el principio de legalidad y los de tipicidad, analogía e irretroactividad. Invoca asimismo el principio de legalidad de delitos y penas.

1. La cuestión que plantea el recurrente exige determinar si la aplicación del artículo 607 bis a los hechos vulneró el principio de legalidad. Este principio, tal como viene formulado en el artículo 25.1 CE en cuanto al ámbito penal, supone que nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito o falta, según la legislación vigente en aquel momento. Incorpora en primer lugar «una garantía de índole

formal, consistente en la necesaria existencia de una norma con rango de ley como presupuesto de la actuación punitiva del Estado, que defina las conductas punibles y las sanciones que les corresponden, derivándose una “reserva absoluta” de ley en el ámbito penal» (STC 283/2006), lo cual implica el carácter escrito de la norma dado nuestro sistema de fuentes para el Derecho penal (lex scripta). De forma que las conductas constitutivas de delito deben aparecer contempladas en una norma escrita con rango de ley, que además les asocie una pena. Pero no sólo esto. En segundo lugar, en términos de la sentencia que se acaba de citar, este principio incorpora otra garantía de carácter material y absoluto, consistente en la «imperiosa exigencia de la predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, es decir, la existencia de preceptos jurídicos (lex previa) que permitan predecir con el suficiente grado de certeza (lex certa) dichas conductas, y se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción (SSTC 25/2004, de 26 de febrero, FJ 4; 218/2005, de 12 de septiembre, FJ 2; 297/2005, de 21 de noviembre, FJ 6)». Consiguientemente, el principio de legalidad, en cuanto impone la adecuada previsión previa de la punibilidad, sólo permite la sanción por conductas que en el momento de su comisión estuvieran descritas como delictivas en una ley escrita (lex scripta), anterior a los hechos (lex previa), que las describa con la necesaria claridad y precisión (lex certa) y de modo que quede excluida la aplicación analógica (lex stricta). En definitiva, exige lex previa, stricta, scripta y certa.

De esta forma, el ejercicio del ius puniendi del Estado queda limitado a aquellos casos en los que haya mediado una advertencia previa a través de una ley, de modo que el agente pueda ajustar su conducta de manera adecuada a las previsiones de aquélla. Previsibilidad que depende, en realidad, de las condiciones objetivas de la norma, y no tanto de la capacidad individual de previsión del sujeto.

De todo ello se desprende que el principio contiene una prohibición de irretroactividad de la norma penal, que es completado en el ordenamiento español por el principio de aplicación de la norma posterior más favorable.

El Código Penal vigente, por su parte, establece el principio de legalidad de los delitos en el artículo 1.1; de las penas en el artículo 2.1; reconoce el efecto retroactivo de las normas penales más favorables al reo, incluso durante el tiempo de cumplimiento de la condena en el artículo 2.2; y prohíbe la analogía en el artículo 4.1.

2. *El artículo 607 bis del Código Penal entró en vigor el día 1 de octubre de 2004, en fecha muy posterior a los hechos enjuiciados. Por lo tanto, sólo sería posible su aplicación en el caso de que pudiera establecerse que se trata de una norma más favorable, lo cual exige la determinación de la norma vigente al tiempo de los hechos. En el Código español no existía en aquel momento ninguna norma que estableciera una sanción para hechos descritos de la misma forma en que aparecen en el referido artículo 607 bis.*

3. *En la sentencia impugnada se sostiene que el artículo 607 bis viene a incorporar una norma previa de Derecho internacional penal consuetudinario. Niega el recurrente la posibilidad de aplicación directa de las normas de Derecho internacional penal.*

Las normas de Derecho internacional penal, fundamentalmente consuetudinarias, que se refieren a los delitos contra el núcleo central de los derechos humanos esenciales, prácticamente reconocidos por cualquier cultura en cuanto directamente derivados de la dignidad humana, se originan principalmente ante conductas ejecutadas en tiempo de guerra y también ante la necesidad de protección y reacción contra los actos cometidos contra los ciudadanos del propio país desde el poder estatal, o desde una estructura similar, que consecuentemente encuentran serias dificultades para su persecución. Se han traducido en descripciones de conductas típicas englobadas dentro de las nociones de crímenes de guerra, crímenes contra la paz (delito de agresión), crímenes contra la humanidad, y genocidio. La definición de estos delitos no siempre ha alcanzado la necesaria precisión, sobre todo en cuestiones relativas a algunas de sus modalidades y concretamente respecto del crimen de agresión, pero la esencia

de las conductas prohibidas más relevantes en cuanto se refieren a la violación de los derechos humanos individuales ha quedado suficientemente establecida. Se trata de hechos especialmente graves, tales como homicidios, asesinatos, detenciones ilegales, desapariciones forzadas, torturas, y otros similares, siempre ejecutados, como se ha dicho, desde estructuras de poder organizadas dentro del Estado o de una organización similar, que son aprovechadas por los autores no sólo para facilitar la ejecución sino también para procurar la impunidad. Generalmente tienen lugar en el marco de persecuciones de personas o de grupos por razones políticas o político-económicas vinculadas de alguna forma al ejercicio abusivo, y por lo tanto ilegítimo, del poder.

Las referencias a estas conductas en el Derecho internacional penal con anterioridad a los hechos enjuiciados han sido generalmente previas a su constatación en normas de Derecho interno. Desde la primera aparición escrita, en 1907 (Cláusula Maertens), la evolución normativa ha permitido la consolidación internacional de un elemento de contexto identificable, añadido al hecho individual, que permite atribuir mayor cantidad de injusto a conductas que ya previamente eran constitutivas de delito. Las consecuencias de su apreciación se concretan en el reconocimiento de esa extraordinaria gravedad desde la perspectiva de la protección de los derechos humanos, y en la aceptación internacional de la necesidad de proceder a su persecución y castigo, haciendo efectivo un impulso internacional que supere las dificultades derivadas de su propia naturaleza.

Aunque el elemento de contexto, que caracteriza a estos delitos frente a las infracciones comunes, se identificó en un principio, y por razones obvias (Acuerdo de Londres y Estatuto del Tribunal de Nuremberg) con un nexo de guerra, pronto fue abandonada tal configuración. Ya en la Convención de 1968 sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, se hacía referencia [art. 1.b)] a los crímenes de lesa humanidad «cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946...». Pronto fue sustituido, ya en algunas sentencias de Tribunales alemanes que después de la Segunda Guerra Mundial aplicaron la Ley del Consejo de Control núm. 10, por la valoración de un elemento de poder o supremacía en el autor, vinculado con el poder del Estado o de una organización similar, que le permita actuar a gran escala. Aunque aparece posteriormente en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, el propio Tribunal lo ha interpretado como un requerimiento de su jurisdicción y no como un elemento del crimen contra la humanidad, tal como ya resultaba de la citada Convención de 1968. Esta misma línea interpretativa ha sido seguida después por Tribunales nacionales. Así, el Tribunal Supremo francés en 1985, en el caso Barbie; la Corte Suprema holandesa en 1981, en el caso Menten; o la Corte Suprema de Canadá en 1994, en el caso Finta. Tal exigencia tampoco aparece en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda. En la actualidad, el artículo 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, tampoco exige un nexo de guerra en la definición de los crímenes contra la humanidad.

Estas consideraciones relacionadas con su origen permiten reconocer a estas normas, en cuanto constituyen las bases normativas para la protección de los Derechos Humanos, algunos efectos diferentes a los de otras que también forman parte del Derecho internacional penal, pero que vienen referidas a la persecución internacional de otras conductas delictivas previamente contempladas a nivel interno y que sólo posteriormente han sido incorporadas a instrumentos internacionales.

4. Sin embargo, ello no conduce directamente a la aplicación del Derecho internacional penal, siendo necesaria una previa transposición operada según el Derecho interno, al menos en aquellos sistemas que, como el español, no contemplan la eficacia directa de las normas

internacionales. La Constitución, artículos 93 y siguientes, contiene normas dirigidas a la incorporación del Derecho internacional al Derecho interno, que deben ser observadas. En este sentido, los Tribunales españoles no son ni pueden actuar como Tribunales internacionales, sólo sujetos a las normas de este carácter y a sus propios estatutos, sino Tribunales internos que deben aplicar su propio ordenamiento. No obtienen su jurisdicción del Derecho internacional consuetudinario o convencional, sino, a través del principio democrático, de la Constitución Española y de las leyes aprobadas por el Parlamento. El ejercicio del poder judicial se legitima, así, por su origen. Por lo tanto, no es posible ejercer ese poder más allá de los límites que la Constitución y la ley permiten, ni tampoco en forma contraria a sus propias disposiciones.

En este sentido, el artículo 7.2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH), luego de establecer en el apartado 1 el principio de legalidad de delitos y penas conforme al «derecho» nacional o internacional, viene a reconocer que una condena basada en los principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas no sería contraria al Convenio. Establece así un mínimo de carácter general. Pero no impide que cada Estado formule el principio de legalidad de manera más exigente en relación con la aplicación de sus propias normas penales por sus propios Tribunales nacionales.

De todos modos, el Derecho internacional penal de carácter consuetudinario, que sería aplicable en esta materia, no contiene una descripción de los tipos penales que permita su aplicación directa. No sólo porque las conductas no siempre han sido formuladas de igual forma en su descripción típica, sino especialmente porque cuando han sido incorporadas al Derecho interno, tampoco han mantenido una total homogeneidad con las normas internacionales preexistentes. Como referencia, pueden tenerse en cuenta las diferencias que presentan entre sí la descripción típica que se contiene en el artículo 607 bis del Código Penal y la que aparece en el artículo 7 del Estatuto de la CPI.

Además, las normas internacionales consuetudinarias no contienen previsión específica sobre las penas, lo que impide considerarlas normas aplicables por sí mismas en forma directa.

De ello cabe concluir 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.

5. *De lo expuesto no puede deducirse, sin embargo, que las normas de Derecho internacional penal consuetudinario, en cuanto se refieren a los delitos contra el núcleo duro de los derechos humanos esenciales, puedan ser ignoradas en la interpretación y aplicación de las leyes internas. El artículo 10.2 de la Constitución impone la interpretación de las normas que se refieren a los derechos fundamentales conforme a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a los tratados y acuerdos internacionales suscritos por España, entre los que se encuentra el CEDH y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). De esta forma, los principios contenidos en el Derecho internacional, deben ser tenidos en cuenta al proceder a la interpretación y aplicación del Derecho nacional, con mayor motivo cuando aquéllos revisten naturaleza de ius cogens. Consiguientemente, tanto las normas de Derecho penal sustantivo como las de orden orgánico o procesal, deben ser interpretadas teleológicamente en coherencia con la necesidad de protección eficaz y con la efectividad de la prohibición de lesión de los derechos humanos.*

El Tribunal Constitucional, aunque en alguna ocasión apreció dificultades para la aplicación del método teleológico en la interpretación (STC 237/2005), en otras lo ha admitido expresa o implícitamente (STC 111/1993, STC 120/2000 y STC 63/2005, tal como son citadas en la STS 645/2006, de 20 de junio, FJ 6.º).

En el mismo sentido, como Derecho internacional consuetudinario, deben tenerse en cuenta los criterios contenidos en las sentencias de los Tribunales internacionales, y de otros Tribu-

nales nacionales, especialmente cuando se pronuncian sobre delitos respecto de los que no existe jurisprudencia interna.

6. La vigencia del principio de legalidad, tal como antes fue expuesto, impide, pues, la aplicación directa del Derecho internacional penal consuetudinario como única norma aplicable al caso. También impide la aplicación del artículo 607 bis como norma penal sustantiva interna por ser posterior a los hechos y no más favorable.

Sin embargo, de ahí no se desprende que una condena por estos hechos suponga en todo caso una vulneración del principio de legalidad.

Desde un punto de vista material, como hemos dicho más arriba, el principio de legalidad exige la previsibilidad de la sanción penal como consecuencia de la ejecución de una determinada conducta.

No es posible aceptar que el acusado recurrente no pudiera prever el carácter delictivo de sus actos en el momento de su comisión y la consiguiente posibilidad de que le fuera impuesta una pena. Los hechos descritos en el hecho probado, de extraordinaria gravedad en atención a los bienes jurídicos que seriamente lesionan, y también en consideración a la forma en que lo hacen, eran claramente delictivos, como asesinatos o detenciones ilegales, en el momento de su comisión, tanto en Argentina, como se recoge en la sentencia impugnada, como en España, o como en cualquier país civilizado. Asimismo, la legislación vigente en ambos países preveía las correspondientes penas que, en Argentina, incluso podrían llegar en algunos casos a la reclusión perpetua.

Desde esa perspectiva, la previsibilidad objetiva de una sanción penal para las conductas enjuiciadas es indiscutible.

Por otro lado, la ley no prohíbe sino que exige que el Tribunal tenga en cuenta la gravedad del hecho para la individualización de la pena, y aunque es necesario acudir a criterios jurídicos adecuados al ordenamiento, no es preciso que la valoración se base en circunstancias expresamente contempladas en la ley. Han de tenerse en cuenta, en este sentido, los bienes jurídicos lesionados y además que los hechos fueron ejecutados amparándose los autores en el poder detentado tras un golpe de Estado; que estaban orientados a asegurar la instauración de un régimen violentamente antidemocrático mediante la eliminación física de la disidencia activa, y que fueron desarrollados en secreto y en situación de clandestinidad. Su carácter delictivo no ofrece dudas, ni pudo ofrecerlas entonces a sus autores. La relevancia de las circunstancias en las que los hechos perseguidos fueron ejecutados tampoco es dudosa ni lo era entonces.

Consecuentemente, y aunque deba ser absuelto del delito de tortura, pues en la fecha de los hechos tal conducta no aparecía aún en el Código Penal español, en el que se introdujo en el artículo 204 bis por la Ley 31/1978, de 17 de julio, la condena por delitos de asesinato y detención ilegal, así como la valoración de las circunstancias relevantes en orden a establecer la gravedad en el marco legal vigente al tiempo de ejecución de los hechos, no vulneraría el principio de legalidad, que sin embargo, de un lado impide acudir a un tipo delictivo no vigente en la fecha de comisión, salvo el caso en que fuera más favorable, y de otro haría imposible imponer una pena superior a la prevista entonces para aquellos delitos.

7. Por otra parte, la relevancia de la conducta enjuiciada desde la perspectiva de la protección de los derechos humanos esenciales a nivel internacional, tampoco podía ser ignorada por el recurrente en el momento de la comisión, ya que constituían precisamente las acciones más graves contra aquéllos. En este sentido, deben ser tenidos en cuenta especialmente, entre otros elementos, y en relación con lo dicho más arriba, el Acuerdo de Londres y el Estatuto de Nuremberg, que ya consideraron crímenes contra la humanidad el asesinato y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil o la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos para cometer cualquier crimen que sea de la competencia del Tribunal; la Convención para la prevención y represión del genocidio; la Convención

de 1968 sobre la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad, que excluye el nexo de guerra como elemento de los crímenes contra la humanidad; y la Resolución de Naciones Unidas de 3 de diciembre de 1973, en la que se declaró expresamente que los crímenes contra la humanidad serían perseguidos y no podrán quedar impunes.

Además, las normas contenidas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en el CEDH de 1950 y del PIDCP de 1966, reconocían de forma radical el derecho a la vida y a la libertad; la prohibición de tratos crueles, inhumanos o degradantes o de las detenciones arbitrarias; y el derecho al proceso debido frente a acusaciones de carácter penal.

Y por otro lado, el Estado argentino estaba comprometido internacionalmente en la protección de los derechos humanos desde el comienzo mismo del desarrollo de éstos en la comunidad internacional una vez finalizada la Segunda Guerra Mundial (Carta de Naciones Unidas del 26 de junio de 1945, la Carta de Organización de los Estados Americanos del 30 de abril de 1948, y la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre del 2 de mayo de 1948).

8. El delito de lesa humanidad fue introducido en el Código Penal español por medio de la Ley Orgánica 15/2003. Se define como un delito contra la comunidad internacional y se compone de una serie de conductas básicas, de las cuales, en lo que aquí interesa, la causación dolosa de la muerte de otra persona o las detenciones ilegales, ya eran delictivas como delitos ordinarios con anterioridad. Su elevación a la naturaleza de delitos contra la comunidad internacional encuentra justificación en las circunstancias añadidas que integran el elemento de contexto. Son éstas, según el artículo 607 bis del Código Penal, el que los hechos concretos se cometan como parte de un ataque generalizado y sistemático contra la población civil o una parte de ella, o bien cuando se cometan por razón de la pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al Derecho internacional, o bien, se cometan en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen. La pena máxima prevista es la de prisión de veinte años y un día a treinta años cuando el autor cause la muerte a una persona y concurre alguna de las circunstancias previstas en el artículo 139 del mismo Código Penal.

9. De todos modos, las circunstancias descritas, muy similares a las contenidas en los instrumentos internacionales, superpuestas a hechos ya de por sí constitutivos de delitos, son las que convierten a éstos en crímenes contra la humanidad, incrementando el contenido de injusto, lo que repercute en una mayor pena; planteando la cuestión de su imprescriptibilidad; y permitiendo afirmar que los Estados deben proceder a su persecución y castigo. Dicho con otras palabras, esas circunstancias añadidas al asesinato y a la detención ilegal, en el caso, aunque no permitan la aplicación de un tipo penal contenido en un precepto posterior que no es más favorable ni autoricen por la misma razón una pena comprendida en límites de mayor extensión, pueden ser tenidas en cuenta para justificar su perseguibilidad universal. No es preciso examinar aquí la cuestión de la prescripción, pues en todo caso no transcurrieron veinte años desde los hechos hasta la querrela o hasta el acuerdo del Juez para citar como imputado al recurrente.

10. En conclusión puede señalarse que: A) La causación dolosa de la muerte de otras personas, así como las detenciones ilegales, estaban previstas como conductas delictivas en el momento de la comisión de los hechos, tanto en Argentina como en España. B) Las circunstancias relevantes concurrentes en un hecho delictivo, aun cuando no sean típicas, son valorables en el enjuiciamiento, siempre que se acuda a criterios adecuados jurídicamente al ordenamiento. C) El elemento de contexto característico de los crímenes contra la humanidad estaba reconocido internacionalmente en el momento de los hechos con límites suficientemente defi-

nidos. D) Las conductas enjuiciadas constituían en ese momento crímenes contra la humanidad según el Derecho penal internacional consuetudinario. E) La voluntad de perseguir penalmente esta clase de hechos (asesinatos, detenciones ilegales y otros) cuando concurre el elemento de contexto, estaba establecida internacionalmente de forma generalizada en normas de Derecho penal internacional consuetudinario, al menos desde la creación de los Tribunales internacionales tras la finalización de la Segunda Guerra Mundial.

Séptimo. 1. Establecida la previsibilidad de la sanción penal, calificados los hechos como delitos de asesinato y detención ilegal, la cuestión se desplaza entonces al terreno de la perseguibilidad. Es claro que los hechos cometidos eran entonces perseguibles como tales delitos de asesinato u homicidio o detenciones ilegales por los Tribunales argentinos. No lo eran por los Tribunales españoles. En el momento de los hechos no existía ninguna norma que extendiera la jurisdicción de los Tribunales españoles extraterritorialmente en atención a la calificación del hecho delictivo como asesinato o detención ilegal. Tampoco en la actualidad tal previsión existe, pues aunque la LOPJ atienda en ocasiones a la identidad del sujeto pasivo, no instaura un principio de personalidad pasiva con carácter general sobre la base de la calificación jurídica del hecho perseguido.

Debe indagarse, sin embargo, si el principio de jurisdicción universal recogido en el artículo 23.4 de la LOPJ permite a la jurisdicción española conocer de hechos que internacionalmente deben ser considerados como crímenes contra la humanidad.

La jurisdicción universal incondicionada es inobjetable cuando tiene su origen en un Convenio Internacional o en una decisión de los órganos de Naciones Unidas. De no ser así, es conveniente la existencia de un elemento de conexión con los intereses nacionales que evite actuaciones desproporcionadas y justifique internacionalmente de forma suficiente la intervención de los órganos del Poder Judicial de un Estado respecto de hechos que han tenido lugar en el territorio sometido a la soberanía de otro Estado. Así se sostuvo en la STS 327/2003, mediante una interpretación sistemática y teleológica del artículo 23.4 de la LOPJ, la cual fue posteriormente anulada por el Tribunal Constitucional en la STC 237/2005, en la que, sin embargo, ha entendido (STC 237/2005) que el artículo 23 de la LOPJ instaura un «principio de jurisdicción universal absoluto, es decir, sin sometimiento a criterios restrictivos de corrección o procedibilidad, y sin ordenación jerárquica alguna con respecto al resto de las reglas de atribución competencial, puesto que, a diferencia del resto de criterios, el de justicia universal se configura a partir de la particular naturaleza de los delitos objeto de persecución», y aunque admita, sin identificarlas, probables restricciones, éstas probablemente han de venir relacionadas con la circunstancia de que los hechos ya sean perseguidos por los Tribunales del territorio donde los hechos ocurrieron.

De todos modos, en el caso actual tal conexión existe de forma indiscutible. Existen víctimas españolas en el ámbito del ataque generalizado y de la persecución, y el acusado se encuentra en España.

2. La aplicación de normas relativas al alcance de la jurisdicción en el ámbito internacional a hechos anteriores a su vigencia no ha planteado problemas insolubles cuando se trata de delitos que atentan a los derechos humanos esenciales. En este sentido, la creación de Tribunales por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas demuestra que la inexistencia de una norma que atribuya la jurisdicción con carácter previo al hecho no impide el enjuiciamiento. El acento se ha puesto en la naturaleza de los hechos y no en la fecha de constitución del Tribunal.

De otro lado, como ya se ha dicho, la interpretación deberá orientarse teleológicamente de forma favorable a la efectiva protección de aquellos derechos, con el límite impuesto por el significado literal del texto de la norma.

3. La determinación del ámbito de extensión extraterritorial de la jurisdicción española se encomienda a normas de orden procesal u orgánico. En ellas, la determinación de la perse-

guibilidad internacional de hechos cometidos fuera del territorio nacional no siempre toma como referencia el tipo delictivo, aunque a veces lo haga. En ocasiones la razón de la perseguibilidad, tal como se establece en la ley que determina la extensión de la jurisdicción, se encuentra en circunstancias extrañas al tipo, que la Ley tiene en cuenta expresamente, pero que, sin embargo, no forman parte de él. Los ejemplos son numerosos. Así, las falsificaciones (cualquier otra falsificación) es perseguible aun cometida fuera del territorio nacional cuando perjudique directamente el crédito o intereses del Estado, artículo 23.3.f) LOPJ. El apartado 2 del mismo artículo 23, basa la perseguibilidad en el elemento, fuera del tipo, consistente en que los criminalmente responsables sean españoles o extranjeros que hubiesen adquirido la nacionalidad con posterioridad al hecho.

4. En relación con las conductas enjuiciadas, aun cuando la tipicidad y la pena a tener en cuenta, a causa de los límites impuestos por el principio de legalidad, sean las propias del asesinato o de la detención ilegal, el elemento que justifica la extensión extraterritorial de la jurisdicción de los Tribunales españoles es precisamente la concurrencia en los hechos perseguidos de una serie de circunstancias ajenas al tipo, pero claramente relevantes a estos efectos en cuanto que son las propias de los crímenes contra la humanidad según el Derecho internacional penal consuetudinario ya en el momento de los hechos, coincidentes básicamente con las contempladas en el artículo 607 bis del Código Penal vigente.

La condena por los Tribunales españoles no podría utilizar formalmente el nomen iuris «crímenes de lesa humanidad» como elemento identificador del tipo aplicable del artículo 607 bis del Código Penal, ni imponer las penas previstas en esa norma, pero nada impide que se refiera a delitos de asesinato y detención ilegal, que, por sus circunstancias constituyen internacionalmente, o constituirían según el Derecho interno en el momento de la persecución, crímenes contra la humanidad.

5. El artículo 23.4 de la LOPJ no se refiere expresamente a los crímenes contra la humanidad. Sí lo hace al genocidio. Y por la vía del apartado h) es posible entender que es aplicable a los crímenes de guerra contemplados en los Convenios de Ginebra. Tampoco contiene una mención expresa al crimen de agresión, probablemente porque aún no existe un consenso internacional suficiente para su definición.

En principio no parece razonable entender que la ley española excluye la jurisdicción de los Tribunales internos respecto de los crímenes contra la humanidad cuando la acepta respecto del genocidio y de los crímenes de guerra, infracciones esencialmente idénticas en su naturaleza y gravedad, y pertenecientes, todas ellas, al núcleo de los ataques más graves a los derechos humanos básicos. La incorporación de estos delitos al Código Penal por medio de la Ley Orgánica 15/2003, si se tienen en cuenta sus características y la razón de la modificación, tampoco parece razonable limitar su aplicación a los que se cometieran en España.

6. Además pueden ser tenidas en cuenta otras disposiciones que revelan la disposición del Estado español a prestar su contribución a la persecución de esta clase de crímenes internacionales.

Tras las Resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas 827 (1993) y 955 (1994) por las que se crean los Tribunales Internacionales para Yugoslavia y Ruanda, incorporadas al ordenamiento interno mediante su publicación en el «BOE», en las que se preveía la jurisdicción concurrente de los respectivos Tribunales internacionales y de los Tribunales nacionales, las leyes Orgánicas 15/1994 y 4/1998 establecieron la cooperación española con esos Tribunales, competentes para el enjuiciamiento de crímenes contra la humanidad.

La Ley Orgánica 6/2000 autorizó la ratificación por España del Estatuto de la CPI, y recogió en la Exposición de Motivos que «la Resolución de las Naciones Unidas, de 3 de diciembre de 1973, declaró que los crímenes contra la humanidad serían perseguidos y no podrán quedar impunes».

El Instrumento de ratificación del Estatuto de la CPI, publicado en el «BOE» de 27 de mayo de 2002, recoge el preámbulo del mismo, en el que se dice que se tiene presente que en este siglo, millones de niños, mujeres y hombres han sido víctimas de atrocidades que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad, se reconoce que esos graves crímenes constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad, se afirma que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo, y se recuerda que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales. Es cierto que el funcionamiento de la Corte se orienta hacia el futuro al excluir su jurisdicción respecto de hechos anteriores, pero tal limitación se refiere exclusivamente a su propia jurisdicción, sin que pueda extenderse a una previsión de inacción de cualquier país respecto de hechos anteriores constitutivos de delitos contra los derechos humanos.

La Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, reguló la cooperación con la CPI.

7. *Finalmente, la prohibición de la analogía en el ámbito penal se refiere exclusivamente al marco sustantivo relativo a la descripción típica y a la punibilidad, sin que afecte a normas procesales u orgánicas. Y entre el delito de genocidio y los crímenes contra la humanidad es apreciable una profunda similitud, no sólo en cuanto afecta a su naturaleza y gravedad, sino incluso en relación a su misma formulación típica en el Derecho interno español. Como luego se verá, cuando tienen lugar los hechos enjuiciados, el delito de genocidio ya era perseguible por los Tribunales españoles fuera cual fuera el lugar de comisión.*

Nada impide, pues, una interpretación del artículo 23.4 de la LOPJ, en el sentido de establecer la jurisdicción de los Tribunales españoles.

Octavo. De acuerdo con las anteriores consideraciones, no se vulnera el principio de legalidad si la condena se impone por hechos que constituirían delitos de asesinato y detención ilegal en el momento de su comisión, tanto conforme al Derecho interno español como al argentino, pues la previsibilidad de la punibilidad era indiscutible. En segundo lugar, la previsión internacional relativa a la persecución y castigo de conductas constitutivas de crímenes contra la humanidad era notoriamente anterior en el tiempo a los hechos enjuiciados, por lo que su valoración tampoco vulnera el referido principio. En tercer lugar, no puede aplicarse un tipo delictivo posterior a los hechos salvo si es más favorable, ni congruentemente puede imponerse una pena superior a la prevista por la ley en el momento de su comisión.

Partiendo de los tipos delictivos de asesinato y detención ilegal, las circunstancias relevantes que los acompañan y caracterizan, pueden ser tenidas en cuenta para justificar la extensión extraterritorial de la jurisdicción española. En el caso, tales circunstancias, aunque no puedan ser valoradas como elementos del tipo a los efectos de aplicación del artículo 607 bis, permiten considerar los hechos constitutivos de asesinatos y detenciones ilegales declarados probados en la sentencia de instancia como crímenes contra la humanidad. Las previsiones del Derecho internacional penal consuetudinario, las normas de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y convenios suscritos por España, concreta y especialmente el CEDH y el PIDCP, deben ser tenidas en cuenta al interpretar y aplicar las normas de Derecho interno, de forma que resulte conducente a la efectiva protección de los derechos humanos esenciales. Nada impide, por lo tanto, la persecución de hechos que, aun calificados conforme al Derecho interno como delitos ordinarios de asesinato y detenciones ilegales, deban ser considerados como crímenes contra la humanidad conforme al Derecho internacional penal.

Consecuentemente, el motivo se estima parcialmente en cuanto no resulta de aplicación el artículo 607 bis del Código Penal. Se dictará segunda sentencia en la que, absolviendo por el delito de tortura, se condenará al recurrente como autor de treinta delitos de asesinato y de un delito de detención ilegal, sin perjuicio de lo que después se dirá respecto a otros delitos imputados por la acusación particular recurrente.

Noveno. Resta considerar en cuanto a los efectos de la anterior decisión, si es de aplicación el Código de 1973, derogado, en atención a la fecha de los hechos o si resulta más favorable el Código vigente.

Dado que la condena se impone por treinta delitos de asesinato debe precisarse el máximo de cumplimiento efectivo.

El Código Penal de 1973 establecía en el artículo 70 un máximo de cumplimiento del triple de la más grave de las penas impuestas con un límite de treinta años. Esta Sala, en STS 197/2006, de 27 de febrero, ha entendido que los beneficios penitenciarios, especialmente los relativos a la redención de penas por el trabajo, deberán computarse en relación a cada una de las penas impuestas sucesivamente hasta el máximo señalado en la ley. De esta forma, previsiblemente la pena impuesta se traducirá en un cumplimiento efectivo del máximo legal.

El Código Penal vigente, en el artículo 76, además de establecer el límite del triple de la más grave de las impuestas, establece distintos límites máximos de cumplimiento, que se concretan en veinticinco años cuando el sujeto haya sido condenado por dos o mas delitos y alguno de ellos esté castigado con pena de prisión de hasta veinte años, lo cual ocurre en el caso, toda vez que el delito de asesinato tiene señalada una pena comprendida entre quince y veinte años (art. 139.1 CP).

En consecuencia, en principio, y a pesar de no haber sido oído el acusado sobre este particular, resulta más beneficioso el Código Penal vigente.

III. Fallo

Que debemos estimar y estimamos parcialmente por acogimiento de su quinto motivo, el recurso de casación por infracción de ley y quebrantamiento de forma interpuesto por la representación del acusado Adolfo Francisco Scilingo Mazorro y que, asimismo, debemos estimar y estimamos parcialmente por acogimiento de su tercer motivo el recurso interpuesto por las acusaciones particulares en nombre de Marta Betini Francese y otros, contra la Sentencia dictada el día 19 de abril de 2005 por la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, Sección Tercera (Rollo de Sala 139/1997), en la causa seguida contra el mismo por un delito de lesa humanidad, y en su virtud casamos y anulamos parcialmente la expresada sentencia, dictándose a continuación otra más ajustada a derecho y declarándose de oficio las costas devengadas en este recurso.

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

Sentencia

En la Villa de Madrid, a uno de octubre de dos mil siete.

El Juzgado Central de Instrucción núm. 5 instruyó sumario número 19/1997 por un delito de lesa humanidad contra Adolfo Francisco Scilingo Manzorro, nacido el 28 de julio de 1946 en la ciudad de Bahía Blanca de la República Argentina, hijo de Adolfo Armando e Isabel, y una vez concluso lo remitió a la Sección Tercera de la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, que con fecha 19 de abril de 2005 dictó sentencia condenándole como autor responsable de un delito de lesa humanidad: 1.º con causación de 30 muertes alevosas a 30 penas de 21 años de prisión por cada una de ellas; 2.º con también realización de detención ilegal

a la pena de 5 años de privación de libertad; 3.º con causación de tortura grave igualmente a la pena de 5 años de privación de libertad y como accesoria de las anteriores penas la de inhabilitación absoluta durante el tiempo de duración de la condena. Sentencia que fue recurrida en casación ante esta Sala Segunda del Tribunal Supremo por la representación legal del acusado y que ha sido casada y anulada, por lo que los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen, bajo la presidencia del primero de los indicados y ponencia del Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, proceden a dictar esta segunda sentencia con arreglo a los siguientes:

I. Antecedentes

Único. Se reproducen e integran en esta sentencia todos los de la sentencia de instancia parcialmente rescindida en cuanto no estén afectados por esta resolución.

II. Fundamentos de Derecho

Único. Por las razones expuestas en nuestra sentencia de casación procede condenar al acusado como autor de treinta delitos de asesinato previstos en el artículo 139.1.º a la pena de 19 años de prisión por cada uno de ellos en atención a la especial gravedad de cada una de las acciones; como autor de un delito de detención ilegal del artículo 163 a la pena de 4 años de prisión; y como cómplice de 255 delitos de detención ilegal del mismo artículo a la pena de 2 años de prisión por cada uno de ellos, todos ellos del Código Penal vigente, que constituyen crímenes contra la humanidad según el Derecho internacional penal.

Asimismo procede su absolución respecto de los demás delitos de los que era acusado.

III. Fallo

Que debemos condenar y condenamos al acusado Adolfo Francisco Scilingo Manzorro como autor de treinta delitos de asesinato previstos y penados en el artículo 139.1.º; como autor de un delito de detención ilegal previsto y penado en el artículo 163, y como cómplice de 255 delitos de detención ilegal previstos y penados en el artículo 163, todos ellos del Código Penal vigente, los cuales constituyen crímenes contra la humanidad según el Derecho internacional, a las penas de 19 años de prisión por cada delito de asesinato; cuatro años de prisión por el delito de detención ilegal del que se le condena como autor, y dos años de prisión por cada uno de los delitos de detención ilegal de los que es considerado cómplice. Accesorias de inhabilitación absoluta respecto de cada una de las penas de 19 años de prisión y de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo respecto de las demás penas.

Se acuerda la absolución respecto de los demás delitos imputados. Se mantienen los demás pronunciamientos de la sentencia de instancia no afectados por el presente.

De conformidad con el artículo 76.1.a) del Código Penal, se establece en 25 años el límite máximo de cumplimiento efectivo de la condena.

[Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), 1 de octubre de 2007. Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.]

F.: Aranzadi (Westlaw).

2007-28

JUSTICIA UNIVERSAL.—Aplicación del artículo 23.4 h) LOPJ en relación con el art. 8.7 del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire.*II. Fundamentos de Derecho*

Primero. La Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria ha declarado la falta de jurisdicción de dicho Tribunal para conocer de los hechos imputados a los acusados a Jesús Carlos, Diego y Paulino, detectados a unas 90 millas al sur de la isla de Gran Canaria, cuando navegaban en una embarcación tipo «cayuco» con cincuenta y tres inmigrantes de origen subsahariano a bordo, procedentes de la costa africana.

El Tribunal de instancia ha fundado su decisión (PROV 2007, 8038) en que la norma contemplada en el art. 23.4 de la LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635), que establece en nuestro Derecho el principio de jurisdicción universal para determinados delitos, no es de aplicación al caso, así como tampoco lo son los principios de territorialidad y personalidad. [...]

Cuarto. En referencia ya al caso objeto de la presente causa, hemos de tener en cuenta:

1.º Que la inmigración ilegal constituye actualmente uno de los problemas más relevantes de la comunidad internacional, que de ordinario guarda una relación muy próxima con la denominada delincuencia organizada transnacional, por lo que ha sido objeto de acuerdos y convenios internacionales como es el caso de la Convención de 15 de noviembre de 2000 (ratificada por España mediante Instrumento de 21 de febrero de 2002), «BOE» de 29 de septiembre de 2003 [ratificado por instrumento de 21 de febrero de 2002, «BOE» de 10 de diciembre de 2003 (RCL 2003, 2864)], junto con el «Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire», que complementa la citada Convención, cuya finalidad no es otra que «promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional» (v. art. 1 de la Convención).

2.º Que el citado Protocolo establece que «los Estados parte cooperarán en la mayor medida posible para prevenir y reprimir el tráfico ilícito de migrantes por mar, de conformidad con el Derecho internacional del mar» (v. art. 7) y determina que «todo Estado que tenga motivos razonables para sospechar que un buque está involucrado en el tráfico ilícito de inmigrantes por mar y no posee nacionalidad o se hace pasar por un buque sin nacionalidad, podrá visitar y registrar el buque. Si se hallan pruebas que confirmen la sospecha, ese Estado parte adoptará medidas apropiadas de conformidad con el Derecho interno e internacional, según proceda» (v. art. 8.7).

3.º Que la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, hecha en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982 [«BOE» de 14 de febrero de 1997, núm. 39/1997 (RCL 1997, 345)], determina que «la alta mar está abierta a todos los Estados, sean ribereños o sin litoral», y que «se ejercerá en las condiciones fijadas por esta Convención y por las otras normas de Derecho internacional» (v. art. 87.1), precisando que «cada Estado establecerá los requisitos necesarios para conceder su nacionalidad a los buques, para su inscripción en un registro en su territorio y para que tengan el derecho a enarbolar su pabellón. Los buques poseerán la nacionalidad del Estado cuyo pabellón estén autorizados a enarbolar. Ha de existir una relación auténtica entre el Estado y el buque» (v. art. 91.1).

4.º Que la Convención de Ginebra de 29 de abril de 1958 [«BOE» de 27 de diciembre de 1971, núm. 309/1971 (RCL 1971, 2306)], dice que «se entenderá por “alta mar” la parte del mar no perteneciente al mar territorial ni a las aguas interiores de un Estado» (v. art. 1), y declara que «estando la alta mar abierta a todas las naciones, ningún Estado podrá pretender legítimamente someter cualquier parte de ella a su soberanía» (v. art. 2). «Todos los Estados,

con litoral o sin él, tienen derecho de que naveguen en alta mar los buques que enarbolan su bandera» (v. art. 4). Además, se previene que «el Estado ribereño fomentará la creación y el mantenimiento de un servicio de búsqueda y salvamento adecuado y eficaz, en relación con la seguridad en el mar» (v. art. 12.2).

De cuanto queda expuesto, se desprende: a) que el derecho de libre navegación por alta mar se reconoce a los Estados y se ejercerá en las condiciones fijadas por las Convenciones internacionales y demás normas de Derecho internacional; b) que, entre esas condiciones o exigencias figura la de que los buques tendrán la nacionalidad del pabellón que estén autorizados a enarbolar; y, en principio, estarán sometidos, en alta mar, a la jurisdicción exclusiva de dicho Estado («el buque que navegue bajo los pabellones de dos o más Estados, utilizándolos a su conveniencia, no podrá ampararse en ninguna de esas nacionalidades frente a un tercer Estado y podrá ser considerado buque sin nacionalidad» [v. art. 92.2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, hecha en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982 (RCL 1997, 345)]).

En el presente caso, nos encontramos con un buque sin nacionalidad (como de ordinario lo son las pateras y los cayucos utilizados para este tipo de actividades ilícitas). La navegación con este tipo de embarcaciones es realmente peligrosa para las personas que las utilizan. En el caso de autos, el Ministerio Fiscal acusó a los supuestos responsables de la operación abortada de un delito del art. 318 bis, apartados 1.º y 3.º del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), por estimar que los ocupantes del cayuco corrían grave riesgo para sus vidas, ya que carecían tanto de medios de comunicación exterior como de chalecos salvavidas (los medios de comunicación dan cuenta con no escasa frecuencia de personas que pierden la vida en este tipo de operaciones), razón por la cual hubo de intervenir una embarcación del Servicio de Salvamento Marítimo español, que rescató a los inmigrantes y los trasladó a la costa española. Consiguientemente, los presuntos responsables de la operación de inmigración ilegal quedaron en territorio español, al que, de modo indudable, se dirigía el cayuco intervenido.

El hecho de la operación de inmigración ilegal organizada para penetrar clandestinamente en territorio español es patente. Tal conducta constituye un delito grave, al estar penada con prisión de seis a ocho años [v. art. 318 bis 1.º y 3.º CP y art. 2 b) de la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 15 de noviembre de 2000 (RCL 2003, 2864)]. La embarcación utilizada carecía de nacionalidad. No consta que ningún Estado haya reclamado el conocimiento de este hecho. Los presuntos responsables –al menos una parte de ellos (los que viajaban en el cayuco)– se encontraban en territorio nacional. Existe, en todo caso, un evidente lazo de conexidad entre el hecho objeto de esta causa y los intereses nacionales. Concurren, pues, en el presente caso, un conjunto de circunstancias que, de acuerdo con las normas y principios de Derecho internacional ya expuestos, especialmente el art. 23.4 h) LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635) en relación con el art. 8.7 del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire anteriormente transcrito, dotan de cobertura a esta atribución jurisdiccional, posibilitan la adopción de medidas conforme al Derecho interno, entre ellas la incoación del oportuno atestado por las Fuerzas de Seguridad, y justifican sobradamente el conocimiento del presente caso por los órganos jurisdiccionales españoles.

Procede, en conclusión, la estimación del motivo de casación formulado por el Ministerio Fiscal, con la lógica consecuencia de anular la sentencia recurrida y remitir las actuaciones al Tribunal de que proceden para que por el mismo se dicte la sentencia que proceda sobre las acciones penales deducidas en la presente causa por el Ministerio Fiscal.

III. Fallo

Que estimando el recurso de casación formulado por el Ministerio Fiscal, casamos y anulamos la sentencia recurrida, dictada en esta causa por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, el 26 de octubre de 2006 (PROV 2007, 8038), y declaramos de oficio las costas procesales.

En su consecuencia, declaramos que los hechos denunciados son competencia de la jurisdicción española; devuélvanse las actuaciones al Tribunal de que proceden para que por el mismo Tribunal que dictó la resolución recurrida, que anulamos, dicte nueva sentencia sobre las pretensiones deducidas por el Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas.

[Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.^a), núm. 788/2007 de 8 octubre. Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar.]

F.: *Aranzadi (Westlaw)*, RJ/2007/6293.

En el mismo sentido:

[Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.^a), núm. 622/2007, de 5 de julio. Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Antonio Ramos Gancedo.]

F.: *Aranzadi (Westlaw)*, RJ/2007/7421.

[Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.^a), núm. 1092/2007 de 27 de diciembre. Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta.]

F.: *Aranzadi (Westlaw)*, RJ 1092/2007, de 27 de diciembre.

2007-29

CRÍMENES INTERNACIONALES E IMPRESCRIPTIBILIDAD.—La institución de la prescripción tiene consecuencias estrictamente procesales. La modificación del plazo de prescripción de un delito, siempre que aquél no haya expirado, puede ser ampliado sin infringir el principio de irretroactividad de las normas penales.

Fundamentos jurídicos

Primero. El primer motivo del recurso viene a reiterar que los delitos imputados estaban prescritos según la legislación española, citando la disposición transitoria segunda del Código Penal para determinar la ley más favorable («mi representado debe ser enjuiciado por el texto anterior habida cuenta de que es el texto legal más favorable para el reo») y el art. 9-c del Tratado de Extradición y Asistencia Judicial en Materia Penal suscrito entre España y Argentina. Según esa norma convencional no se concederá la extradición cuando de acuerdo a la ley de alguna de las partes se hubiera extinguido la pena o la acción penal correspondiente al delito por el que se solicita la entrega, principio que se encuentra recogido en el art. 4.4 de la Ley de Extradición Pasiva.

Como se razonaba en el auto impugnado, con cita de nuestro precedente Auto del Pleno de esta Sala núm. 52/2006, de 14 de junio, dictado en una extradición instada también por Argentina, los delitos de genocidio y de lesa humanidad son crímenes internacionales que según nuestro Código Penal, art. 131.4, no prescribirán en ningún caso, debiendo entenderse que si los hechos objeto de la reclamación no habían prescrito a la entrada en vigor del mismo, en el año 1996, se convirtieron en imprescriptibles.

Sostiene la defensa del reclamado que a pesar de la entrada en vigor del nuevo Código y su declaración de imprescriptibilidad, el plazo de la prescripción de los delitos de genocidio y lesa humanidad por hechos anteriores debía considerarse aplicable y permitir la extinción de la responsabilidad penal, tesis que no se comparte porque su estatuto jurídico se transformó de manera radical.

Los hechos imputados —integración en una asociación ilícita, la Triple A (Alianza Anticomunista Argentina), creada por quien ostentaba el cargo de Ministro de Bienestar Social y Secretario Privado de la Presidencia de la Nación en el otoño de 1973, con la finalidad de asesinar y hacer desaparecer a enemigos políticos, la muerte violenta de ocho personas y el

secuestro y la desaparición de otras tres— ocurrieron a lo largo del año 1974. El 23 de enero de 1984 la autoridad judicial dictó el procesamiento del señor Almidón y emitió una orden internacional de captura. Luego en ese momento se interrumpió el plazo de la prescripción de los delitos, que en el Código anterior requerían del transcurso de veinte años. Cuando nuestra legislación modificó la extinción de esos delitos para declararlos imprescriptibles los hechos objeto de la solicitud de extradición no habían prescrito de acuerdo a las reglas hasta entonces aplicables. Ha de tenerse en cuenta que las conductas descritas podrían calificarse por el art. 607 bis como delitos de lesa humanidad o por el art. 607 como delitos de genocidio, y que el Código de 1995 se limitó a incorporar a nuestro Derecho interno una previsión del Derecho internacional contenida en la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, Resolución 2391 (XXIII) de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 26 de noviembre de 1968 –suscrita por Argentina e introducida en su ordenamiento mediante Ley 24.584, de 1 de noviembre de 1995, a la que se otorgó jerarquía constitucional por Ley 25.778– y en la Convención Europea relativa a la Imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad de 25 de enero de 1974.

Alega el recurrente que los delitos no podían considerarse de lesa humanidad, olvidando que esos hechos eran contemplados como graves delitos en la legislación de ambos Estados, y que –aun recogida en sus respectivos derechos internos la tipificación de los delitos de lesa humanidad y genocidio con posterioridad a la comisión de los hechos– el art. 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establecía que el principio de legalidad penal y la irretroactividad de la ley desfavorable para el inculpado no se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que en el momento de cometerse fueran delictivos según los principios generales del Derecho reconocidos por la comunidad internacional. Una previsión idéntica contiene el art. 7.2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades. El secuestro, la desaparición y la muerte de enemigos políticos por grupos criminales creados desde el Estado son delitos, como se ha dicho, de carácter internacional, que además estaban contemplados como delitos graves en la legislación de ambos Estados. Ya eran considerados como crímenes contra la humanidad en el art. 6-c del Estatuto del Tribunal de Nuremberg de 1945, principios de Derecho internacional que fueron reconocidos como valores universales por la Resolución 95 (1) de la Asamblea General de Naciones Unidas de 11 de diciembre de 1946.

Desde la perspectiva de la legislación del Estado requirente no hay duda de que los delitos por los que es perseguido el reclamado no han prescrito, tal y como se analiza en la resolución que calificó los hechos como delitos de lesa humanidad, que se acompañaba con la orden de captura internacional de 26 de diciembre de 2006.

La propia Convención de Naciones Unidas sobre la imprescriptibilidad, antes citada, tiene una voluntad de aplicación retroactiva. Así, en su preámbulo dice que «en ninguna de las declaraciones solemnes, instrumentos o convenciones para el enjuiciamiento y castigo de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad se ha previsto limitación en el tiempo», infracciones que considera entre las más graves del Derecho internacional, es por ello que «la aplicación de las normas de Derecho interno relativas a la prescripción de los delitos ordinarios suscita grave preocupación en la opinión pública mundial, pues impide el enjuiciamiento y castigo de las personas responsables», lo que hace necesario «afirmar en el Derecho internacional el principio de imprescriptibilidad y asegurar su aplicación universal», en consecuencia proclama en su artículo primero la persecución de esos delitos «cualquiera que sea la fecha en que se haya(n) cometido». El mismo principio se halla consagrado en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, art. 29, texto fundamental del Derecho penal internacional, que recoge los cuatro delitos –el crimen de agresión, el de genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra– que declara imprescriptibles.

En definitiva, lo que se plantea en la presente extradición, desde nuestro Derecho, es la aplicación del principio de prohibición de retroactividad a leyes que declaran la imprescriptibilidad de ciertos delitos de carácter internacional en relación a hechos que todavía no habían prescrito en el momento de la reforma legal. A estos efectos interesa destacar que, al margen de la naturaleza de la institución, su consecuencia es estrictamente procesal, ya que impide la persecución y el enjuiciamiento de unos hechos con apariencia delictiva. Lo que significa que la prescripción no representa una modificación sobre la punibilidad de la conducta, sólo sobre su perseguibilidad. Y permite estimar que la modificación del plazo de la prescripción de un hecho, siempre que el mismo no hubiera expirado, puede ser ampliado sin infracción de la irretroactividad. Ya que sólo afectaría a la confianza del autor en la extinción de la potestad pública de persecución en un momento determinado, pero no a la certeza sobre la impunidad del hecho por ausencia de una norma prohibitiva. De esa manera, en el ámbito de la imprescriptibilidad de ciertos delitos, se ha de considerar que mientras no se cumplan los plazos señalados para la prescripción del hecho o de la acción penal no tiene el autor un derecho adquirido a no ser objeto de persecución penal, argumento que habría de matizarse en el caso de crímenes internacionales por su carácter imprescriptible independientemente del momento de ejecución de la conducta [...].

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha inadmitido demandas contra sentencias condenatorias pronunciadas por delitos contra la humanidad cometidos durante la ocupación de Francia en la Segunda Guerra Mundial o en la Estonia ocupada por la Unión Soviética, es decir mucho antes de que los tipos penales fueran introducidos en las legislaciones de esos Estados, afirmando los principios de Derecho internacional ya mencionados y la previsión del art. 7.2 del Convenio Europeo, al entender que la persecución de dichos crímenes no estaba sometida a limitación temporal y que la interpretación sobre su aplicación retroactiva no era contraria al Convenio (decisiones adoptadas en los asuntos Kolk y Kislyiy contra Estonia de 17 de enero de 2006, Papón contra Francia de 15 de noviembre de 2001 y Touvier contra Francia de 13 de enero de 1997).

Por fin, cabe resaltar que el caso analizado es bien distinto a la supresión retroactiva de una prescripción ya consumada o a supuestos relacionados con la modificación de la gravedad de las penas previstas para un delito y su influencia en la determinación de los plazos de prescripción (por ejemplo, la STC 82/2006, en un procedimiento de extradición, que se refería a la selección de una pena más grave introducida en la legislación del Estado requirente con posterioridad a la ejecución del hecho y que se había utilizado para estimar un plazo más amplio de prescripción, que se consideró no era aplicable en atención al principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable) [...].

Por todo ello, procede confirmar el auto que concedió la extradición del señor José Miguel.

En atención a lo expuesto la Sala dispone: Se desestima el recurso de súplica interpuesto por la Procuradora señora González Arrojo en nombre y representación de don José Miguel contra el Auto de la Sección 2.ª de la Sala de lo Penal de esta Audiencia Nacional de 25 de mayo de 2007, que se viene a confirmar.

[Sentencia Audiencia Nacional núm. 68/2007 (Sala de lo Penal, Sección 1.ª), de 18 de julio. Ponente, Excmo. Sr. D. Juan Ramón Sáez Valcárcel.]

F.: Aranzadi (Westlaw), JUR/2008/285381.

V. DERECHO COMUNITARIO EUROPEO

2007-30

DERECHO COMUNITARIO.–Libre circulación de personas. Libre prestación de servicios y deporte profesional. Alegación de jurisprudencia del TJCE.

Fundamentos de Derecho

[...]

Tercero. [...] 3. Como es por todos conocido, la sentencia dictada en el caso Bosman de 15 de diciembre de 1995 (TJCE 1995, 240) refiriéndose a los ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea, concretamente en su apartado 94, dice que «el conjunto de disposiciones del Tratado (LCEur 1986, 8) relativas a la libre circulación de personas tiene por objeto facilitar a los nacionales de los Estados miembros de la Comunidad el ejercicio de cualquier tipo de actividad profesional en el territorio comunitario y se oponen a las medidas nacionales que pudieran colocar a estos nacionales en una situación desfavorable en el supuesto de que desearan ejercer una actividad económica en el territorio de otro Estado miembro y se opone a las medidas (incluso de asociaciones y organismos que no están sometidos al Derecho público) que pudieran colocar a estos nacionales en una situación desfavorable en el supuesto de que desearan ejercer una actividad económica en el territorio de otro Estado». La doctrina comunitaria quiere dejar claro que no pueden existir trabas en los países miembros para los trabajadores que tengan la cualidad de comunitarios. Más explícitamente, la Sentencia del mismo Tribunal de 13 de abril de 2000 (TJCE 2000, 85) (caso Lehtonen), establece que «la eliminación, entre los Estados miembros, de los obstáculos a la libre circulación de personas y a la libre prestación de servicios correría peligro si la supresión de las barreras de origen estatal pudiera ser neutralizada con obstáculos derivados de actos realizados en ejercicio de su autonomía jurídica por asociaciones y organismos que no están sometidos al Derecho público». «Esto es exactamente lo que ocurre en el caso de autos, pero no de forma real y actual sino como hipótesis de futuro, de manera que sólo si la Liga Nacional de Fútbol hubiera impedido expresamente la inscripción del jugador como comunitario, o bien hubiera sancionado al Club –una vez verificada la inscripción con la tarjeta de residencia como se hizo en la temporada anterior– por alineación indebida de extranjeros, se habría producido tal obstáculo. El Celta se anticipó de forma precipitada erigiendo en imprescindible una mera posibilidad y provocando una situación de desobediencia en el jugador que no es actual ni verosímil, porque desde el viaje a Rusia podría haber exigido –de manera que pudiera acreditarse– el pasaporte en vigor, y si no lo hizo es porque no era algo ineludible, salvo que se quiera prescindir de un jugador de gran calidad, internacional con su selección y excesivamente caro para un club de segunda división. En cualquier caso, si el interés del Celta hubiera sido real y quisiera cumplir estrictamente con unos requisitos no exigibles ni exigidos, podría haber inscrito al jugador de forma provisional, comenzando a jugar a inicios de octubre de este año, cuando ya tenía el pasaporte en vigor».

[Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Vigo, núm. 566/2007, de 10 de diciembre. Ponente: Ilmo. Sr. D. Germán María Serrano Espinosa.]

F.: Aranzadi (Westlaw), JUR/2008/55482.

2007-31

DERECHO COMUNITARIO.—Efecto directo de Directivas comunitarias. Aplicación de jurisprudencia del TJCE.*Fundamentos de Derecho*

[...]

Segundo. [...] *En todo caso, como se señala por el Letrado de la Junta de Castilla y León, en el escrito de contestación a la demanda, la pretensión deducida en este recurso contencioso-administrativo plantea las siguientes cuestiones: interpretación de la DT Única de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, y redacción del artículo 99.4 del TR de la LCAP (RCL 2000, 1380, 2126) que es de aplicación; efecto directo de la Directiva 2000/35/CEE, de 29 de junio (LCEur 2000, 2084).*

Por lo que respecta a la última de las cuestiones enunciadas, ha de indicarse que el TJCE, en Sentencia de 17 de febrero de 2005 (TJCE 2005, 43), señala: A este respecto, debe recordarse que, en todos los casos en que las disposiciones de una Directiva resultan, desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y suficientemente precisas, dichas disposiciones, si no se han adoptado dentro del plazo prescrito medidas de aplicación, pueden ser invocadas contra cualquier disposición nacional no conforme a la Directiva, o en la medida en que definen derechos que los particulares pueden alegar frente al Estado [véanse, en particular, las Sentencias de 19 de enero de 1982, Becker, 8/81, Rec. p. 53, apartado 25; de 10 de septiembre de 2002 (TJCE 2002, 236), Kügler, C-141/00, Rec. p. I-6833, apartado 51, y de 20 de mayo de 2003 (TJCE 2003, 148), Österreichischer Rundfunk y otros, asuntos acumulados C-465/00, C-138/01 y C-139/01, Rec. p. I-4989, apartado 98].

En Sentencia de 5 de febrero de 2004 (TJCE 2004, 28), el TJCE declara: Según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, en todos aquellos casos en que las disposiciones de una Directiva, desde el punto de vista de su contenido, no estén sujetas a condición alguna y sean suficientemente precisas, los particulares están legitimados para invocarlas ante los órganos jurisdiccionales nacionales contra el Estado, bien cuando éste no adapte el Derecho nacional a la Directiva dentro de los plazos señalados, bien cuando haga una adaptación incorrecta (véanse, en particular, las Sentencias de 19 de noviembre de 1991 [TJCE 1991, 296], Francovich y otros, asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90, Rec. p. I-5357, apartado 11, y de 11 de julio de 2002 [TJCE 2002, 224], Marks & Spencer, C-62/00, Rec. p. I-6325, apartado 25).

También el TJCE, en Sentencia de 9 de septiembre de 1999 (TJCE 1999, 180), señala: Procede recordar que, según reiterada jurisprudencia (véase, en particular, la Sentencia de 24 de septiembre de 1998 [TJCE 1998, 212], Togùl, C-76/97, Rec. p. I-5357, apartado 42), en todos los casos en que las disposiciones de una Directiva resultan, desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y suficientemente precisas, los particulares pueden invocarlas frente al Estado, bien cuando éste se abstiene de adaptar el Derecho interno a la Directiva dentro de plazo, bien cuando hace una adaptación incorrecta. En el mismo sentido, Sentencia de 10 de junio de 1999 (TJCE 1999, 124).

[...]

Ahora bien; el contrato en base al que ha efectuado la demandante los suministros pagados tardíamente, como antes se ha dicho, es de fecha posterior a 8 de agosto de 2002, contratos que no podían ser objeto de exclusión al trasponer la Directiva, por lo que ha de concluirse que las obligaciones impuestas por la Directiva eran incondicionales y precisas respecto de estos contratos posteriores y por lo tanto del que es objeto de este recurso contencioso-administrativo.

El artículo 3.d) de la Directiva establece un tipo de interés de demora más alto que el que contempla el artículo 99.4 del RDLegislativo. 2/2000, de 16 de junio (RCL 2000, 1380, 2126), por el que se aprueba el TR de la LCAP, en su redacción anterior a la Ley 3/2004 (RCL 2004, 2678) (... si se demorase, deberá abonar al contratista, a partir del cumplimiento de dicho plazo de dos meses, el interés legal del dinero incrementado en 1,5 puntos, de las cantidades adeudadas), interés que ha de abonar la Administración al contratista en el caso de que concurra el presupuesto de hecho que contempla el precepto. Desde esta perspectiva, es evidente que se está en el supuesto de un derecho que el particular puede alegar frente a un poder público.

[...]

En relación con este apartado de la cuestión, se estima de interés destacar que en la misma sentencia del TJCE de 17 de febrero de 2005 (TJCE 2005, 43), antes citada, puede leerse: «34. En relación, más concretamente, con el artículo 13, parte B, de la Sexta Directiva (LCEur 1977, 138), se desprende de la jurisprudencia que, si bien esta disposición reconoce indiscutiblemente un margen de apreciación a los Estados miembros para establecer las condiciones de aplicación de algunas de las exenciones que prevé, no es menos cierto que un Estado miembro no puede invocar, frente a un contribuyente que puede demostrar que su situación fiscal está comprendida efectivamente en una de las categorías de exención enunciadas por la Sexta Directiva, el hecho de que este Estado no haya adoptado las disposiciones destinadas, precisamente, a facilitar la aplicación de esa misma exención (sentencia Becker, antes citada, apartado 33). [...]

Tercero. [...] Como se ha dicho en el anterior fundamento de Derecho, ha de concluirse, por una parte, que ha de otorgarse eficacia directa a la norma comunitaria desde el momento en el que las obligaciones que establece son incondicionales y precisas respecto del contrato al que se refiere el procedimiento (posterior a fecha 8 de agosto de 2002 y que, en consecuencia, no podía ser excluido al momento de la transposición de la Directiva).

[...]

Ha de concluirse, por lo expuesto, que las resoluciones expresas y la desestimación presunta de la reclamación de abono de intereses de demora, en cuanto no aplican el interés establecido en la norma comunitaria y en el artículo 7 de la Ley 3/2004, son contrarias a Derecho, por lo que han de ser anuladas (art. 63.1 de la LRJA y PAC [RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246]).

[Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Valladolid, núm. 307/2007, de 4 de septiembre. Ponente: Ilmo. Sr. D. Alejandro Valentín Sastre.]

F.: Aranzadi (Westlaw), JUR/2008/128685.

2007-32

DERECHO COMUNITARIO.–Denegación de la tarjeta de residente comunitario a extranjero, nacional de un Estado miembro, por razones de orden público. Alegación de jurisprudencia del TJCE.

Fundamentos de Derecho

[...]

Tercero. [...] El artículo 18 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea EDL 1957/52, en la versión establecida en el Tratado de Niza EDL 2001/37088 (antiguo art. 8 A del Tratado de la Unión Europea, EDL 1992/17993) atribuye a todo ciudadano de la Unión el derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en el propio Tratado y en las disposiciones adoptadas para su aplicación.

Al momento de dictado de la resolución recurrida las razones de orden público venían establecidas como limitación para el ejercicio del derecho, entre otras y en lo que ahora importa, en la Directiva 1990/364/CEE, de 28 de junio de 1990, EDL 1990/13908. El artículo 1 de la Directiva EDL 1990/13908 recoge el compromiso de los Estados miembros de conceder el derecho de residencia a los nacionales de los Estados miembros que no disfruten de dicho derecho en virtud de otras disposiciones del Derecho comunitario, así como a los miembros de su familia (su cónyuge y sus descendientes a su cargo; así como los ascendientes del titular del derecho de residencia y de su cónyuge que estén a su cargo), siempre que dispongan para sí mismos y para los miembros de su familia de un seguro de enfermedad que cubra la totalidad de los riesgos en el Estado miembro de acogida y de recursos suficientes a fin de que no se conviertan, durante su residencia, en una carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida.

El artículo 2, apartado 2 in fine EDL 1990/13908, permite que los Estados miembros establezcan excepciones a las disposiciones de la Directiva, tan sólo por razones de orden público, de seguridad o de salud públicas.

La norma fue objeto de trasposición en el Real Decreto 766/1992, de 26 de junio de 1992, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y otros Estados partes en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, EDL 1992/15747, modificado por los Reales Decretos 737/1995, de 5 de mayo; EDL 1995/14031 y 1710/1997, de 14 de noviembre, y EDL 1997/24950. El artículo 15.1.b) del referido Reglamento EDL 1992/15747, incluye el supuesto de denegación, determinada por razones de orden público, de la tarjeta de residente comunitario a la persona extranjera nacional de un Estado miembro de la Unión Europea. El supuesto permanece inalterado en el artículo 16.1.b) del Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero, EDL 2003/1917, actualmente en vigor.

Asimismo, al amparo de lo dispuesto en los artículos 48 y 56 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, EDL 1957/52 q, reguladores de los derechos de libre circulación de los trabajadores y de libertad de establecimiento dentro de la Comunidad de los nacionales de los Estados miembros, se dicta la Directiva 64/221/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1964, para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública. El artículo 3 de la Directiva prevé, en su apartado 1, que las medidas de orden público o de seguridad pública deberán estar fundamentadas, exclusivamente, en el comportamiento personal del individuo a que se apliquen. Y, en su apartado 2, dispone que la mera existencia de condenas penales no constituye por sí sola motivo para la adopción de dichas medidas.

Estas reservas, previstas en los artículos 48 y 56 del Tratado CE, EDL 1957/52 q, por las que se permite a los Estados miembros [...] adoptar, con respecto a los nacionales de otros Estados miembros, por las razones mencionadas en dichas disposiciones, especialmente por razones de orden público, medidas que no podrían aplicar a sus propios nacionales, en el sentido de que no puede expulsar a éstos del territorio nacional ni prohibirles el acceso a él, han sido reiteradamente denostadas por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (SS de 4 de diciembre de 1974, Van Duyn, apartados 22 y 23; 18 de mayo de 1982, Adoui y Cornuaille, apartado 7; 17 de junio de 1997, Shingara y Radiom, apartado 28, y 19 de enero de 1999, Calfa, apartado 20, EDJ 1999/16).

En igual medida, constituye una reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que:

a) *La expedición de un permiso de residencia a un nacional de un Estado miembro no debe considerarse un acto constitutivo de derechos, sino como un acto de reconocimiento por parte de un Estado miembro de la situación individual de un nacional de otro Estado miembro en relación con las disposiciones del Derecho comunitario (véase, en particular, las Sentencias de 5 de febrero de 1991, Roux, apartado 12, y de 25 de julio de 2002, Mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie ASBL, MRAX, apartado 74, EDJ 2002/28162).*

b) *El Derecho comunitario no impide que, en caso de infracción de las disposiciones nacionales sobre control de extranjeros, los Estados miembros impongan las sanciones adecuadas que sean necesarias para garantizar la eficacia de tales disposiciones (sentencia de 8 de abril de 1976, Royer, apartado 42), siempre que dichas sanciones sean proporcionadas (véase, en particular, la sentencia de 3 de julio de 1980, Pieck, 157/79, Rec. p. 2171, apartado 19, sentencia de 25 julio 2002, MRAX, apartado 77 EDJ 2002/28162).*

c) *El principio de la libre circulación de personas debe ser interpretado con amplitud de criterio (véanse, en este sentido, las sentencias de 26 de febrero de 1991, Antonissen, apartado 11, 20 de febrero de 1997, Comisión/Bélgica, apartado 14 EDJ 1997/18608), mientras que las excepciones a dicho principio deben interpretarse de modo restrictivo (véanse, en este sentido, las sentencias de 4 de diciembre de 1974, Van Duyn, apartado 18; de 26 de febrero de 1975, Bonsignore, 67/74, apartado 6; 3 de junio de 1986, Kempf, apartado 13, y 9 noviembre 2000, Yiadom, apartado 24 EDJ 2000/32257).*

d) *Conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el concepto de orden público puede invocarse en caso de que exista, aparte de la perturbación del orden social que constituye cualquier infracción a la ley, una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad (véase la sentencia de 27 de octubre de 1977, Bouchereau, apartado 35; 18 de mayo de 1989, Comisión, apartado 17; 5 de febrero de 1991, Roux, apartado 30; 17 de mayo de 1998, Clean Car Autoservice, apartado 40; 29 de octubre de 1998, Comisión, apartado 46 EDJ 1998/19949; 19 de enero de 1999, Calfa, apartado 21 EDJ 1999/16; 10 de febrero de 2000, Nazh y otros, apartado 57 EDJ 2000/131, y 26 de noviembre de 2002, Oteiza Olazábal, apartado 39 EDJ 2002/60127).*

La anterior interpretación del derecho comunitario sobre la limitación al derecho de la libre circulación de personas y al derecho de establecimiento referida a las razones de orden público ha sido, también, acogida por la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en las sentencias de 19 de febrero, 4 de marzo, 14 de marzo, 17 de julio y 27 de noviembre de 2000, EDJ 2000/44734 y 20 de julio de 2001, en supuestos de aplicación de medidas sancionadoras a personas extranjeras nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea; y en las sentencias de 18 de abril, 9 de octubre y 27 de diciembre de 2000, en supuestos de aplicación de medidas sancionadoras a nacionales de terceros países.

[...]

Cuarto. El comportamiento acreditado del recurrente es constitutivo de una situación de amenaza real y suficientemente grave de afeción al orden público que justifica la lícita adopción de la medida de denegación de la expedición de la tarjeta de residente comunitario.

[...]

Sexto. [...] Por tanto, nos encontramos con que el recurrente ha tenido una conducta delictiva reiterada, lo que acredita una conducta antisocial, y que, si bien sus antecedentes policiales han sido cancelados provisionalmente, no lo han sido definitivamente, habiendo diversas causas penales en trámite contra él, y siendo todo en fechas tan inmediatas a la de la denegación del permiso de residencia que ha de considerársele como un peligro para el orden público. Se ha de tener en cuenta, según las sentencias mencionadas, que este concepto sea jurídicamente indeterminado, que está circunscrito al mantenimiento del normal ejercicio de los derechos fundamentales y de la convivencia social, que indudablemente se ha visto alterada por la conducta reiterativa en numerosos tipos de infracciones legales, aunque pueda darse el caso de que por la jurisdicción penal no se las llegue a considerar con el carácter de delitos graves, ni merezcan una sanción penal.

[Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 4 de Zaragoza, núm. 457/2007, de 19 de diciembre. Ponente: Ilma. Sra. D.^a Concepción Gimeno Gracia].

F.: Aranzadi (Westlaw), JUR/2008/126610.