

### III. JURISPRUDENCIA

#### A) JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO\*

Coordinación a cargo de:

Francisco Javier QUEL LÓPEZ

Catedrático de Derecho Internacional Público

#### SUMARIO

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

#### I. TRATADOS INTERNACIONALES

2006-1

**TRATADOS INTERNACIONALES.–Prestación del consentimiento del Estado para obligarse.**

#### SENTENCIA

*En los recursos de inconstitucionalidad acumulados núms. 73/99 y 3247/99, promovidos por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso contra el*

---

\* La presente crónica abarca el primer semestre de 2005 respecto de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional, así como la emanada de los tribunales inferiores a lo largo de 2004 y primer semestre de 2005. La selección de materiales ha sido llevada a cabo por los profesores de la UPV/EHU Oscar Abalde Cantero, Nicolás Alonso Moreda, M.ª Dolores Bollo Arocena y Juan Soroeta Liceras. Algunas elecciones, especialmente relevantes, han sido objeto de comentario. La firma cada profesor identifica a su autor.

Conviene advertir que solamente se ha incluido la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales españoles en su función de interpretación y aplicación de normas internacionales.

*Real Decreto-ley 14/1998, de 9 de octubre, de adhesión de España a diversos Acuerdos del Fondo Monetario Internacional y, en especial, contra los artículos 2 y 3, y contra la Ley 13/1999, de 21 de abril, de adhesión de España a diversos Acuerdos del Fondo Monetario Internacional y, en especial, contra los artículos 2 y 3. Ha sido parte el Gobierno de la Nación, representado por el Abogado del Estado, y Ponente el Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas, quien expresa el parecer del Tribunal.*

### I. Antecedentes

1. *Mediante escrito registrado en este Tribunal el 8 de enero de 1999 doña Soledad Mestre García, comisionada de setenta y nueve Diputados del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso, interpuso recurso de inconstitucionalidad contra el Real Decreto-ley 14/1998, de 9 de octubre (BOE núm. 243, de 10 de octubre), de adhesión de España a diversos Acuerdos del Fondo Monetario Internacional y, en especial, contra los artículos 2 y 3.*

2. *El recurso de inconstitucionalidad se inicia con la relación de antecedentes que a continuación se exponen:*

a) *Durante la Asamblea anual del Fondo Monetario Internacional celebrada en Hong Kong del 20 al 25 de septiembre de 1997 se aprobó la cuarta enmienda al Convenio constitutivo del Fondo Monetario Internacional, así como la ampliación de los recursos financieros del Fondo en un 45 por 100 de las cuotas aportadas por cada país.*

b) *El 28 de agosto de 1998 el Consejo de Ministros acordó solicitar al Congreso de los Diputados la iniciación del procedimiento relativo a la autorización por las Cortes Generales de la cuarta enmienda al Convenio constitutivo del Fondo Monetario Internacional aprobada en Hong Kong el 23 de septiembre de 1997. Dicha solicitud se registró en la Secretaría General del Congreso de los Diputados el 4 de septiembre siguiente y se tramitó por el procedimiento de urgencia.*

c) *El 23 de septiembre de 1998 finalizó el plazo para la presentación de enmiendas previsto en el artículo 156 del Reglamento de la Cámara, y desde ese momento el Convenio se encuentra en condiciones de ser dictaminado por la Comisión de Asuntos Exteriores.*

d) *Iniciado el trámite específico previsto en los artículos 94 y 74.2 CE, el 10 de octubre de 1998 se publica oficialmente el Real Decreto-ley 14/1998, de 9 de octubre, de adhesión de España a diversos Acuerdos del Fondo Monetario Internacional. En esa misma fecha se registra copia del Real Decreto-ley en la Secretaría General del Congreso de los Diputados a los efectos de los artículos 86 CE y 151.1 RCG, así como un Dictamen del Consejo de Estado.*

e) *Con fecha 19 de octubre de 1998 ochenta y dos Diputados del Grupo Parlamentario Socialista elevaron al Pleno del Congreso de los Diputados propuesta de planteamiento de conflicto de atribuciones entre órganos constitucionales del Estado (arts. 59.3 y 73 LOTC), entre el Congreso de los Diputados y el Gobierno de la Nación, por entender que la prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de ese tipo de tratados o convenios es una materia reservada en exclusiva a las Cortes Generales. La propuesta fue rechazada por el Pleno de la Cámara en sesión del 28 de octubre de 1998. Con esa misma fecha el Pleno acordó convalidar el Real Decreto-ley 14/1998, de 9 de octubre, así como su tramitación como proyecto de ley.*

f) *El Pleno del Congreso de los Diputados y el Pleno del Senado, con fechas de 12 de noviembre y 9 de diciembre de 1998, respectivamente, otorgaron la preceptiva autorización previa de las Cortes Generales a la cuarta enmienda al Convenio constitutivo del Fondo Monetario Internacional aprobada en Hong Kong el 23 de septiembre de 1997.*

3. *Sobre la base de estos antecedentes, el recurso desarrolla la fundamentación jurídica que seguidamente se sintetiza:*

[...]

5. Comenzando por el examen del recurso dirigido contra el Real Decreto-ley 14/1998, debe recordarse que la norma impugnada es una norma jurídica con valor de ley a la que está vedada la afectación de las materias enunciadas en el artículo 86.1 CE. Esa afectación no es, sin embargo, el único límite sustantivo al que la Constitución somete a los decretos-leyes, pues sobre éstos opera también, como es obvio, el conjunto de las reservas establecidas por el constituyente respecto de determinadas materias y en beneficio de específicas formas y procedimientos. Entre tales reservas figura la que para la prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de tratados o convenios establece el artículo 94.1 de la Constitución, en cuya virtud dicha prestación debe ser autorizada, en determinados casos, por las Cortes Generales. Queda excluida, por tanto, la posibilidad de una prestación de ese consentimiento sin previa autorización parlamentaria o con la dispensada por un órgano distinto. Es, pues, evidente que el decreto-ley no es una forma jurídica habilitada para la autorización requerida por el artículo 94.1 CE. De un lado, porque el artículo 86.1 CE sólo prevé la figura del decreto-ley para el dictado de «disposiciones legislativas», categoría jurídica que es distinta de la que corresponde a las autorizaciones, por lo que no puede considerarse instrumento idóneo para el acuerdo de autorizaciones. De otro, porque tratándose de una autorización es claro que no puede concederla quien debe ser autorizado. Por último, porque el decreto-ley es una fuente normativa propia del Gobierno que sólo precisa de la intervención del Congreso de los Diputados –y no de las dos Cámaras que integran las Cortes Generales– para la estabilización de su vigencia en el Ordenamiento. Por ello ni siquiera tras su convalidación parlamentaria es el decreto-ley una forma jurídica capaz de dispensar una autorización que sólo pueden brindar las Cortes Generales, pues la convalidación del Congreso de los Diputados nunca puede ser la del órgano complejo en el que se integra junto con el Senado, de manera que no es posible ver en la convalidación un acto equivalente a la autorización requerida por el artículo 94.1 CE.

A lo anterior ha de añadirse todavía otro argumento, pues la autorización del artículo 94.1 CE ha de ser previa a la prestación del consentimiento, lo que supone que si la autorización contenida en el decreto-ley sólo se perfecciona tras la convalidación parlamentaria, el decreto-ley no autorizaría per se la prestación del consentimiento y dejaría así de producir plenos efectos desde su publicación, lo que difícilmente se avendría con su condición de instrumento para la legislación de urgencia. La alternativa pasaría entonces por considerar suficiente la autorización contenida en el decreto-ley antes de su convalidación, esto es, la autorización estrictamente gubernamental, lo que a su vez sería manifiestamente contrario a la exigencia de una autorización que debe ser de las Cortes Generales y ha de concederse siempre antes de que el Estado se comprometa internacionalmente cuando se trata de los supuestos enunciados en el artículo 94.1 CE. Admitir, por último, que el decreto-ley aún no convalidado es inicialmente bastante para autorizar la prestación del consentimiento pero que, sin embargo, la autorización sólo se perfecciona tras la convalidación de la norma del Gobierno, implicaría, al cabo, permitir la celebración de un tratado antes de su efectiva autorización parlamentaria (en todo caso incompleta, por quedar excluida una de las Cámaras).

6. En consecuencia el Real Decreto-ley 14/1998 no es una norma capaz de dar forma jurídica a la autorización constitucionalmente necesaria para que el Estado se obligue internacionalmente mediante los tratados o convenios relacionados en el artículo 94.1 CE. La cuestión que inmediatamente se impone es, por tanto, determinar si los artículos 2 y 3 de dicho Real Decreto-ley se refieren a convenios o tratados de esa naturaleza, en particular, y como alegan los recurrentes, a los referidos en el apartado d) del artículo 94.1 CE, es decir, aquéllos «que impliquen obligaciones financieras para la Hacienda Pública».

Por lo que hace al artículo 2 del Real Decreto-ley 14/1998, los demandantes sostienen que con la adhesión a los Nuevos Acuerdos para la obtención de préstamos del Fondo Monetario Internacional se establece un nuevo marco convencional que obliga a la hacienda pública

española a poner recursos financieros a disposición del FMI mediante el otorgamiento de préstamos por un importe máximo de hasta 672 millones de derechos especiales de giro. El Abogado del Estado, por el contrario, entiende que estamos ante un supuesto de normal desarrollo del Convenio constitutivo del Fondo Monetario Internacional, suscrito por España en 1958, cuyo artículo VII, sección 1, regula un sistema excepcional y extraordinario de obtención de recursos que los Nuevos Acuerdos a que se refiere el artículo 2 del Real Decreto-ley 14/1998 se limitan a dar concreta aplicación. Además el representante procesal del Gobierno alega que no se asume una obligación financiera para la Hacienda pública, pues la entrega de las cantidades solicitadas en préstamo sólo da lugar a una operación de gestión de la cuenta de reservas del Banco de España.

Llevan razón los recurrentes al mantener que el artículo 2 del Real Decreto-ley se refiere a compromisos internacionales que suponen la asunción de obligaciones financieras por parte de la hacienda pública. En virtud de los Nuevos Acuerdos aprobados mediante la Decisión del Directorio del FMI de 27 de enero de 1997 los países que los suscriban adquieren un inequívoco compromiso en orden a facilitar al Fondo los préstamos que éste pueda precisar para poner a disposición de terceros los recursos financieros que les sean necesarios. Es evidente que las cantidades puestas a disposición del Fondo se anotarán en la cuenta de activo del Banco de España, como advierte el Abogado del Estado, pero ello es así como lógica consecuencia del compromiso previo de esa puesta a disposición, que, caso de hacerse efectiva, exigirá la correspondiente aportación dineraria, a la que el Estado se obliga.

Debe advertirse que el sujeto al que inmediatamente se refiere el artículo 2.1 del Real Decreto-ley es el Reino de España, que es por tanto el titular del compromiso establecido en el inciso segundo del artículo 2.1. A su vez el apartado 2 de dicho artículo atribuye al Ministerio de Economía y Hacienda la adopción de decisiones para la efectividad de los Nuevos Acuerdos. En tales condiciones es indudable la afectación de la hacienda pública, independientemente de que la posterior instrumentación del compromiso se lleve a cabo por el Banco de España en los términos previstos en la disposición final primera.

Los Nuevos Acuerdos referidos en el artículo 2 del Real Decreto-ley no son, por otro lado, mera consecuencia del normal desarrollo del Convenio constitutivo del Fondo Monetario Internacional, como alega el representante del Gobierno. El artículo 3 de dichos Nuevos Acuerdos deja claro que la adhesión a los mismos no es obligada para los Estados miembros del Fondo Monetario Internacional, sino que éstos podrán adherirse depositando al efecto «un instrumento en que harán saber que su adhesión se ha realizado conforme a su legislación interna y que han adoptado las medidas necesarias para poder cumplir las condiciones de la presente decisión» [apartado c)]. Ello es así en estricta aplicación del artículo VII, sección 1, del Convenio constitutivo, conforme al cual se han adoptado los Nuevos Acuerdos, en cuya virtud, entre las medidas que pueden adoptarse para reponer las tenencias del Fondo en la cuenta de recursos generales, figuran la concesión de préstamos por los países miembros, en el bien entendido de que éstos no están obligados a concederlos. Los países miembros del Fondo no contraen, pues, con la sola asunción del Convenio constitutivo, una obligación exigible ex artículo VII, sección 1, de dicho Convenio, sino que las obligaciones de esa naturaleza requieren una adhesión específica para cada caso. Tal es lo que se prevé en el artículo 3 c) de los Nuevos Acuerdos y lo que, por la dimensión financiera de la obligación que con la integración de esos Nuevos Acuerdos asume la hacienda pública española, hacía inevitable la previa autorización de las Cortes Generales.

No estamos, pues, en el caso de una obligación asumida inmediatamente con la integración del Convenio constitutivo, ni tampoco ante la necesidad de cumplir inexorablemente con un compromiso adquirido al tiempo de incorporar, con el Convenio, el procedimiento ordinario de adopción de decisiones del Fondo Monetario Internacional. Se trata de un nuevo compromiso en el marco de un compromiso anterior, con entidad suficiente, desde el propio Con-

venio constitutivo, para exigir un pronunciamiento expreso de adhesión. Al margen de la utilización por el capítulo tercero del título III de la Constitución de los términos tratado o convenio, lo determinante es la existencia de un acuerdo [«cualquiera que sea su denominación particular», según dispone el artículo 2.1.a) del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969, al que se adhirió España por Instrumento de 2 de mayo de 1972], en cuya virtud el Estado se obliga frente a otros Estados en el marco del Derecho internacional, lo que supone la asunción de una responsabilidad que, en la medida en que pueda quedar comprometido el libre ejercicio de las facultades propias de todo Estado soberano, sólo es conforme con las exigencias constitucionales, cuando se trata de las materias previstas en los artículos 93 y 94.1 CE si media la oportuna intervención de las Cortes Generales, en tanto que representantes del pueblo español (art. 66.1 CE). Constitucionalmente es irrelevante si ese compromiso se formaliza expresamente en un tratado o en la adhesión a una obligación nacida en el marco de un tratado que la hace posible pero no necesaria; lo determinante es que el Estado se comprometa a una conducta que hasta entonces no le era exigible en absoluto; y tal era el caso con las obligaciones a que se refiere el artículo 2 del Real Decreto-ley examinado.

En consecuencia, el artículo 2 del Real Decreto-ley 14/1998 es inconstitucional por infracción del artículo 94.1.d) de la Constitución.

7. Igualmente es apreciable la inconstitucionalidad del artículo 3 del Real Decreto-ley enjuiciado, pues en él se autoriza la ratificación de una enmienda (la cuarta) al propio Convenio constitutivo del Fondo Monetario Internacional. No se trata ya, como en el supuesto del artículo 2, de comprometer al Estado con obligaciones específicas en el marco de una obligación general, sino de modificar el texto normativo del que nace precisamente esta última, es decir, el Convenio al que se adhirió España en 1958. Por problemático que pueda resultar en ocasiones determinar si nos encontramos ante compromisos internacionales que son mera concreción de compromisos previos y más generales cuya asunción implica la de aquéllos, o ante obligaciones que, por afectar esencialmente a la ya asumida, requieren de un consentimiento particular y expreso, ha de afirmarse que la modificación por vía de enmienda de un Convenio ya integrado, ex artículo 96 CE, en el Ordenamiento nacional es una operación que sólo puede asumirse con las condiciones requeridas para la asunción de un nuevo compromiso; esto es, en los mismos términos en los que se asumió el Convenio de cuya modificación se trata o en los exigidos por la Constitución ahora vigente para la incorporación de un convenio de esas características, un convenio de los previstos en el artículo 94.1 CE.

Las características de este convenio determinan la impropiedad de la figura del decreto-ley para autorizar la prestación del consentimiento del Estado a una revisión de la naturaleza de la realizada por obra de la cuarta enmienda, defecto que no pudo dejar de advertirla el Gobierno, al iniciar para ella el procedimiento del artículo 94.1 CE antes de promulgar el Real Decreto-ley 14/1998 y continuarlo aun después de su promulgación.

Esa diferencia jurídica entre lo que supone la aprobación de las leyes y la autorización parlamentaria de tratados internacionales la afirma expresamente nuestro ATC 114/1991, de 11 de abril, FJ 3 in fine, cuando dice que «la aprobación de las Leyes que configura el supuesto de hecho de tal precepto [se refiere expresamente al artículo 91 CE], es una figura jurídica esencialmente distinta de la autorización parlamentaria de los Tratados internacionales, que es la regulada por el artículo 94 de nuestra Ley de Leyes».

El artículo 3 del Real Decreto-ley 14/1998 es, por tanto, igualmente inconstitucional por infracción del artículo 94.1.d) CE.

[...]

8. Procede ahora que nos ocupemos de la Ley 13/1999, de 21 de abril, promulgada como consecuencia de la tramitación del Real Decreto-ley 14/1998 por el procedimiento de urgencia previsto en el artículo 86.3 de la Constitución. Los Diputados recurrentes sostienen

que la virtual identidad de contenido entre la Ley 13/1999 y el Real Decreto-ley 14/1998 responde a la intención de solventar con aquélla los defectos de constitucionalidad padecidos por éste en razón de su inidoneidad como instrumento normativo para dar curso a la autorización prevista en el artículo 94.1 de la Constitución. En su opinión, sin embargo, ese efecto reparador nunca podría producirse, pues tampoco la Ley 13/1999 sería el cauce normativo constitucionalmente adecuado para formalizar la autorización previa del artículo 94.1 CE, toda vez que la misma no podría instrumentalizarse a través de cualesquiera procedimientos parlamentarios –ni siquiera el legislativo–, sino sólo mediante el previsto en los artículos 94.1 y 74.2 de la Constitución.

[...]

Las dudas de constitucionalidad planteadas en relación con la Ley 13/1999 tienen que ver, por un lado, con su aptitud para subsanar los defectos constitucionales del Real Decreto-ley 14/1998 y, por otro, con su condición de norma capaz de dar forma a la autorización parlamentaria exigida por el artículo 94.1 CE. Ambas cuestiones vienen determinadas en su solución, como es evidente, por el hecho de que, según acabamos de razonar, la materia objeto de regulación en los artículos 2 y 3 del Real Decreto-ley 14/1998 –y en sus homónimos de la Ley 13/1999– ha de encuadrarse en la categoría de los «tratados o convenios que impliquen obligaciones financieras para la Hacienda Pública» [art. 94.1 d) CE]. Ello supone, en cuanto a la primera de las dudas suscitadas, que la Ley 13/1999 no puede, en absoluto, subsanar el defecto radical padecido por el Real Decreto-ley 14/1998, consistente en ser expresión de una voluntad que en ningún caso puede imputarse a las Cortes Generales, sino únicamente al Gobierno y, eventualmente, tras la oportuna convalidación, a una sola de las dos Cámaras que integran el conjunto de las Cortes Generales. Admitir otra cosa supondría que las Cortes Generales validarían una autorización gubernativa que, así subsanada, habría producido plenos efectos desde un principio y que, por tanto, habría sido suficiente para hacer posible la integración de una norma internacional, de manera que ésta se habría incorporado al Ordenamiento con anterioridad a la autorización del Parlamento. Las Cortes Generales no autorizarían previamente la integración, como quiere el artículo 94.1 CE, sino que validarían una integración ya autorizada por el Gobierno y convalidada por el Congreso de los Diputados. De este modo, y como señalan los Diputados recurrentes, además de privarse a las Cortes Generales de su competencia exclusiva para autorizar la incorporación de determinadas normas internacionales antes de que ésta efectivamente se produzca, se comprometería gravemente el diseño del control preventivo de constitucionalidad de los tratados establecido en el artículo 95 CE, pues las Cortes Generales sólo tendrían ocasión de requerir una Declaración de este Tribunal acerca de la compatibilidad del tratado con la Constitución una vez que aquél ya hubiera sido objeto de compromiso por parte del Gobierno en el ámbito del Derecho internacional, y no antes como es propio de dicho control preventivo.

9. La Ley 13/1999 es fruto de la voluntad de las Cortes Generales. Se trata, pues, de una norma imputable a la misma voluntad que la requerida por el artículo 94.1 CE para la autorización previa de la prestación del consentimiento internacional del Estado. La competencia exclusiva de las Cortes Generales para autorizar esa prestación no es lo lesionado con el empleo de la ley, a diferencia de lo que sucede con la legislación gubernamental de urgencia. Pero en todo caso, y según resulta de lo dispuesto en el artículo 74.1 CE debe señalarse que la autorización previa de las Cortes Generales regulada en el artículo 94.1 CE corresponde al ejercicio de una competencia que la Constitución califica de no legislativa, de modo que no resulta constitucionalmente indiferente la utilización de un cauce constitucional para el ejercicio de una competencia, reservado constitucionalmente a un cauce distinto. La cuestión no es ya, en consecuencia, si se ha prescindido o no de la intervención de un órgano, sino si la concreta competencia ejercida por éste lo ha sido por el cauce específicamente previsto por la

*Constitución a esos efectos. En definitiva, si la Constitución impone, en el caso de la autorización requerida para la asunción de compromisos internacionales, además de una reserva orgánica, una reserva de procedimiento, por tratarse de ejercicio de competencias constitucionales distintas.*

*Para las autorizaciones previstas en el artículo 94.1 CE, el artículo 74.2 de la Constitución establece un procedimiento parlamentario específico y diverso del legislativo ordinario o común, del que singularmente le distingue la circunstancia de que la posición del Senado se define en términos de mayor equilibrio frente a la que habitualmente es propia del Congreso de los Diputados. Así, mientras que en el procedimiento legislativo es norma que, de acuerdo con el artículo 90.2 CE, las discrepancias entre ambas Cámaras pueden resolverse en último término por decisión de la mayoría simple de la Cámara baja –también cuando el Senado ejerce un veto que, en realidad, sólo retrasa por dos meses la eficacia suficiente de la mayoría simple del Congreso de los Diputados–, en el caso del artículo 94.1 se prevé que las discrepancias se superen por medio de «una Comisión mixta compuesta de igual número de Diputados y Senadores», cuya propuesta debe ser aprobada por la mayoría de cada Cámara, imponiéndose finalmente, si la discrepancia persiste, la del Congreso de los Diputados, pero sólo y siempre por mayoría absoluta (art. 74.2 CE).*

[...]

*No se trata de un posible vicio en el procedimiento legislativo, regulado por normas infraconstitucionales, que es el caso planteado en la STC 97/2002, de 25 de abril, salvado en aquel caso, sino de inadecuada elección del procedimiento mismo, directamente establecido en la Constitución.*

[...]

*(...)por mínimo que sea el contenido normativo que las Cortes Generales consideren oportuno que acompañe a la autorización previa para la que son requeridas en virtud del artículo 94.1 CE, el procedimiento parlamentario pertinente será el legislativo, común o especial, que venga impuesto, en su caso, por la materia a que dicho contenido se refiera.*

[...]

10. *Ello no significa, sin embargo, que la especificidad de este último procedimiento (y, por tanto, su condición de reservado) haya de ceder necesariamente ante el procedimiento legislativo, cuando así lo imponga la afectación de otras materias. Por el contrario, lo que se impone es la duplicidad de procedimientos, distinguiendo con claridad la autorización propiamente dicha y la tramitación parlamentaria de las medidas legislativas necesarias como consecuencia de la autorización, que siempre ha de ser anterior. En otro caso la utilización exclusiva de la ley como cauce jurídico en el que se reduzcan a unidad una autorización ex artículo 94 CE, por un lado, y las medidas legislativas necesarias para la mejor integración de la norma externa, por otro, no deja de suponer el apartamiento del específico procedimiento establecido en la Constitución, y en tal sentido reservado, para dicha autorización.*

[...]

*Ha decidido*

1.º *Estimar el recurso de inconstitucionalidad núm. 73/99, interpuesto contra los artículos 2 y 3 del Real Decreto-ley 14/1998, de 9 de octubre, de adhesión de España a diversos Acuerdos del Fondo Monetario Internacional, y, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad y nulidad de dichos preceptos.*

2.º *Estimar parcialmente el recurso de inconstitucionalidad núm. 3247/99, interpuesto contra la Ley 13/1999, de 21 de abril, de adhesión de España a diversos Acuerdos del Fondo Monetario Internacional en cuanto al artículo 2 de dicha Ley, y, en consecuencia, declarar la*

*inconstitucionalidad de dicho artículo, con el alcance definido en el fundamento jurídico 10 de esta Sentencia, desestimando el recurso en todo lo demás.*

[**Sentencia TC núm. 155/2005 (Pleno), de 9 de junio.** Ponente: Ilmo. Sr. D. Vicente Conde Martín de Hijas.]

F.: Aranzadi (Westlaw).

2006-2

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

#### *Fundamentos de Derecho*

*Segundo.—Frente a la sentencia de primera instancia que estima el recurso en base al Tratado de Reconocimiento, Paz y Amistad firmado entre España y Uruguay de 19 de julio de 1870, ratificado el 28 de enero de 1883, que equipara a los ciudadanos uruguayos con los españoles, y a la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2002 interpone el Abogado del Estado el presente recurso de apelación.*

*El fundamento central de la sentencia que se apela se halla en el artículo 8 del mencionado Tratado que dice que los súbditos españoles en la República Oriental del Uruguay y los ciudadanos de la República de España podrán ejercer libremente sus oficios y profesiones, poseer, comprar y vender por mayor y menor toda especie de bienes y propiedades, muebles e inmuebles; extraer del país sus valores íntegramente; disponer de ellos en vida o por muerte, y suceder en los mismos por testamento o abintestato, todo con arreglo a las leyes del país, en los mismos términos y bajo iguales condiciones y adeudos que usan o usaren los de la nación más favorecida, precepto que se considera esencialmente coincidente con otros análogos de las Convenios de Doble Nacionalidad de Chile (de 24 de mayo de 1958, ratificado por instrumento de 28 de octubre del mismo año) y Perú (de 16 de mayo de 1959, ratificado por instrumento de 15 de diciembre del mismo año), por lo que se aplica la jurisprudencia (sentencias del Tribunal Supremo de 7 de julio, 15 y 19 de noviembre de 1990, 18 de julio y 12 de noviembre de 1991, 25 de febrero de 1992 y 15 de septiembre de 1998) en la que se afirma que «el artículo séptimo del Tratado entre España y Perú de 16 de mayo de 1959 (y lo mismo puede decirse del Convenio firmado con Chile, según numerosa jurisprudencia) consagra el derecho de los Peruanos en España a “ejercer oficios y profesiones, gozando de protección laboral y de Seguridad Social”, cláusula que ha de ser respetada a tenor de lo dispuesto de la Ley orgánica 7/1985». De todo lo cual deduce la juzgadora a quo, en el mismo sentido que la sentencia TS de 10 de octubre de 2002, que los uruguayos, al igual que los peruanos y chilenos, no pueden quedar condicionados por la situación nacional de empleo y por ello han de ser equiparados a los ciudadanos españoles.*

*Tercero.—El artículo 96.1 de la Constitución, después de establecer que los Tratados internacionales, una vez celebrados, forman parte del ordenamiento interno, dispone que en cuanto a su derogación, modificación o suspensión ha de atenderse a las propias normas del Tratado o a las generales del Derecho Internacional, por lo que dentro de este último ha de atenderse al Convenio de Viena sobre Derecho de Tratados de 23 de mayo de 1969, cuyo artículo 30.3, para el supuesto de aplicación de Tratados sucesivos sobre la misma materia entre iguales partes, dispone que únicamente se aplicará el anterior en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del posterior.*

*En el caso de autos ello nos conduce a recordar que el Tratado de 1870 entre España y Uruguay no puede impedir la íntegra aplicación de la vigente legislación de extranjería, pues existen otros dos Tratados posteriores entre los países sobre materia semejante, que imponen la sujeción a la normativa vigente en dicha materia. Así, en el artículo 3.º del acuerdo sobre supresión de visados, canje de notas de 18 de diciembre de 1981, se dispone que la supresión del visado para los ciudadanos uruguayos no les exime de observar las Leyes y Reglamentos locales, concernientes al ingreso, permanencia y establecimiento de los extranjeros, dentro de cuyo régimen está inserto el régimen relativo a permisos de trabajo, pues el título II de la Ley Orgánica 4/2000 se titula «régimen jurídico de las situaciones de los extranjeros», y su capítulo III trata del permiso de trabajo. Y el artículo 14 del Tratado General de Cooperación y Amistad entre España y Uruguay de 23 de julio de 1992 establece: «Con sujeción a su legislación y de conformidad con el derecho internacional, cada Parte otorgará a los nacionales de la otra facilidades para la realización de actividades lucrativas, laborales o profesionales, por cuenta propia o ajena, en pie de igualdad con los nacionales del Estado de residencia o de trabajo necesarias para el ejercicio de dichas actividades.*

*La expedición de los permisos de trabajo laborales y profesionales, por cuenta ajena será gratuita», lo cual significa, no que se exime a los uruguayos de la sumisión al régimen de extranjería en materia de permisos de trabajo, sino que se otorga un trato preferencial a los uruguayos a la hora de otorgarlo, para guardar congruencia con lo cual se consideró como factor preferencial para la concesión del permiso de trabajo el tratarse de nacional de un país iberoamericano, en el artículo 77.2.b) del RD 155/1996 (en coherencia con el artículo 18.3.f) de la LO 7/1985). Es decir, después de que se hubiera suscrito dicho apartado de 1392 se integró a los uruguayos en el factor preferencial de dicho precepto pero debía atenderse asimismo a la situación nacional de empleo.*

*Por lo demás, el artículo 38 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, exige que se tenga en cuenta la situación nacional de empleo para la concesión inicial del permiso de trabajo, sin que el supuesto de que el solicitante sea uruguayo se encuentre entre los supuestos específicos previstos en el artículo 40 en que aquella no se tiene en cuenta. Los artículos 70 y 71 del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, en que se contiene el Reglamento, reiteran aquellas prescripciones. En consecuencia, es lógico que se exija al empleador el certificado del servicio público de empleo donde se recoja la gestión de la oferta presentada [art. 81.1.2.e) del RD 864/2001], y que por no presentarlo se haya denegado la solicitud (art. 84 RD 864/2001). Ello es el modo de cumplir asimismo el mandato de conceder preferencia a los ciudadanos españoles y comunitarios capacitados para el desempeño del puesto de trabajo solicitado [art. 81.1.1.a) del RD 864/2001], y los compromisos derivados de la integración en la Unión Europea por parte de España.*

*La sentencia TS de 10 de octubre de 2002 se refiere a la anterior y derogada normativa de extranjería y desestima el recurso de casación porque solamente da respuesta a un único argumento del Abogado del Estado en el que trata de marcar la diferencia entre el Tratado con Uruguay de 1870 y los celebrados con Chile y Perú, sin que conste que se hubieran esgrimido otras alegaciones del tenor de las que ahora se formulan y que conducen a la consideración de que la actuación administrativa, en cuanto deniega el permiso de trabajo a la ciudadana uruguay recurrente, es conforme a Derecho. Además, dicha sentencia no concuerda con la tendencia jurisprudencial anterior pues, incluso respecto a iberoamericanos de países que han concluido Tratados con España (peruanos, uruguayos, chilenos, argentinos, dominicanos), el Tribunal Supremo ha declarado que una cosa es la preferencia en la concesión del permiso de trabajo de los iberoamericanos y otra muy distinta que para gozar de la equiparación con los españoles han de residir y encontrarse legalmente en territorio español, pues aquella condición no les exime de la necesidad de proveerse de permiso de residencia en España o de obte-*

ner su previa exención (sentencias de 1 de diciembre de 1986, 13 de febrero y 4 de marzo de 1996, 4 de noviembre de 1997, 29 de enero y 22 de octubre de 1998, 7 de octubre de 1999, 18 de febrero y 20 de junio de 2000, 25 de enero de 2001) en esta última sentencia de 5 de enero de 2001, por ejemplo, se declara que ha de seguirse al respecto la jurisprudencia del propio Tribunal Supremo que se ha pronunciado en el sentido de que para que se les otorgue permiso de trabajo, los ciudadanos iberoamericanos (en el caso se trataba de un chileno) deben obtener el visado de residencia o una declaración de que se encuentran exentos de dicha obligación. Y en la de 20 de junio de 2000 asimismo se proclamó que al declarar la sentencia del TSJ que confirmó que la solicitante (de nacionalidad peruana) estaba obligada a presentar el oportuno visado para obtener el permiso de trabajo, no ha hecho otra cosa que aplicar la norma y la jurisprudencia reiterada de la propia Sala 3.<sup>a</sup> del TS.

En consecuencia, una vez que los más recientes Tratados suscritos con Uruguay someten a los ciudadanos de dicho país a la normativa vigente en materia de extranjería ha de hacerse hincapié en que la equiparación de derechos entre nacionales y extranjeros no es plena constitucionalmente sino que responde al standard mínimo que rige en otros países de nuestro entorno socio-político. Así todos aquellos derechos atribuidos a los individuos independientemente de su nacionalidad derivados de su carácter de persona humana (derecho a la vida, a la intimidad física y moral) garantizados por los Tratados y Pactos internacionales están reconocidos a los ciudadanos extranjeros. Pero, además de limitaciones constitucionales (como el artículo 23 de la CE, en relación con el artículo 13.2) existen los llamados derechos no absolutos en lo que el control del Estado no ha desaparecido por completo pudiendo ser objeto su ejercicio y disfrute de restricciones por los Estados, con la sola exigencia previa de que una ley determine su exacto alcance y contenido (art. 13 CE). Así el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse respecto a que «constitucionalmente no resulta exigible la igualdad de trato entre los extranjeros y los españoles en materia de acceso al trabajo “sino” solo, con excepciones, una vez producida la contratación» (sentencia 107-84 de 23 de noviembre, posteriormente reiterado en Sentencias 99-85, 115-87, 94-93, 116-93, 12-94 y 242-94).

Además ni la «Carta Social Europea» ni el «Convenio europeo del Estatuto Jurídico del Trabajador emigrante», ambos signados por España, comportan al extranjero mas que el derecho a no ser discriminado respecto al nacional en el ámbito protector de la seguridad social y la legislación laboral (desempleo, despido...). Se parte de la necesidad de la autorización previa al trabajo, o, en su caso, a la residencia, por la autoridad de cada país (art. 8 Convenio Europeo de 24 de noviembre de 1977).

Como hemos visto, la nueva ordenación, no obstante respetar los escasos Convenios y Tratados de establecimiento suscritos entre España y diversos Estados, sigue inspirada, al igual que la anterior, por la atención al mercado nacional de trabajo vinculando permisos de residencia y permiso de trabajo, por lo que es lógico que en función de ello se haya denegado el permiso de trabajo a la recurrente.

**[Sentencia TSJ Galicia núm. 516/2004 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.<sup>a</sup>), de 23 de junio. Ponente: Ilmo. Sr. D. Fernando Seoane Pesqueira.]**

F.: Aranzadi (Westlaw), JUR 2005/193885.

En este mismo sentido:

**[Sentencia TSJ Comunidad Valenciana núm. 190/2004 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.<sup>a</sup>), de 7 de julio de 2004. Ponente: Ilmo. Sr. D. Fernando Nieto Martín.]**

F.: Aranzadi (Westlaw), JUR 2005/1601.

[Sentencia TSJ Madrid núm. 744/2005 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), de 8 de junio de 2005. Ponente: Ilma. Sra. D.ª Francisca M.ª Rosas Carrión.]

F.: Aranzadi (Westlaw), JUR 2005/178779.

[Sentencia TSJ Cataluña núm. 508/2005 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª), de 8 de junio de 2005. Ponente: Ilmo. Sr. D. Alberto Andrés Pereira.]

F.: Aranzadi (Westlaw), JUR 2005/181672.

2006-3

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

#### *Fundamentos de Derecho*

*Segundo.—La sentencia de instancia para la solicitud de permiso de trabajo y residencia por parte de una ciudadana de Uruguay y lo concede en base a los criterios marcados por el Tribunal Supremo (Sala Tercera Sección Cuarta) de 10 de octubre de 2002, rec. 2806/1998 cuando estableció a modo de resumen «... El TS declara que no ha lugar al recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia dictada por TSJ que anuló las resoluciones administrativas por las que se había denegado el permiso de trabajo solicitado por el actor ahora recurrido. La Sala, que no acoge el único motivo de casación alegado por el Abogado del Estado, manifiesta que, determinándose en el convenio celebrado entre España y Uruguay en 1870, en términos sustancialmente iguales a lo establecido en los convenios habidos entre España y Perú y Chile, la misma remisión a la legislación española sobre trabajo y seguridad social, el derecho a trabajar en España está ampliamente reconocido en tales convenios, como se advierte de su propia letra, al expresar que los ciudadanos de esos países podrán ejercer libremente sus oficios y profesiones...».*

*Tercero.—La sentencia establece como análisis de la cuestión que en un supuesto análogo al objeto de este recurso, se pronuncia la sentencia de fecha 31 de octubre de 1997 del TSJ de Madrid, al señalar en sus fundamentos jurídicos «Segundo.—La recurrente alega, en primer lugar, la existencia de un tratado de Reconocimiento, Paz y Amistad firmado entre España y Uruguay de 28 de enero de 1883, cuando en realidad es de 19 de julio de 1870, ratificado en la citada fecha de 28 de enero de 1883; y en el artículo 8 del mencionado Tratado se dice que los súbditos españoles en la República Oriental del Uruguay y los ciudadanos de la República de España podrán ejercer libremente sus oficios y profesiones, poseer, comprar y vender por mayor y menor toda especie de bienes y propiedades, muebles e inmuebles; extraer del país sus valores íntegramente; disponer de ellos en vida o por muerte, y suceder en los mismos por testamento o abintestato, todo con arreglo a las leyes del país, en los mismos términos y bajo iguales condiciones y adeudos que usan o usaren los de la nación más favorecida.*

*Si comparamos este texto con los respectivos de los Convenios de Doble Nacionalidad de Chile (de 24 de mayo de 1958, ratificado por Instrumento de 28 de octubre del mismo año) y Perú (de 16 de mayo de 1959, ratificado por instrumento de 15 de diciembre del mismo año), vemos que en el artículo 7 del Convenio con Chile se establece que los españoles en Chile y los chilenos en España podrán especialmente: viajar y residir en los territorios respectivos, esta-*

*blecerse donde quiera que lo juzguen conveniente para sus intereses, adquirir y poseer toda clase de bienes muebles e inmuebles, ejercer todo género de industria; comerciar tanto al por menor como al por mayor: ejercer oficios y profesiones, gozando de protección laboral y de seguridad social, y tener acceso a las autoridades de toda índole y a los Tribunales de Justicia, todo ello en las mismas condiciones que los nacionales. El ejercicio de estos derechos queda sometido a la legislación del país en que tales derechos se ejercitan.*

*En cuanto al Convenio con Perú, el artículo 7.º reproduce literalmente el texto del artículo 7 del Convenio con Chile.*

*Comparando los tres textos, aparte de la identidad de los dos últimos, el Tratado con Uruguay tiene el mismo contenido y, sobre todo, declara que los súbditos españoles en la República Oriental del Uruguay y los ciudadanos de la República de España podrán ejercer libremente sus oficios y profesiones, es decir, exactamente igual que los Convenios con Chile y Perú.*

*El estudio comparativo entre los dos Convenios de Chile y Perú, y el Tratado con Uruguay, realizado en el anterior fundamento jurídico, tiene como finalidad aplicar a Uruguay los mismos criterios jurisprudenciales que en los supuestos de los otros dos países, puesto que el texto es idéntico, y existe una consolidada doctrina jurisprudencial (Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de julio, 15 y 19 de noviembre de 1990, 18 de julio y 12 de noviembre de 1991) en la que se afirma que el artículo séptimo del Tratado entre España y Perú de 16 de mayo de 1959 (y lo mismo puede decirse del Convenio firmado con Chile, según numerosa jurisprudencia) consagra el derecho de los Peruanos en España a «ejercer oficios y profesiones, gozando de protección laboral y de Seguridad Social», cláusula que ha de ser respetada a tenor de lo dispuesto de la Ley Orgánica 7/1985. De modo que no se trata de una simple remisión desde el Convenio a la normativa española, como ocurre en otros Convenios, sino que el Tratado con Perú, incluye una remisión específica del contenido propio, y no solo una abstracta remisión a la legislación de los Estados firmantes*

*Es cierto que en el Tratado con Uruguay no figura la remisión específica a la protección laboral y de Seguridad Social, pero el ejercicio libre de profesión u oficio ha de situarse en el momento histórico en el que se pacta, y en 1879 no existía en España Seguridad Social y la protección laboral era más bien escasa. Por eso puede entenderse que nos encontramos ante un derecho de ejercicio de la profesión u oficio exactamente igual en los tres casos, y que no existe en otros Convenios como los de Bolivia, –Costa Rica, República Dominicana, Argentina, Ecuador, etc.*

*Tales consideraciones llevan al Tribunal Supremo a colocar a los ciudadanos peruanos, en tanto se encuentre vigente el citado Convenio Internacional, en la misma situación que los ciudadanos españoles para obtener el permiso de trabajo, no siendo posible denegarlos, como hacen las resoluciones impugnadas, en base a que su concesión no resulte conveniente para la situación nacional de empleo. Este Tribunal asume la postura adoptada por el Tribunal Supremo lo que le lleva a estimar el recurso anulando las resoluciones impugnadas, y ello al margen de toda otra consideración sobre la insuficiencia de justificar tal denegación en informes estereotipados y con genéricas expresiones para fundar la denegación tales como «no son suficientes las circunstancias que concurren en el caso».*

*Cuarto.–La Abogacía del Estado conoce la doctrina del Tribunal Supremo y entiende que el Alto Tribunal examinó una concreta situación que entiende ha variado desde el análisis de los hechos que dieron lugar a las sentencias de los Tribunales Superiores citados y del Tribunal Supremo, lo que pretende en el presente recurso de apelación es que la Sala haga un análisis partiendo del nuevo Tratado General de Cooperación y Amistad, de 23 de julio de 1992, al que debe estarse en el caso que nos ocupa.*

*El artículo 14 de este Tratado de 1992 dispone que «con sujeción a su legislación y de conformidad con el Derecho Internacional, cada Parte otorgará a los nacionales de la otra facilidades para la realización de actividades lucrativas, laborales o profesionales, por cuenta*

*propia o ajena, en pie de igualdad con los nacionales del Estado de residencia o de trabajo necesarias para el ejercicio de dichas actividades. La expedición de los permisos de trabajo laborales y profesionales, por cuenta ajena será gratuita». Por último, añade que las respectivas autoridades garantizarán el efectivo goce de las facilidades mencionadas, sujeto al criterio de reciprocidad.*

*Por tanto, lo que parece que las partes se comprometen a otorgar a los nacionales de la otra son «facilidades» para la realización de actividades lucrativas, laborales o profesionales, se consagra la gratuidad en la expedición de permisos de trabajo laborales y profesionales y la sujeción al principio de reciprocidad en el efectivo goce de las aludidas facilidades, pero no se establece directamente un derecho a «ejercer libremente sus oficios y profesiones», como se hacía en el antiguo Tratado de 1870 invocado en la Sentencia apelada.*

*La existencia de acuerdos posteriores al Tratado de 1870 entre España y Uruguay sobre la misma materia regulada en su artículo 8, conlleva también la necesidad de analizar las normas existentes en Derecho Internacional relativas a la aplicación de tratados sucesivos entre las mismas partes.*

*Esta cuestión está regulada en el artículo 30 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, cuyo título es «aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia», y cuyo apartado tercero in fine dispone que: «el tratado anterior se aplicará únicamente en la medida en que sus disposiciones sean compatibles con las del tratado posterior».*

*En el caso de Uruguay, las disposiciones posteriores al Tratado de 1870 sobre la misma materia regulada en su artículo 8 son:*

a) *En primer lugar, el Acuerdo sobre la supresión de visados entre España y Uruguay, celebrado mediante Canje de Notas de 18 de diciembre de 1981 y publicado en el Boletín Oficial del Estado, de 24 de junio de 1982. Su apartado Y dispone clara y terminantemente que «la supresión de visado –por un período máximo de noventa días– no exime a los ciudadanos uruguayos que se dirijan a España de la obligación de observar las Leyes y reglamentos locales, concernientes al ingreso, permanencia y al establecimiento de los extranjeros». Por su parte, el apartado 5 dispone que «Las concesiones de visados que autoricen el establecimiento definitivo en España, o por un período superior a los tres meses, quedarán sujetas a las normas españolas en vigor...».*

b) *Asimismo debe tenerse en cuenta el ya citado nuevo Tratado General de Cooperación y Amistad entre España y Uruguay, de 23 de julio de 1992, publicado en el Boletín Oficial del Estado de 2 de junio de 1994. En concreto, su artículo 14 dispone, como hemos visto, que «Con sujeción a su legislación y de conformidad con el derecho internacional, cada Parte otorgará a los nacionales de la otra facilidades para la realización de actividades lucrativas laborales o profesionales, por cuenta propia o ajena, en pie de igualdad con los nacionales del Estado de residencia o de trabajo necesarios para el ejercicio de dichas actividades».*

*En virtud de lo dispuesto en esta normativa convencional, y de conformidad con el artículo 30 de la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados, la aplicación del artículo 8 del Tratado de 1870 entre España y Uruguay habrá de hacerse únicamente en la medida en que su aplicación no sea incompatible con los preceptos pertinentes de los dos tratados posteriores entre los dos países sobre la misma materia, a saber, los apartados 3 y 5 del Acuerdo de supresión de visados entre España y Uruguay de 1961 y el artículo 14 del Tratado general de cooperación y amistad entre España y Uruguay de 1992.*

*En la medida en que de dichos preceptos se desprende que la entrada, permanencia y trabajo de los ciudadanos uruguayos en España deberá hacerse en todo caso con arreglo a la legislación española en materia de extranjería, resulta de aplicación normativa aplicada por la resolución impugnada, y con base en ella resulta también conforme a Derecho la denegación del permiso a una ciudadana uruguaya que no cumple los requisitos establecidos por nuestra legislación de extranjería, tal y como acontece en el caso de autos.*

*Quinto.—En definitiva lo que se pide a la Sala en el presente recurso de apelación es determinar en qué forma, modo y medida el Tratado General de Cooperación y Amistad entre España y Uruguay de 1992 ha afectado el contenido e interpretación del tratado de Reconocimiento, Paz y Amistad firmado entre España y Uruguay de 19 de julio de 1870, ratificado en la citada fecha de 28 de enero de 1883.*

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

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

**[Sentencia TSJ Comunidad Valenciana núm. 99/2005 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª), de 26 de enero. Ponente: Ilmo. Sr. D. Edilberto José Narbón Lainez.]**

F.: Aranzadi (Westlaw), JUR 2005/81810.

En este mismo sentido:

**[Sentencia TSJ Cataluña núm. 1105/2004 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª), de 23 de septiembre. Ponente: Ilma. Sra. D.ª Ana Rubira Moreno.]**

F.: *Aranzadi (Westlaw)*, JUR 2004/281847.

**[Sentencia TSJ Castilla-La Mancha núm. 10022/2005 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), de 14 de febrero. Ponente: Ilmo. Sr. D. Vicente Rouco Rodríguez.]**

F.: *Aranzadi (Westlaw)*, JUR 2005/91837.

**Nota:** Desde hace ya algunos años los tribunales españoles han venido conociendo de una serie de asuntos relativos al reconocimiento de permisos tanto de trabajo como de residencia de ciudadanos latinoamericanos cuyas solicitudes se sustentaban, en muchas de estas ocasiones, en base a la aplicación de convenios internacionales de cooperación y amistad procedentes del siglo XIX. El objeto de dichos convenios no era otro que el reconocimiento mutuo de una serie de derechos que venían a materializar una condición análoga, si no idéntica, a la de nación más favorecida, concediendo tales derechos en pie de igualdad con los nacionales del propio Estado. Estos derechos que en distintos momentos fueron ampliamente reconocidos a los emigrantes españoles en cumplimiento de los citados convenios son objeto de un renovado debate con ocasión de los movimientos migratorios que en la actualidad se vienen desarrollando desde distintos países latinoamericanos hacia España. Muchos de estos países observan con cierta perplejidad la no aplicación de tales convenios respecto de sus ciudadanos en base a las dudas existentes respecto de la vigencia actual de tales convenios. Y ello, porque en ocasiones, el contenido de estos convenios, pese a no haber sido explícitamente derogado, ha resultado, cuando menos, fuertemente matizado por la existencia de acuerdos adoptados con posterioridad sobre la misma materia. En este sentido, la labor desarrollada por nuestros tribunales a lo largo de 2004 y primer semestre de 2005 ha venido a ser reflejo en esta ocasión de una controversia surgida en torno a la vigencia del Tratado de Reconocimiento, Paz y Amistad entre la República Oriental del Uruguay y España de 1870, así como, en su caso, a las implicaciones que ello pudiera tener en la legislación española y en las obligaciones contraídas por España respecto de la Unión Europea, mediante una diversa y poco uniforme jurisprudencia en la que se ha venido a interpretar de manera difícilmente conciliable la cuestión de los derechos asignados a los ciudadanos uruguayos por la normativa internacional, llegando dicha cuestión hasta el mismo Congreso de los Diputados como consecuencia de diversas iniciativas parlamentarias (BOCG. Congreso de los Diputados núm. D-176 de 23 de marzo de 2005, p. 170; BOCG. Congreso de los Diputados núm. D-227, de 23 de junio de 2005, p. 499; BOCG. Congreso de los Diputados núm. D-338, de 21 de febrero de 2006, p. 309) y de una proposición no de ley (BOCG. Congreso de los Diputados núm. D-179 de 4 de abril de 2005, p. 9; BOCG. Congreso de los Diputados núm. D-195, de 4 de junio de 2005, p. 11; BOCG. Congreso de los Diputados núm. 458, de 21 de diciembre de 2005, p. 32; BOCG. Congreso de los Diputados núm. D-317, de 11 de enero de 2006, p. 10). Y todo ello, pese a que dicha realidad venga suscitada, cuando menos parcialmente, por una Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2002 mediante la cual este Alto Tribunal llegaba a la conclusión de que en lo tocante a dicho Tratado de 1870 eran de aplicación los mismos criterios jurisprudenciales aplicables a los Convenios de Chile (de 24 de mayo de 1958, ratificado por instrumento de 28 de octubre del mismo año) y Perú (de 16 de mayo de 1959, ratificado por instrumento de 15 de diciembre del mismo año) respecto de los cuales ya había tenido ocasión de pronunciarse, considerando también que en ellos se incluía «una remisión específica del contenido propio, y no sólo una abstracta remisión a la legislación de los Estados firmantes». Así concluía que, de acuerdo con

una consolidada jurisprudencia de esa sala [Sentencias de 21 de mayo de 1990 (RJ 1990, 4003), 23 de febrero de 1991 (RJ 1991, 1364), 25 de febrero de 1992 (RJ 1992, 1034) y 22 de diciembre de 1995 (RJ 1995, 9684)] la remisión a la legislación española efectuada por este tipo de tratados afectaba al ejercicio de la actividad, pero no a la titularidad del derecho a trabajar en España, «*que está amplia y suficientemente recogido en los Convenios con Chile y Perú, y también en similares términos por el Convenio con Uruguay, como se advierte de su propia letra*». Ello parecía abrir las puertas a los ciudadanos de estos países al ejercicio de todo tipo de actividades lucrativas en pie de igualdad con los ciudadanos españoles.

Ante este panorama, la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia a lo largo de 2004 parecía venir a poner en tela de juicio tal determinación del Alto Tribunal pues, demostrando una uniformidad posteriormente abandonada, venía a considerar que el citado Tratado de 1870 no podía considerarse aisladamente al margen del resto de convenios, posteriormente adoptados, vigentes entre estos países sobre la misma materia. En este sentido, el Acuerdo sobre supresión de visados, recogido en el Canje de Notas de 18 de diciembre de 1961 (BOE núm. 150 de 24 de junio de 1982, 17333) afirmaba en su artículo 3 que «*la supresión de visado*—por un período máximo de noventa días—*no exime a los ciudadanos uruguayos que se dirijan a España de la obligación de observar las Leyes y reglamentos locales, concernientes al ingreso, permanencia y al establecimiento de extranjeros*» y en su artículo 5 que «*las concesiones de visados que autoricen el establecimiento definitivo en España, o por un período superior a los tres meses, quedarán sujetas a las normas españolas en vigor*». El Tratado General de Cooperación y Amistad entre España y Uruguay de 23 de julio de 1992, por su parte, recogía que «*con sujeción a su legislación y de conformidad con el derecho internacional, cada Parte otorgará a los nacionales de la otra facilidades para la realización de actividades lucrativas, laborales o profesionales, por cuenta propia o ajena, en pie de igualdad con los nacionales del estado de residencia o de trabajo necesarias para el ejercicio de dichas actividades. La expedición de los permisos de trabajo y profesionales, por cuenta ajena será gratuita*», situándonos *a priori* ante un panorama bien distinto al dibujado por el Alto Tribunal. Sin embargo, ahondando más si cabe en la confusa situación de la normativa finalmente aplicable al caso, la jurisprudencia de ciertos Tribunales Superiores de Justicia en este primer semestre de 2005 ha venido a dar un nuevo giro haciendo suya tardíamente la posición del Tribunal Supremo pese a la existencia de los citados convenios posteriormente adoptados. En definitiva, el panorama jurisprudencial no ha resultado pacífico, trasladando sus efectos a la esfera política donde parece haberse encauzado con la determinación de crear una Comisión de Alto Nivel mediante la cual dar respuesta a las dudas surgidas en torno a esta cuestión.

Desde la perspectiva del Derecho internacional público son dos las cuestiones que retienen nuestra atención respecto al fondo de esta situación: en primer lugar, la aplicación por parte de los tribunales nacionales de los preceptos recogidos en el artículo 30 del Convenio de Viena sobre Tratados relativos a la aplicación de tratados sucesivos concernientes a una misma materia; en segundo lugar, la interpretación que estos tribunales efectúan de los términos recogidos en dichos tratados.

El fondo de la cuestión suscitada en torno a la situación de los ciudadanos uruguayos, como hemos podido comprobar, viene determinado por la existencia de una serie de acuerdos como son el Tratado de Reconocimiento, Paz y Amistad de 1870, el Canje de Notas de 18 de diciembre de 1961 y el Tratado General de Cooperación y Amistad entre España y Uruguay de 23 de julio de 1992, lo que ha llevado a los Tribunales a considerar acertadamente de aplicación lo dispuesto en el artículo 30 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Sin embargo, esta afirmación no resulta tan simple a la hora de llevarse a efecto como pueda identificarse de la transcripción de las diferentes sentencias pues tras la aparente sencillez de la citada disposición se advierte una compleja estructura, plagada de remisiones y reenvíos a otros artículos, que es necesario desenmarañar progresivamente en la medida que com-

pletan la aplicación de los tratados sucesivos concernientes a la misma materia (LÓPEZ MARTÍN, A. G., *Tratados sucesivos en conflicto: criterios de aplicación*, Servicio de Publicaciones UCM, Madrid 2002, p. 105). En este sentido, en primer lugar, habría de estarse a lo dispuesto por el artículo 54 del Convenio de Viena respecto de la terminación de alguno de los tratados anteriores por disposición expresa bien en el propio tratado posterior bien al margen de éste como consecuencia de un acuerdo entre las partes. No siendo así en el caso que nos ocupa, habría de confirmarse si nos encontramos ante alguno de los supuestos del artículo 59 del mismo convenio en el que se recoge la posibilidad de una terminación implícita, bien por desprenderse del tratado posterior o de otro modo que esa hubiera sido la intención de las partes, bien por el hecho de que las disposiciones de los diferentes tratados sean incompatibles hasta el punto de no poder aplicarse simultáneamente. Y todo ello, porque de concluirse que esto fuera así no cabría esperar la aplicación del artículo 30 al no darse el presupuesto básico de su aplicación, pues no nos encontraríamos ante la existencia concurrente de dos tratados en vigor. Por tanto, sólo una respuesta negativa a este respecto haría entrar en juego el conjunto de disposiciones recogidas en el artículo 30 del Convenio de Viena. La plasmación de la voluntad de las partes en el artículo 18 del Tratado General de 1992 al afirmar su deseo de mantener la vigencia de todos los acuerdos en la medida en que éstos sean compatibles entre sí nos lleva a descartar tal posibilidad, mientras que, por otra parte, la posible incompatibilidad de los diferentes tratados y la imposibilidad material de su aplicación nos trasladarían a la necesidad de interpretar las diferentes disposiciones de los mismos, extremo como veremos igualmente necesario en la aplicación del apartado 3 del artículo 30 del Convenio de Viena.

El apartado segundo del artículo nos situaría ante la necesidad de analizar la posible existencia de las cláusulas de relación entre los diferentes tratados, a las que habría de estarse en caso de existir. En este sentido, el profesor Remiro Brotóns ha identificado cinco tipos diferentes de dichas cláusulas, según se dispongan la exclusión, la prioridad, la recepción, la subordinación o la compatibilidad con otros tratados (REMIRO BROTONS, A.; RIQUELME CORTADO, R. M.; ORIHUELA CALATAYUD, E.; DÍEZ-HOCHLEITNER, J., y PÉREZ-PRAT DURBÁN, L., *Derecho Internacional*, McGraw Hill, Madrid, 1997, p. 394). La duda que suscita este caso viene determinada por la previsión del artículo 18 del Tratado General de 1992 en el cual se recoge que «sin perjuicio de las disposiciones establecidas en el presente Tratado, las Partes acuerdan que, en lo que no fuere incompatible con el mismo, mantienen plenamente vigentes los convenios celebrados con anterioridad». Esta previsión recuerda mucho a lo recogido en el apartado 3 del artículo 30 del Convenio de Viena, con la salvedad hecha de que en esta ocasión nos encontramos ante la expresión de la voluntad de las partes y no ante la aplicación de una disposición ajena al propio tratado. Sin embargo, a los efectos de la interpretación de dicho precepto, de acuerdo a lo establecido en el artículo 31 apartado segundo del Convenio de Viena, puede resultar de ayuda la consideración del preámbulo en lo que afirma que la razón del mismo pondría «de relieve la exigencia de completar mediante un Tratado de carácter general que abarque lo dispuesto en virtud de Acuerdos específicos en vigor o que se concluyan en base a este Tratado, y en cumplimiento de los términos del Acta de Bases del Tratado de Cooperación y Amistad entre Uruguay y España». La plasmación expresa de la voluntad de las partes permite afirmar que nos encontramos ante algún tipo de cláusula que conduce a la necesidad de atender la voluntad en ella plasmada. Sin embargo, de lo transcrito no resulta evidente la calificación de ésta pues, por una parte, sería posible considerar que nos encontramos ante algo a medio camino entre las cláusulas de compatibilidad y las cláusulas de complemento de otro tratado, susceptible de ser incluido en el apartado segundo del artículo 30 del Convenio de Viena en la medida en que proclama su respeto a otro tratado (LÓPEZ MARTÍN, A. G., *Tratados sucesivos en conflicto: criterios de aplicación*, Servicio de Publicaciones UCM, Madrid, 2002, pp. 141-142) y pudiéndose afirmar la intención de las partes de renunciar a la prevalencia en términos absolutos del tratado posterior (REMIRO

BROTÓNS, A.; RIQUELME CORTADO, R. M.; ORIHUELA CALATAYUD, E.; DÍEZ-HOCHLEITNER, J., y PÉREZ-PRAT DURBÁN, L., *Derecho Internacional*, McGraw Hill, Madrid, 1997, pp. 394-395) mientras que, por otra parte, no resultaría descabellado considerar que nos encontramos ante una cláusula de primacía; cláusula que, bien por quedar subsumida en el régimen de la *lex posterior* recogido en el párrafo 3 del artículo 30 Convenio de Viena bien por situarse en el contexto de la terminación de tratados o bien por su nula eficacia frente a la autonomía de la voluntad de las partes, quedaría excluida del contenido del párrafo segundo del artículo 30 (LÓPEZ MARTÍN, A. G., *Tratados sucesivos en conflicto: criterios de aplicación*, Servicio de Publicaciones UCM, Madrid, 2002, p. 142 y ss.). Es pues de acuerdo a esta segunda posibilidad sólo que podría entenderse la directa referencia efectuada por los tribunales al precepto recogido en el apartado 3 del artículo 30 del Convenio de Viena, pues de lo contrario cabría pensar que una vez más la aplicación efectuada por los jueces nacionales desconoce el *iter* propio de la aplicación del derecho internacional, sujeto a principios propios demasiadas veces desconocidos por los tribunales nacionales.

Sea cual sea el devenir deductivo recorrido por el juzgador para llegar a la solución finalmente observada, la cuestión deriva en la segunda de las materias inicialmente reseñadas: la interpretación de los términos recogidos en los diferentes convenios como ejercicio necesario bien para posibilitar una aplicación que permita la coexistencia de las disposiciones concurrentes de acuerdo al entendimiento de que la cláusula relacional responde al deseo de hacer compatibles los diferentes convenios, bien, en su caso, para la determinación de la compatibilidad o incompatibilidad de las disposiciones de los sucesivos convenios que permita la aplicación de la máxima *lex posterior derogat priori* consagrada en el apartado 3 del artículo 30 del Convenio de Viena según la segunda de las posibilidades anteriormente identificadas, sin descartar *a priori* la posibilidad de que de acuerdo al artículo 59 del mismo Convenio de Viena finalmente nos encontremos ante la necesidad de dar por terminado o suspendido alguno de los tratados anteriores. En cada uno de los casos resulta evidente que el objeto y fin de dicha interpretación serán diferentes.

La aplicación de este apartado 3 del artículo 30 del Convenio de Viena y la identificación de la compatibilidad o incompatibilidad entre los diferentes tratados en él recogida no resulta una labor exenta de problemas. Ésta no debe entenderse como algo ajeno a las reglas generales de interpretación de tratados y, por tanto, deberá preconizarse la determinación y precisión del sentido y alcance de dichas disposiciones, a los fines de establecer el *consensus* de los Estados expresado en el tratado, atendiendo para ello a una triple consideración, en primer lugar, del texto del tratado como expresión auténtica del citado consenso de los Estados partes; en segundo lugar, del elemento subjetivo de la intención de los Estados partes y, finalmente, de la noción del objeto y fin del tratado (GONZALEZ CAMPOS, J. D.; SANCHEZ RODRIGUEZ, L. I., y ANDRES SAENZ DE SANTA MARÍA, P., *Curso de Derecho Internacional Público*, Civitas, 2.<sup>a</sup> ed. Revisada, Madrid 2002, pp. 307-309). La concreta labor de identificación de compatibilidades o incompatibilidades entre las disposiciones a analizar aconseja en este caso concreto primar el primero y el último de los elementos de interpretación frente al segundo de ellos pues la concreta finalidad aquí buscada justifica dicha aplicación preferente de unos criterios objetivos y teleológicos frente a otros primordialmente subjetivos (LÓPEZ MARTÍN, A. G., *Tratados sucesivos en conflicto: criterios de aplicación*, Servicio de Publicaciones UCM, Madrid 2002, p. 105), superados en la medida en que la voluntad de las partes no ha sido identificada en aras a determinar que uno de los tratados impedía la aplicación de las disposiciones del resto.

En este punto nada resulta despejado pues al igual que es posible afirmar que la labor interpretativa pueda llegar a poner de manifiesto las incompatibilidades existentes entre los diferentes tratados también tal labor interpretativa podrá derivar en la constatación de la inexistencia de incompatibles de fondo entre los diferentes textos, considerando que tal enfrentamiento no se deriva sino de las interpretaciones efectuadas por las partes. Conviene aclarar a este respecto

como lo hiciera en su momento el Presidente del Comité de Redacción M. Yasseen que «*la mera circunstancia de que lo dispuesto en el tratado posterior pudiera divergir de lo establecido en el anterior no implica, necesariamente, incompatibilidad*» (A/CONF.39/C.1/15). Finalmente cabría incluso considerar que precisamente en virtud de dicha labor interpretativa –por medio de una interpretación armonizadora– nos encontrásemos con la imposibilidad de la aparición de este tipo de contradicciones, facultando una aplicación conjunta de los diferentes textos. En definitiva, la aplicación del artículo 30 del Convenio de Viena al caso que nos ocupa parece estar tan abierta a la aplicación de un criterio interpretativo conducente a la exclusión de uno de los tratados por aplicación de otro como a la aplicación de un criterio armonizador que permita la aplicación de todos estos convenios ni expresa ni tácitamente derogados por la voluntad de las partes. Y es en este sentido que parece que los tribunales han afrontado su labor. Éstos han acabado por efectuar una labor interpretativa muy dispar reflejando en ocasiones el fin de armonizar los textos y en otras el fin de sacar a relucir las incompatibilidades manifiestas entre ellos.

Descendiendo al caso que nos ocupa y atendiendo a los términos empleados por los diferentes convenios e interpretados por los tribunales, la labor interpretativa dirigida al análisis de la compatibilidad entre los textos se circunscribiría a la valoración, por una parte, de todas aquellas referencias a la observancia de las leyes y reglamentos internos y, por otra parte, a la determinación de lo que puedan significar los términos «*facilidades*» y «*en pie de igualdad con los nacionales del Estado*», recogidos en el Convenio de 1992. A este respecto, por seguir un orden lógico, habría de estar en primer lugar al análisis de las consecuencias derivadas de la adopción del Canje de Notas de 1961 en relación con el Tratado de 1870. Baste afirmar aquí que el Canje de Notas de acuerdo con lo recogido en el artículo 13 del Convenio de Viena es reconocido como uno de los instrumentos posibles de manifestación del consentimiento, permitiéndonos hablar por tanto de sucesión de tratados respecto al mismo. Lo recogido en este instrumento y anteriormente reproducido no parece dejar margen a la duda al afirmar que en él se plasma la exigencia de la obtención de visado, en la medida en que esta obligación sólo queda exonerada para estancias inferiores a noventa días o en el caso del personal diplomático. Si añadimos a ello la existencia de una remisión en bloque a la legislación vigente sobre extranjería, todo ello no hace sino llevarnos a concluir que, por más que uno pueda buscar una interpretación compatible de ambas previsiones, de acuerdo con el apartado 3 del artículo 30 del mismo convenio, el artículo 8 del Tratado de 1870 quedaría sin aplicación en la medida en que tal compatibilidad no resulta posible con las disposiciones recogidas en el citado Canje de Notas. Sin embargo, esta conclusión no agotaría la labor interpretativa necesaria para poner fin a esta cuestión pues resultaría necesario a continuación abordar el análisis de lo dispuesto por el Tratado General de 1992 para considerar que el precepto de 1870 sigue sin vigencia alguna, pues a nuestro entender este último viene a cambiar la situación tal y como ha sido descrita hasta el momento.

En este último instrumento, aun persistiendo la referencia a la legislación interna, ésta ya no es recogida de una forma tan imperativa sino más bien genérica y acompañada de una referencia al mismo nivel a que tal legislación interna deba actuar de conformidad con el Derecho internacional. A su vez, la interpretación del término «*facilidades*» no resulta ni mucho menos pacífica pues si bien no parece haber duda de que deba ser entendido como la necesidad de conceder a los ciudadanos uruguayos un trato en mayor o menor medida privilegiado respecto del resto de extranjeros, la realidad de lo que estrictamente ello suponga se mantiene oscura. Ciertos tribunales no han tenido problemas para considerar que ello no suponía sino la posibilidad de un trato preferencial a la hora de otorgar los necesarios permisos tanto de residencia como de trabajo, en todo caso, sin desatender la legislación de extranjería y dentro de ésta, en particular, la situación nacional del empleo. Lo que en definitiva suponía dejar vacío de contenido tal término. Otros tribunales, por el contrario, han concluido que tales facilidades habían

de ser entendidas, de acuerdo con la referencia a la igualdad con los nacionales del otro Estado, como la necesidad de equiparar a los ciudadanos uruguayos con el resto de ciudadanos de la Unión Europea. Entre estas dos posturas hoy por hoy vigentes en la jurisprudencia resulta necesario considerar los elementos interpretativos existentes.

Al margen de la poco satisfactoria vía interpretativa seguida por algunos tribunales a la hora de inclinarse por la segunda de las opciones al basar dicha respuesta en la pura y, en exceso, simple lógica semántica de afirmar que dar facilidades en ningún caso podría ser entendido como la aplicación del mismo régimen íntegro de extranjería aplicable al resto de extranjeros, cosa que no resuelve lo que efectivamente sí es dar dichas facilidades y que, por otra parte, ha servido para que la administración, haya incluido a los ciudadanos uruguayos dentro de los supuestos específicos previstos en el artículo 40 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por la Ley Orgánica 8/2000 de 22 de diciembre (en adelante LO 4/2000), respecto de los cuales no se tendrá en consideración para la concesión inicial del permiso de trabajo la situación nacional de empleo (artículo 38 Ley Orgánica 4/2000). Ciertamente ello permitiría conciliar una interpretación tan limitada como la derivada del solo término facilidades e incluso la propia referencia a la igualdad de trato respecto de los nacionales si no fuera porque el apartado primero del artículo 32 de la Ley Orgánica 4/2000, define la residencia permanente como *«la situación que autoriza a residir en España indefinidamente y trabajar en igualdad de condiciones que los españoles»*. Desde este punto de vista, cabría concluir que considerando que tal derecho es al que se hace referencia en el Tratado General de 1992 la interpretación hecha por la administración y por algunos tribunales no respondería a lo allí expresado y, por tanto, que éste y no otro es el status reservado para los ciudadanos uruguayos a la hora de referirse a dar facilidades en pie de igualdad con los nacionales del Estado para el ejercicio de dichas actividades.

Otro elemento para la interpretación de este precepto lo facilita la comparación del mismo con idénticas previsiones recogidas en instrumentos del mismo género respecto de otros Estados latinoamericanos. Así, el Tratado General de Cooperación y Amistad entre Colombia y el Reino de España de 29 de octubre de 1992 recoge en su artículo 12 que *«con sujeción a su legislación interna y de conformidad con el derecho internacional, cada parte otorgará a los nacionales de la otra, facilidades para la realización de actividades (...), siempre que se hubieran concedido los visados y los permisos de residencia o de trabajo, según el caso, necesarios para el ejercicio de dichas actividades»*. En este mismo sentido se pronuncia el Protocolo de 25 de agosto de 1995 que modificaba el Convenio de Doble Nacionalidad con Ecuador, estableciendo como requisito previo para la aplicación a los ecuatorianos de las facilidades referidas en el mismo la obtención previa de los permisos de residencia y de trabajo preceptivos. A la vista de estos ejemplos resulta necesario valorar la diferencia existente entre esos y el caso que nos ocupa pues pudiendo haber insertado una previsión análoga en el caso del Tratado entre Uruguay y España esto no resultó así, debiendo valorar aquí las consecuencias que de ello puedan derivarse a la hora de interpretar este último instrumento.

Por otra parte, cabría cuestionarse si tal previsión abarca también el ingreso en el país en atención a que en el Tratado General de 1992 no se recoge referencia alguna a dicho extremo, cuestión que, por otra parte, según el Canje de Notas de 1961 había quedado supeditada a la obtención de un visado para los casos en los que la permanencia fuera mayor de tres meses. A este respecto cabría afirmar que en la medida en que los ciudadanos uruguayos no requieren de un visado para estancias menores a ese plazo de tiempo éstos podrían ingresar sin problema alguno justificando su estancia posterior en base al derecho reconocido por el Tratado General de 1992 no pudiéndose impedir el ejercicio de los derechos allí reconocidos. Sin embargo, la actuación conjunta de los artículos 25.1 y 32.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, y del apartado 2.e) del artículo 6 del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se

aprueba el Reglamento de aquella Ley Orgánica, permitiría una respuesta más firme a esta cuestión pues nos llevaría a considerar que en aquellos casos en los que un ciudadano extranjero, uruguayo en el caso que nos ocupa, tuviera reconocidos los derechos anteriormente determinados por el artículo 32 o estuviera en situación de dar cumplimiento a los requisitos requeridos para ello, no le sería exigible ningún tipo de visado de ingreso al tener derecho a residir y trabajar en igualdad con los españoles .

En todo caso, ante las discrepancias surgidas en la aplicación de la normativa sobradamente ya citada tanto entre los Estados parte como entre los tribunales encargados de dar respuesta a los recursos presentados por una pluralidad de ciudadanos uruguayos, cabría afirmar que esta cuestión ha entrado en una vía de solución mediante la consideración de un elemento al que no nos hemos referido anteriormente pero que resulta estrechamente ligado a la interpretación de los textos normativos internacionales en aras a su aplicación. Esta cuestión no es otra que la determinación de aquél a quien corresponde la operación de interpretar dichos textos, que no son otros que los Estados partes en el mismo (interpretación auténtica). De acuerdo con la presunción de que los tratados son la expresión de la voluntad común de las partes en el tratado, éstos deberían llegar a una misma conclusión. No siendo así, en el caso que nos ocupa, los dos Estados han concluido finalmente la necesidad de crear una Comisión de Alto Nivel que permita solventar las dudas generadas respecto de la interpretación de la normativa internacional a ambos aplicable. Cabría finalizar cuestionándose si dicha solución responderá a la mera interpretación de los textos vigentes o a la plasmación de una nueva voluntad que en su caso se superponga a las anteriormente identificadas, suponiendo en su caso una nueva ocasión para poner a prueba la aplicación de los artículos del Convenio de Viena relativos a la aplicación de tratados sucesivos concernientes a una misma materia.

Óscar ABALDE CANTERO

2006-4

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

#### *Fundamentos de Derecho*

*Segundo.—No obstante, y a fin de darle una respuesta a la pretensión y a los argumentos del recurrente, hay que decir que el mismo argumenta en torno a la incompatibilidad de las normas que regulan la extranjería con el tratado de Paz y Amistad entre España y Colombia de 1895 y con el Convenio de Doble Nacionalidad con Colombia de 27 de junio de 1979, pero no tiene en cuenta que el 29 de octubre de 1992 se firmó el Tratado General de Cooperación y Amistad (ratificado por Instrumento de 13 de enero de 1994), cuyo artículo 12 estableció lo siguiente:*

*«Con sujeción a su legislación interna y de conformidad con el derecho internacional, cada parte otorgará a los nacionales de la otra, facilidades para la realización de actividades lucrativas, laborales o profesionales, por cuenta propia o ajena, en pie de igualdad con los nacionales del Estado de residencia, siempre que se hubieran concedido los visados y los permisos de residencia o de trabajo, según el caso, necesarios para el ejercicio de dichas activi-*

*dades. La expedición de los permisos de trabajo para actividad lucrativa, laboral o profesional, por cuenta ajena, será gratuita.»*

*Así pues, es evidente que, cualquiera que fuese la regulación anterior, en este tratado se sujeta el trabajo y residencia de los colombianos en España a la previa obtención de los permisos correspondientes, de acuerdo con el régimen general. Además, tampoco tiene en cuenta el actor la firma del Acuerdo entre el Reino de España y la República del Ecuador relativo a la regulación y ordenación de los flujos migratorios de 21 de mayo de 2002 (BOE de 4 de julio de 2001; con acuerdo de aplicación provisional del mismo a partir del 21 de mayo de 2001), que regula justamente esta cuestión y que establece la forma en que los flujos migratorios procedentes de este país iberoamericano deben canalizarse, con evidente exclusión de vías alternativas. Es por ello que no es de aplicación al caso, por tanto, la doctrina del Tribunal Supremo sentada en relación con el derecho a trabajar en España por nacionales de Chile, Perú, Argentina o Uruguay (Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2002 y de 3 de abril de 1998, y las que citan).*

**[Sentencia TSJ Castilla-La Mancha núm. 10105/2004 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), de 7 de julio de 2004. Ponente: Ilma. Sra. D.ª Raquel Iranzo Prades.]**

F.: Aranzadi (Westlaw), JUR 2004/292328.

**[Sentencia TSJ Madrid núm. 283/2005 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9.ª), de 27 de abril de 2005. Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Miguel Massigoge Benegiu.]**

F.: Aranzadi (Westlaw), JUR 2005/209829.

2006-5

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

#### *Fundamentos de Derecho*

*Cuarto.—[...]*

*Por otro lado, la argumentación relativa a la incompatibilidad de las normas que regulan la extranjería con el Tratado de Paz y Amistad entre España y Ecuador de 14 de noviembre de 1841 y con el Convenio de doble nacionalidad con Ecuador de 4 de marzo de 1964, no tiene en cuenta que el Protocolo de 25 de agosto de 1995 modificó el artículo 8 del Convenio y estableció, como requisito previo para la aplicación a los ecuatorianos de las facilidades laborales a que se refiere, la obtención de los permisos de residencia y trabajo necesarios. Tampoco tiene en cuenta la firma del Acuerdo entre el Reino de España y la República del Ecuador relativo a la regulación y ordenación de los flujos migratorios de 29 de mayo de 2001 (con acuerdo de aplicación provisional del mismo a partir del 28 de junio de 2001, publicado en el BOE de 10 de julio de 2001), que regula justamente esta cuestión y que establece la forma en que los flujos migratorios procedentes de este país iberoamericano deben canalizarse.*

*Es por ello que no es de aplicación al caso, por tanto, la doctrina del Tribunal Supremo sentada en relación con el derecho a trabajar en España por nacionales de Chile, Perú, Argen-*

tina o Uruguay (sentencias del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2002 y 3 de abril de 1998, y las que citan).

**[Sentencia TSJ Castilla-La Mancha núm. 10108/2004 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), de 30 de septiembre de 2004. Ponente: Ilmo. Sr. D. Jaime Lozano Ibáñez.]**

F.: Aranzadi (Westlaw), JUR 2004/286353.

2006-6

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

#### *Fundamentos de Derecho*

*Cuarto.—[...]*

*Cierto que la tesis de que los nacionales de ciertos países Hispanoamericanos, en virtud de los tratados internacionales suscritos en su día con España, tienen derecho a la obtención de tales permisos y de la exención de visado sin sujeción a la normativa de extranjería mencionada ha sido acogida en relación con los nacionales de países como Chile, Perú y Uruguay (y Argentina, hasta la vigencia del Tratado de 3 de junio de 1988) en diversas sentencias del Tribunal Supremo (la última, de 10 de octubre de 2002, así como las de 3 de abril de 1998, 13 de febrero de 1996, entre otras) y también lo es que existe jurisprudencia del Tribunal Supremo también negativa que se cita en la sentencia apelada, y que parece últimamente dominante, a las que habría que añadir las más recientes de 25 de febrero de 2004 (RJ 2004/2244), de 16 de diciembre de 2002 (RJ 2003/526), 3 de octubre de 2000 (RJ 2000/8465), 24 de abril de 2000 (RJ 2000/5743) y todas las que en ellas se citan.*

*Ahora bien, con independencia de ello, el presente caso afecta a un ciudadano ecuatoriano, y resulta que aunque el recurrente invoca el Tratado de Paz y Amistad entre España y Venezuela firmado —según dice— el día 30 de marzo de 1845, no puede olvidarse sin embargo el reciente Tratado General de Amistad y Cooperación entre España y la República de Venezuela (publicado en el BOE de 16 de julio de 1992) y que entró en vigor el día 26 de mayo de 1992, en el que no se introduce ninguna especialidad respecto a los nacionales de dicha nación hermana en cuanto a la obligación o exigencia de visado para estancias superiores a tres meses; y necesidad de cumplimiento de los requisitos necesarios en orden a la obtención de permiso de residencia y trabajo. Además la demanda no tiene en cuenta la existencia de un Canje de Notas de 17 de febrero de 1994 (RCL 1995/1770) —BOE 16 de junio de 1995— y que debe considerarse vigente en el que se contempla específicamente el problema debatido en el presente recurso estableciendo de manera expresa entre otras prevenciones que:*

*2. Los ciudadanos venezolanos portadores de pasaporte diplomático, de servicio u ordinario en vigor que viajen a España con fines privados o de negocios y no vayan a ejercer ninguna actividad lucrativa, podrán entrar y salir del territorio de España sin necesidad de visado para estancias de hasta noventa días.*

*[...]*

*4. Las anteriores disposiciones no eximirán a sus beneficiarios de la obligación de observar la legislación vigente en la República de Venezuela y en España, respectivamente, en relación con la entrada, permanencia y salida de extranjeros.*

*[...]*

*A tenor de dichas previsiones es claro que los acuerdos entre los dos países en vigor actualmente sólo eximen de la obligación de visado para estancias no superiores a tres meses pero no presuponen dicha exención para estancias superiores ni en todo caso excusan el cumplimiento del resto de la normativa o legislación vigente española sobre entrada, permanencia y salida de extranjeros, lo que comporta la necesidad al margen del debate que mantiene la jurisprudencia del Tribunal Supremo antes comentada en el caso de autos de observar la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social así como al Real Decreto 864/2001 a la que alude la Resolución recurrida para denegar la petición del actor, no debiendo olvidarse en todo caso los compromisos derivados para España de su pertenencia a la Unión Europea en aplicación del «Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, hecho en Schengen el 19 de junio de 1990», al que se adhirieron posteriormente entre otros países España, y que se refleja en las previsiones del artículo 62 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea tras las modificaciones de los Tratados de Ámsterdam y de Niza de 1997 y de 2001.*

**[Sentencia TSJ Castilla-La Mancha núm. 10112/2004 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), de 1 de octubre de 2004. Ponente: Ilmo. Sr. D. Vicente Rouco Rodríguez.]**

F.: Aranzadi (Westlaw), JUR 2004/292196.

2006-7

### **TRATADOS INTERNACIONALES.–Interpretación y aplicación de tratados internacionales.**

*Segundo [...] en segundo término, el amparo legal pretendido por los solicitantes del Convenio de 29 de diciembre de 1979 celebrado entre el Estado Español y el Reino de Marruecos, sobre transporte marítimo y modificaciones posteriores, no es aceptado por el Tribunal según los razonamientos efectuados en las Resoluciones de 26 de mayo y 21 de junio de 2004, que pusieron fin a los expedientes sancionadores 561/03 y 555/03, respectivamente. En estas Resoluciones se afirma que el principal objeto del citado Convenio «es la simplificación de las formalidades administrativas y sanitarias en los puertos de ambos países», así como «el convenio y sus modificaciones no hacen exclusión alguna de la aplicación a las empresas dedicadas al transporte marítimo de las normas reguladoras de la competencia ni, en el texto del artículo 4 del propio convenio redactado conforme al resultado del Canje de Notas de 30 de diciembre de 1992 y 14 de mayo de 1993 (RCL 1994, 343), ya citado, se concede a las compañías navieras comunitarias y marroquíes ninguna facultad o iniciativa en la regulación del tráfico marítimo, sino que se atribuye a las Autoridades Competentes de los Estados respectivos la misión de favorecer «una participación igualitaria y equilibrada entre las compañías navieras nacionales del Reino de Marruecos y de compañías navieras nacionales de los Estados miembros de la Comunidad Europea, quienes, en todo caso, gozarán de un acceso justo, libre y no discriminatorio en los repartos de cargamento que en futuro pueden establecer para dichos tráfico las dos partes contratantes, es decir, los Estados firmantes del Convenio y no las compañías navieras, pues es a los Estados y no a éstas a quienes se atribuye el cumplimiento de lo acordado».*

**[Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de 11 de noviembre de 2004. Ponente: Sr. D. Antonio del Cacho Frago.]**

F.: Aranzadi (Westlaw).

R.E.D.I., vol. LVIII (2006), 1

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

2006-8

### RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO.—Aplicación de tratados internacionales en relación con el Código Penal.

*Segundo.*—*La figura del delito contra la salud pública, delito de riesgo abstracto o tendencial y de consumación anticipada, consistente en conductas de cambio, elaboración, tráfico, promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas que sanciona el artículo 368 del vigente Código Penal requiere, según acreditada jurisprudencia de la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo [así, SSTS 22 de noviembre de 1995 (RJ 1995, 8951); 22 de febrero de 1996 (RJ 1996, 1553); 12 de noviembre de 1996 (RJ 1996, 9682) o 1018/2000 de 12 de abril (RJ 2000, 6596)]:*

a) *La concurrencia de un elemento de tipo objetivo, cual es la realización de tres tipos de actos genéricos, conforme a lo establecido en el Convenio Único de 1961 (RCL 1966, 733 y RCL 1967, 798):*

[...]

b) *Que el objeto material de esas conductas sea alguna sustancia de las recogidas en las listas de los Convenios Internacionales suscritos por España, los que tras su publicación se han convertido en normas internas de rango supralegal, por ministerio del artículo 96.1 de la Constitución (RCL 1978, 2836).*

[...]

4.º *Falta de Autorización. Este último elemento, de carácter normativo, es también preciso para la apreciación del tipo, pues la tenencia, transporte y venta de estas sustancias puede estar autorizado administrativamente para fines terapéuticos o científicos.*

*En relación a ello, no cabe duda de que en el caso de autos concurren tales elementos con plenitud. Así:*

[...]

2.º *La sustancia aprehendida, hachís, tiene la consideración de droga tóxica o estupefaciente y está incluida en las Listas I, II y IV de la Convención Única de Naciones Unidas sobre Estupefacientes, firmada en Nueva York el 30 de marzo de 1961, ratificada por España el 3 de febrero de 1966 (BOE de 23 de abril de 1966), enmendada por el Protocolo de Ginebra de 25 de marzo de 1972 (BOE de 15 de febrero de 1977), que entró en vigor el 8 de agosto de 1975 y fue ratificado por España el 15 de diciembre de 1976 (RCL 1977, 346), y en el Convenio sobre psicotrópicos, firmado en Viena el 21 de febrero de 1971, con adhesión del Reino de España por Instrumento de 2 de febrero de 1973 (RCL 1976, 1747) (BOE de 9 y 10 de septiembre de 1976).*

[Sentencia del Juzgado de lo Penal de Málaga, Málaga, núm. 272/2004 (núm. 5), de 23 de junio. Ponente: Sr. D. Rafael Díaz Roca.]

F.: Aranzadi (Westlaw).

2006-9

**RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO.—Interpretación de norma de derecho interno en atención a su antecedente en una norma internacional.**

*Primero [...] Debemos apuntar previamente que como exponen las SSTs de 3 de marzo de 1999 (RJ 1999, 1291), 11 de junio de 1991 (RJ 1991, 4592) y 19 de julio de 1999 (RJ 1999, 6510), la Ley de Protección de Testigos y Peritos en causas criminales, LO 19/1994 de 2 de marzo de 1994, tiene su antecedente, además de en las razones sociológicas que se recogen en su Exposición de Motivos, en el Tratado Internacional referido a la Convención contra la Tortura, cuya ratificación por España fue publicada en el BOE de 9 de noviembre de 1987 (RCL 1987, 2405), y que en su artículo 13 previene la necesidad de que el Estado tome las medidas adecuadas «para asegurar que los testigos de ese delito estén protegidos contra malos tratos e intimidación como consecuencia del testimonio prestado».*

*Con estos antecedentes, la LO 19/1994 tiene como finalidad establecer unos mecanismos de seguridad y defensa para quienes comparecen a juicio para colaborar con la Administración de Justicia frente a eventuales peligros que puedan proceder de la persona o grupo para quienes ese testimonio puede ser utilizado como prueba de cargo de un ilícito penal, permitiendo a la Autoridad Judicial mantener en el anonimato a aquellos testigos con objeto de preservar la veracidad de sus testimonios evitando la adulteración de los mismos como consecuencia de intimidaciones provenientes de los acusados.*

**[Sentencia del Juzgado de Menores de Guipúzcoa, Donostia-San Sebastián, núm. 86/2005 (núm. 1), de 12 de mayo. Ponente: Sra. D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Nieves Uranga Mutuberria.]**

F.: Aranzadi (Westlaw).

### III. COMPETENCIAS DEL ESTADO Y DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

2006-10

**CONFLICTO POSITIVO DE COMPETENCIAS: ESTADO-COMUNIDADES AUTÓNOMAS.—Artículo 149.1.3.**

*Fundamentos de Derecho*

*Primero.—Que por la Administración del Estado se recurre en vía contencioso administrativa el convenio publicado en el BOPV de 1 de abril de 2003 entre el Departamento de Sanidad del Gobierno Vasco y el denominado pueblo Kurdo a través de la Fundación Kawa.*

*La demanda se basa en alegar que la actuación impugnada afecta a competencias exclusivas del Estado en materias de relaciones internacionales y de sanidad exterior.*

*Por su parte, la representación del Gobierno Vasco contesta a la demanda defendiendo la conformidad a derecho de la acción administrativa impugnada.*

*Segundo.—Que el acto recurrido es el denominado «Protocolo General entre el Departamento de Sanidad del Gobierno Vasco, el Ministerio de Sanidad del Gobierno Federal del Kurdistán Sur (Irak) y la Fundación Kawa» (publicado en el BOPV de 1 de abril de 2003) que se suscribe por el Consejero de Sanidad del Gobierno Vasco, el denominado Ministro de Sani-*

*dad y Asuntos Sociales del Gobierno Federal del Kurdistan Sur (Irak) y el Presidente de la Fundación Kawa.*

*En los considerandos de este Protocolo se indica que Kurdistan es una Nación sin Estado localizada en la intersección de Irak, Irán, Turquía, Siria y Armenia así como que la población kurda de Irak está viviendo situaciones precarias debido, entre otros motivos, a las dificultades políticas que tiene el pueblo kurdo con los países colindantes, la falta de reconocimiento por parte de la comunidad internacional a las instituciones democráticas del Kurdistan como país y las secuelas consecuencia de los conflictos bélicos que ha sufrido provocando los múltiples embargos injustos sobre la población del Kurdistan.*

*Tras ello, los reunidos acuerdan suscribir el protocolo al objeto de que la cooperación entre las partes contribuya a mejorar la asistencia sanitaria del pueblo kurdo, manteniendo la colaboración bien directamente o bien a través de la Fundación Kawa, en materia de formación en Euskadi del personal sanitario del Kurdistan, así como la asistencia sanitaria de niños y niñas de dicho país en hospitales de Osakidetza.*

*Tercero.—Que, centrado así el objeto del litigio, pasaremos a analizar los motivos impugnatorios que frente al mismo articula el Abogado del Estado en su demanda.*

*El primero de ellos se refiere a que esta actuación administrativa es nula de pleno derecho al afectar a una competencia propia del Estado como es la de relaciones internacionales (art. 149.1.3.ª de la Constitución), entendiéndose que afecta al ámbito de las relaciones internacionales por cuanto que aparece como firmante el Ministro de Sanidad y Asuntos Sociales de una Entidad (el Gobierno Federal del Kurdistan Sur) de difícil reconocimiento internacional. Se añade que, aún cuando el Protocolo General no implica obligaciones económicas inmediatas, sí supone la asunción de las mismas en el momento de llevar a la práctica los compromisos que en el mismo se determinan.*

*Por su parte, al respecto, la representación del Gobierno Vasco en su contestación a la demanda sostiene que el Protocolo no se suscribe con ningún Estado con lo que no afectaría a las relaciones internacionales pues para ello es necesario que el sujeto sea independiente y soberano, lo que aquí no sucede.*

*Añadiendo que no toda acción exterior emprendida por una Comunidad Autónoma debe ser encuadrada en las relaciones internacionales a los efectos de desplazar la competencia autonómica hacia la competencia estatal.*

*Para resolver esta cuestión, resulta trascendente la sentencia del Tribunal Constitucional 165/1994 de 26 mayo que establece que:*

*«Ahora bien, y aun cuando no quepa identificar toda actividad de proyección exterior con la materia de “relaciones internacionales” que la Constitución reserva a la competencia estatal, no es menos cierto que esa reserva supone forzosamente que quedarán fuera de las competencias de las Comunidades Autónomas todas aquellas actuaciones que sí sean incluibles en ese título. Sobre ello ya se ha pronunciado este Tribunal en varias ocasiones y, sin pretender una descripción exhaustiva de la reserva a favor del Estado, sí ha identificado alguno de los elementos esenciales que conforman su contenido [SSTC 153/1989 (F.3.º)]. Y aun sin pretender llevar a cabo ahora esas tareas, sin embargo sí cabe señalar en términos generales que interpretando el artículo 149.1.3.ª CE en relación con otros preceptos de la Norma fundamental, como es el caso de los artículos 63, 93 a 96 y 97, de esta interpretación claramente se desprende, de un lado y en sentido negativo que las “relaciones internacionales”, en cuanto materia jurídica, no se identifican en modo alguno con el contenido más amplio que posee dicha expresión en sentido sociológico, ni con cualquier actividad exterior. Ni tampoco, obvio es, con la “política exterior” en cuanto acción política del Gobierno. De otro lado, en sentido positivo, que el objeto de aquella reserva —en términos generales, como se ha dicho— son las relaciones de España con otros Estados independientes y soberanos, al aspecto más tradicional de estas relaciones, y con las Organizaciones internacionales gubernamentales. Relacio-*

nes que, en todo caso, están regidas por el “Derecho internacional general” a que se refiere el artículo 96.1 CE, y por los tratados y convenios en vigor para España. Son, pues, las normas del Derecho internacional, general o particular, aplicables a España, las que permiten determinar en cada caso el contenido de las mismas como su sujeto. Por lo que este Tribunal ha podido referirse, en relación con el artículo 149.1.3.<sup>a</sup> CE, a materias tan características del ordenamiento internacional como son las relativas a la celebración de tratados (ius contrahendi), y a la representación exterior del Estado (ius legationis), así como a la creación de obligaciones internacionales y a la responsabilidad internacional del Estado [SSTC 137/1987 (RTC 1987, 137), 153/1989 y 80/1993].

En suma, pues, las “relaciones internacionales” objeto de la reserva contenida en el artículo 149.1.3.<sup>a</sup> CE son relaciones entre sujetos internacionales y regidas por el Derecho internacional. Y ello excluye igualmente que dichos entes puedan establecer órganos permanentes de representación ante esos sujetos, dotados de un estatuto internacional, pues ello implica un previo acuerdo con el Estado receptor o la Organización internacional ante la que ejercen funciones.

En el caso de España tal posibilidad no se contiene, ni explícita ni implícitamente, en la Constitución. Y ello se corrobora, además, con las previsiones de los Estatutos de Autonomía en materia de tratados y convenios internacionales y, en concreto, en el del País Vasco. Pues si bien esta Comunidad está facultada para proceder a la ejecución de dichos tratados “en todo lo que afecte a las materias atribuidas a su competencia en este Estatuto” y el Gobierno Vasco ha de ser informado de la elaboración de los tratados y convenios “en cuanto afecten a materias de específico interés para el País Vasco (EAPV artículo 19.3 y 5), sin embargo no corresponde a esta Comunidad Autónoma celebrar tratados y convenios sobre materias de su interés sólo instar al Gobierno español que los celebre (art. 6.5 EAPV)”.

Esta sentencia considera que las Comunidades Autónomas no son sujetos de derecho internacional ni pueden establecer relaciones internacionales. No cabe, por tanto, que celebren tratados.

En el presente caso, no nos encontramos ante un tratado pues, tal como certifica el Ministerio de Asuntos Exteriores en su comunicación de 1 de febrero de 2005, obrante en autos, el Kurdistán no está reconocido por la Comunidad Internacional como Estado independiente ni España mantiene relaciones diplomáticas con aquél.

Por tanto, nos encontramos ante un Protocolo suscrito por dos entidades que carecen de la condición de sujetos en las relaciones internacionales.

Ahora bien, la pregunta a la que ha de responderse es si, a pesar de ello, tal Protocolo puede incidir en la política exterior del Estado español, que es el que constitucionalmente tiene competencia exclusiva al respecto (art. 149.1.3.<sup>a</sup> de la Constitución).

La Sala considera que posee incidencia toda vez que el Protocolo considera al Kurdistán como Nación sin Estado y, aunque con esto no lo convierte en sujeto de relaciones internacionales en sentido estricto, lo cierto es que se fija una concreta intencionalidad política que no es otra que la de considerar, de hecho, que el Kurdistán debería ser una Nación con Estado, como claramente se desprende del contenido del Protocolo en su considerando al que antes hemos aludido.

Tal situación puede no ser compartida por otros Estados soberanos en los que el Kurdistán puede tener incidencia (Turquía, Siria, Irak, Irán) lo que puede llevar a posiciones difíciles para el Estado español respecto de estos otros Estados soberanos al ser fácilmente considerable el Protocolo como reconocimiento de una Nación kurda que no ha sido asumido ni por los Estados afectados ni por la Comunidad Internacional.

En consecuencia, al poder afectar a la política exterior del Estado español, puede afirmarse que el Protocolo recurrido afecta al contenido del artículo 149.1.3.<sup>a</sup> con lo que este

*motivo impugnatorio será acogido por la Sala, lo que conllevaría, al tratarse de una disposición de carácter general, la declaración de su nulidad.*

*Cuarto.—Que en la demanda también plantea el Abogado del Estado que el Protocolo que impugna afecta a la materia de sanidad exterior, competencia exclusiva del Estado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 149.1.16.º de la Constitución.*

*Este motivo impugnatorio habrá de ser rechazado por cuanto que este Tribunal entiende que el Protocolo recurrido en nada afecta a la materia de sanidad exterior por cuanto que establece dos actuaciones, que se realizan en España, a saber, formar personal sanitario kurdo en el País Vasco y atención sanitaria a niños y niñas kurdos en hospitales de Osakidetza.*

*Todo ello carece de proyección exterior que en nada incide en la materia propia de “sanidad exterior”.»*

**[Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco núm. 204/2005 (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 2.ª), 11 de marzo de 2005. Ponente: Sr. D. Luis Angel Garrido Bengoechea.]**

F.: Aranzadi (*Westaw*), JUR 2005/208625.

**Nota:** Las siguientes líneas tienen por objeto realizar un breve comentario a la sentencia que acabamos de extractar, sentencia dictada por Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (en adelante TSJPV) resolviendo el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Abogado del Estado contra el «*Protocolo General entre el Departamento de Sanidad del Gobierno Vasco, el Ministerio de Sanidad del Gobierno Federal del Kurdistán Sur (Irak) y la Fundación Kawa*» (Cfr. BOPV, núm. 65, martes 1 de abril de 2003), alegando que la actuación impugnada «*afecta a competencias exclusivas del Estado en materia de relaciones internacionales y de sanidad exterior*» (cfr. FJ 1.º STSJPV 204/2005).

En primer lugar, y antes de entrar en el fondo del asunto, consideramos oportuno destacar la vía utilizada por el Abogado del Estado para impugnar el acuerdo anteriormente referido, vía que, debemos reconocer, sorprendió a quien suscribe estas líneas por tratarse de un recurso contencioso administrativo planteado ante el TSJPV, y no un conflicto positivo de competencias ante el TC, más propio, al menos aparentemente, en un supuesto de presunta invasión de la competencia exclusiva del Estado, en este caso en materia de relaciones internacionales y de sanidad exterior. Son ya clásicas las sentencias dictadas por el Alto Tribunal, al hilo del «Comunicado de Colaboración» suscrito entre el Consejero de Ordenación del Territorio y Medio Ambiente de la Xunta de Galicia y la Dirección General del Medio Ambiente del Reino de Dinamarca –STC 137/1989, de 20 de julio– y la sentencia dictada en relación con el Decreto 89/1988, de 19 de abril, del Gobierno Vasco por el que se establecía la estructura orgánica del Departamento de Presidencia, Justicia y Desarrollo Autonómico –STC, 165/1994, de 26 de mayo–, ambas, insistimos, resultado de sendos conflictos positivos de competencia planteados por el Abogado del Estado por presunta invasión del artículo 149.1.3 de la Constitución por parte cada una de las Comunidades Autónomas (cfr. Las notas aparecidas en esta misma revista comentando cada una de las sentencias: PÉREZ GONZÁLEZ, M., *R.E.D.I.*, vol. XLII, 1990-1, pp. 201-209 y FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C., *R.E.D.I.*, vol. XLVI, 1994-2, pp. 718-723).

Por tanto, lo primero que hemos de abordar es el por qué de la vía ordinaria del recurso contencioso administrativo frente a la del conflicto positivo de competencias ante el Tribunal Constitucional. Lo que subyace tras este planteamiento es la relación existente entre jurisdicción constitucional y jurisdicción contencioso administrativa en la resolución de los conflictos de competencia que tengan su origen en una disposición de rango inferior a la ley o en una resolución o acto administrativo. La cuestión es la siguiente: ¿se trata de conflictos que debe

resolver en exclusiva el Tribunal Constitucional, o también puede conocer de ellos la jurisdicción contencioso administrativa?; en caso de que esta última sea también competente, ¿cuáles son los criterios para que intervenga una u otra y cómo deben articularse las relaciones entre ellas? (cfr. GÓMEZ MONTORO, A. J., «Jurisdicción constitucional y jurisdicción contencioso administrativa en la resolución de conflictos positivos de competencia», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1990, núm. 30, pp. 93-126, en particular, p. 94; ARCE JANARIZ, A., «Jurisdicción constitucional y jurisdicción contencioso administrativa en la jurisprudencia de conflictos de competencia», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1990, vol. 70, pp. 225-251).

Doctrinalmente se ha defendido tanto el monopolio del TC en la resolución de conflictos competenciales –esta es la posición defendida, entre otros, por Rubio Llorente–, como la concurrencia de jurisdicciones, aun cuando no se trate de una concurrencia expresamente prevista ni en la CE ni en la LOTC, a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, en el ámbito de la protección de los derechos fundamentales. El propio TC definió hace algunos años el conflicto positivo de competencias como un proceso constitucional «singular y específico» del *que debe conocer en exclusiva el propio TC* (cfr. STC 143/1985, de 24 de octubre, FJ 6.º). La realidad es, sin embargo, que en el caso que ahora nos ocupa el TSJPV admitió su propia competencia para conocer del asunto, con la anuencia de la administración demandada, tal y como cabe extraer de la posición mantenida por el letrado del Gobierno Vasco que no planteó excepción procesal alguna por falta de jurisdicción, con la pretensión de reconducir la controversia al Tribunal Constitucional.

La explicación la debemos hallar en la doctrina sentada por el Tribunal Supremo a partir del año 1999 en torno a la delimitación del ámbito propio de la jurisdicción constitucional y el propio de la jurisdicción contencioso-administrativa en la resolución de los conflictos positivos de competencias. La doctrina en cuestión defiende que «cuando no se discute (la) titularidad competencial de las distintas Administraciones sino su concreto ejercicio, esto es, si es apreciable un vicio de competencia, su enjuiciamiento corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa, *faltando el necesario presupuesto de la jurisdicción reservada al Tribunal Constitucional para que tuviera el cauce del conflicto de competencias*» (la cursiva es nuestra, cfr. STS, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 4.ª, 28 julio de 1999), porque, según ha advertido en otro asunto ese mismo Tribunal «el elemento específico y definitorio del conflicto positivo de competencia como proceso constitucional consiste en la interpretación y fijación del orden competencial y en la determinación de qué competencias pertenecen a qué sujetos; por ello, *cuando el análisis de la controversia procesal descubra que su resolución no exige propiamente esa labor de fijación y determinación, bien porque ya ha sido llevada a cabo por quien es el máximo intérprete de la Constitución, bien porque la atribución competencial de la materia a uno u otro de los entes contendientes no depende en sí misma de la interpretación de las normas del bloque de constitucionalidad dictadas para delimitar sus ámbitos propios, sino más bien de la recta valoración y calificación jurídica de la actuación controvertida, le cabrá al órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa entender que el conflicto carece de la necesaria relevancia constitucional y, por ende que su conocimiento no está atribuido en exclusiva a la jurisdicción constitucional*» (la cursiva es nuestra, cfr. STS, Sala Tercera, Sección 4.ª, 2 de noviembre de 1999). Esta doctrina ha sido seguida desde entonces en distintos asuntos –tal y como han hecho constar expresamente en las distintas sentencias– (cfr. entre otras: STSJPV, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 2.ª, 11 de septiembre de 2000; STSJ Asturias, Sala de lo Contencioso Administrativo, 18 de marzo de 2004), y también en el caso que ahora nos ocupa, pues aunque nada se dice expresamente es lo que cabe extraer de la posición adoptada por sendas administraciones –la central del Estado y la de la Comunidad Autónoma Vasca– que admitieron la jurisdicción del TSJPV para conocer de la cuestión controvertida, que no era la titularidad de la competencia en materia de relaciones

internacionales o de sanidad exterior sino su concreto ejercicio, esto es, si el Protocolo recurrido suponía o no una invasión de las competencias esgrimidas por el Abogado del Estado.

A nuestro modo de ver este razonamiento y este proceder no resulta del todo acertado. En primer lugar, consideramos improcedente mantener que por el hecho de que el TC se haya posicionado ya sobre la titularidad de este o aquel título competencial queda excluida automáticamente la competencia del Alto Tribunal para resolver otro conflicto positivo de competencias relacionado con esa misma competencia, puesto que como ya puso de relieve Rubio Llorente en su voto particular, refiriéndose a otro título, aunque la afirmación resulta perfectamente extrapolable al 149.1.3 de la Constitución, ni los casos tienen por qué ser idénticos, por lo que no cabe apelar a la fuerza de cosa juzgada, «ni la eficacia general de aquellas sentencias “que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho” (art. 164.1 C.E.), es eficacia frente a este mismo Tribunal que, de otro modo, se vería rígidamente vinculado al precedente» (cfr. el voto particular emitido por D. F. Rubio Llorente frente a la STC 88/1989 –Pleno–, de 11 de mayo). Dicho de otro modo, que el TC se haya manifestado ya sobre la competencia exclusiva del Estado en materia de relaciones internacionales, pongamos por caso, no puede suponer que los conflictos de competencia que pudieran derivarse de una disposición reglamentaria o de un acto administrativo, presuntamente invasor de tal competencia, deba resolverlo necesariamente la jurisdicción contencioso administrativa. En segundo lugar, compartimos la opinión de Rubio Llorente cuando afirmó que la distinción entre controversias en las que lo que se discute es la titularidad de la competencia –o lo que se dio en denominar *límites externos de la competencia* del Estado o de la Comunidad Autónoma– y controversias en las que lo debatido es el concreto ejercicio de la misma es un tanto oscura si no artificial, porque la realidad es que la distribución competencial quedó diseñada en las normas constitucionales y estatutarias, así que difícilmente existirán conflictos en los que se plantee pura y simplemente la titularidad de una competencia. De hecho, un análisis de la jurisprudencia recaída en procesos relativos a conflictos positivos de competencia demuestra que los mismos han tenido por objeto delimitar el alcance material y/o territorial de determinadas competencias, cuya titularidad no se discutía, o dilucidar si determinadas disposiciones o actos entraban o no en el ámbito material de una competencia cuya titularidad tampoco se discutía. Por todo ello, consideramos que la distinción entre conflictos relativos a la «titularidad» –como conflictos reservados al TC– y conflictos relativos al «ejercicio» –como conflictos residenciables en la jurisdicción contencioso administrativa– no atiende a criterios reales, y lo que es más grave, con semejante planteamiento el TC no sólo ha renunciado a su propia competencia para resolver ese tipo de conflictos, sino que además se ve imposibilitado para revisar las sentencias recaídas en ese tipo de procesos, lo que no contribuye a la consecución de una interpretación uniforme del texto constitucional (cfr. voto particular anteriormente citado de RUBIO LLORENTE y en idéntico sentido GÓMEZ MONTORO, *op. cit.*, p. 117).

En segundo lugar, y por lo que se refiere al fondo de la cuestión, conviene tener presente que el mencionado Protocolo tuvo por objeto estrechar vínculos entre el sistema sanitario de Euskadi (Osakidetza) y de Kurdistán Sur, con el propósito de «mejorar la asistencia sanitaria del pueblo kurdo». Ese propósito genérico de colaboración se habría de desplegar en dos ámbitos más concretos: en el ámbito de la formación del personal sanitario del Kurdistán en territorio de la Comunidad Autónoma Vasca y en la asistencia sanitaria a niños «de dicho país» en hospitales de Osakidetza; ninguna precisión más se recogía en el texto del Acuerdo.

Descartada por el TSJPV cualquier intromisión del Protocolo en la competencia exclusiva del Estado en materia de sanidad exterior –por tratarse de actividades que se realizan en España y carecer de proyección exterior– nos interesan más las reflexiones realizadas por la Sala en torno a la posible intromisión del acuerdo en la competencia exclusiva del Estado en materia de relaciones internacionales. Pues bien, una vez superada la visión maximalista inicial del TC –que mantenía la inconstitucionalidad de cualquier acuerdo celebrado entre una Comunidad

Autónoma y otro sujeto de Derecho Internacional, incluso los celebrados entre una Comunidad Autónoma y otros entes intraestatales (cfr. en este sentido la STC 137/1989, de 20 de julio, FJ 3.º), con independencia de que tales acuerdos pudieran comprometer o no la responsabilidad del Estado—, lo cierto es que su celebración es una realidad desde hace mucho tiempo, como lo demuestran los numerosos acuerdos celebrados por Comunidades como la de Aragón, País Vasco o Cataluña. La sentencia dictada por el TSJPV señala, como no podía ser de otro modo, que en el presente caso no nos encontramos ante un tratado internacional, porque ninguno de los intervinientes en el acuerdo es sujeto de derecho internacional, y aunque la sentencia no entra a analizar el contenido del acuerdo, podría afirmarse que dada la vaguedad de los términos utilizados el mismo no generaría «obligaciones inmediatas y actuales» ni comportaría ningún tipo de responsabilidad para el Estado en caso de incumplimiento, por lo que desde esta perspectiva tampoco podría afirmarse la naturaleza convencional del acto en cuestión y la intromisión en la competencia del 149.1.3 de la Constitución.

A pesar de todo, señala con gran acierto el Tribunal, la invasión de la competencia exclusiva del Estado en materia de relaciones internacionales podría derivar todavía de la «*incidencia del acuerdo recurrido en la política exterior del Estado*» (cfr. STC 165/1994, fundamento jurídico 6.º). La sentencia dictada por el TSJPV resalta algunos de los considerandos del Protocolo, considerandos en los que se advierte que el «Kurdistán es una nación sin Estado localizada en la intersección de Irak, Irán, Turquía, Siria y Armenia», o «que la población kurda de Irak está viviendo situaciones precarias debido, entre otros motivos, a las dificultades políticas que tiene el pueblo kurdo con los países colindantes, la falta de reconocimiento por parte de la comunidad internacional a las instituciones democráticas del Kurdistán como país y las secuelas consecuencia de los conflictos bélicos que ha sufrido provocando los múltiples embargos injustos sobre la población del Kurdistán».

A partir de ahí, el TSJPV concluye que aunque la calificación realizada por el Departamento de Sanidad del Gobierno Vasco del Kurdistán como Nación sin Estado «no lo convierte en sujeto de relaciones internacionales en sentido estricto, lo cierto es que se fija una concreta intencionalidad política que no es otra que la de considerar, de hecho, que el Kurdistán debería ser una Nación con Estado, como claramente se desprende del contenido del Protocolo». Y dado que tal circunstancia no es valorada de igual forma por Estados como Turquía, Siria, Irak o Irán, concluye el TSJPV que las afirmaciones vertidas en el Protocolo pueden dificultar las relaciones de España con esos Estados si consideran el Protocolo como un acto de reconocimiento de la Nación kurda, «algo que no ha sido asumido ni por los Estados afectados ni por la Comunidad Internacional». Y es ahí donde se produce la invasión de la competencia exclusiva del Estado en materia de relaciones internacionales, puesto que como es bien sabido y así lo ha señalado en distintas ocasiones el TC, la dirección de la política exterior, y en particular, el reconocimiento de Estados forma parte del núcleo duro del artículo 149.1.3 de la Carta Magna (cfr. en este sentido la STC 153/1989, de 5 de octubre, fundamento jurídico 8.º). El acto de reconocimiento depende de factores de estricta oportunidad política y eso es algo que corresponde ser apreciado y decidido al Gobierno de la Nación, como máximo y único responsable de la política exterior del Estado (cfr. QUEL LOPEZ, F. J., «La práctica reciente en materia de reconocimiento de Estados: problemas en presencia», *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria Gasteiz 1992*, pp. 40-81). En la medida en que la celebración del acuerdo y las afirmaciones vertidas en el mismo pudieran llegar a ser interpretados como un acto de reconocimiento del Estado Kurdo imputable a España, el TSJPV concluye la nulidad de pleno derecho del acuerdo.

M.<sup>a</sup> Dolores BOLLO AROCENA

## IV. ESTATUTO INTERNACIONAL DEL ESTADO

2006-11

## INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN.

*Fundamentos de Derecho**Primero.—[...]*

*En efecto, la cuestión de fondo que se plantea en el presente recurso es la relativa a la inmunidad de jurisdicción civil de los funcionarios y empleados consulares consagrada en el Convenio de Viena de 1963. Desde la perspectiva de la Constitución Española de 1978, no cabe negar la posibilidad de que el legislador prevea determinados supuestos en los que el acceso a la jurisdicción resulte excluido o sea sustituido por otras formas de resolución de conflictos o de composición de intereses, pero para ser constitucionalmente legítimos, deben responder a fines o bienes de relieve constitucional y su regulación concreta debe resultar razonable y proporcional a esa finalidad y al grado de constreñimiento del derecho al acceso a la jurisdicción que entrañan. Desde la primera de sus sentencias, la de 26 enero 1981 relativa a las relaciones entre la jurisdicción eclesiástica y la estatal, el TC ha puesto especial énfasis en la necesidad, derivada del derecho a la tutela judicial efectiva, de mantener expedita al máximo la vía de acceso a la jurisdicción interna. Planteada la cuestión en estos términos, no cabe duda que debe aceptarse como constitucionalmente legítima la posibilidad de configurar el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva y, más concretamente, el acceso a la jurisdicción interna, teniendo en cuenta, como límite, la protección de los empleados y funcionarios consulares y agentes diplomáticos y, más precisamente, la garantía del ejercicio de las importantes funciones que tienen encomendadas. Sin la atribución de un estatuto especial a las misiones diplomáticas y a su personal las relaciones internacionales podrían verse gravemente condicionadas e incluso imposibilitadas; y debe tenerse en cuenta que la protección del eficaz desarrollo de estas relaciones es, sin duda, un fin constitucionalmente relevante, como lo demuestra, entre otros datos, el hecho de que la Constitución desde su Preámbulo afirme la voluntad de colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la Tierra. Como es sabido, para garantizar el normal ejercicio de las funciones diplomáticas y consulares, y con ellas las relaciones pacíficas y la cooperación entre los Estados, el ordenamiento internacional ha consagrado una serie de prerrogativas entre las que destacan las inmunidades reconocidas a los propios Estados –inmunidades de jurisdicción y de ejecución– y las inmunidades personales de jurisdicción que se extienden al orden penal, civil y administrativo y afectan, aunque con distinto grado, no sólo a los agentes diplomáticos y consulares, sino a sus familiares y al personal administrativo y de servicio de las misiones diplomáticas y consulares. En definitiva, pues, la inmunidad jurisdiccional de los diplomáticos y cónsules, en tanto que garantía del correcto ejercicio de sus funciones, puede considerarse un bien constitucionalmente reconocido, que justifica una delimitación del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva en el que se excluya el acceso a la jurisdicción interna. Así lo prevé el artículo 21 LOPJ al establecer que «los Juzgados y Tribunales españoles conocerán de los juicios que se susciten en territorio español entre españoles, entre extranjeros y entre españoles y extranjeros con arreglo a lo establecido en la presente ley y en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte», pero exceptuando en su ap. 2.º «los supuestos de inmunidad de jurisdicción y de ejecución establecidos por las normas del Derecho Internacional Público». Sin embargo, como queda dicho, la finalidad que hace legítima constitucionalmente la inmunidad de jurisdicción del personal diplomático y consular y la que la convierte en una medida razonable y proporcionada a la*

*imposibilidad de acceder a la jurisdicción interna para la defensa de los derechos e intereses de los ciudadanos, es la garantía del correcto funcionamiento de las funciones representativas encomendadas a los agentes diplomáticos, que el propio Convenio de Viena de 1961 define en su artículo 3.1. Esta es la causa constitucionalmente legitimadora de dichas inmunidades. Dicho con otras palabras, la necesidad de garantizar el buen funcionamiento de las relaciones internacionales justifica la existencia de inmunidades personales de jurisdicción y con ellas la correlativa limitación de los derechos de los ciudadanos, pero no ampara la utilización abusiva de esta prerrogativa. Y ese abuso se produce, fundamentalmente, cuando se extiende su alcance a situaciones jurídicas en las que en nada puede verse afectado el ejercicio de las funciones diplomáticas. Extender ese alcance fuera de dicho ámbito pudo tener sentido en el momento histórico en el que la inmunidad diplomática comenzó a configurarse en sus rasgos característicos. Y quizá lo tuvo por tratarse de un momento en el que los derechos individuales no estaban completamente salvaguardados frente a intromisiones ilegítimas de los poderes públicos. Hoy, por el contrario, cuando el Estado de Derecho diseñado por la Constitución garantiza en modo suficiente el respeto de los derechos del individuo, carece de sentido otorgar a los diplomáticos un trato de favor personal, ya que las garantías individuales de las que todos los ciudadanos disfrutan cumplen sobradamente el fin de salvaguardia que antes sólo podía lograrse por la vía del privilegio al no estar amparados genéricamente las libertades de todos los individuos. En un Estado de Derecho ninguna inmunidad, y por tanto tampoco la atribuida a los diplomáticos, puede tener el carácter de privilegio personal.*

*Extender las inmunidades más allá de las actividades relacionadas con las funciones diplomáticas supone convertir lo que es una prerrogativa en razón del cargo, compatible en cuanto tal con el principio constitucional de igualdad y con el derecho a la tutela judicial efectiva, en un privilegio personal carente de una finalidad razonable y, por lo mismo, incompatible con los principios del Estado de Derecho y, especialmente, con el mencionado principio de igualdad y con el derecho de acceso a la jurisdicción interna para la defensa de los derechos e intereses reconocidos por el ordenamiento jurídico a todos los ciudadanos. La diferencia de trato que supone la inmunidad judicial de los diplomáticos se justifica en cuanto es necesaria a los efectos de facilitar el ejercicio de una función no para amparar actuaciones privadas sin relación con estas funciones de representación diplomática. El Estado, en defensa de los intereses generales, puede celebrar los tratados y convenios internacionales que estime necesarios para mantener eficazmente las relaciones internacionales que crea oportunas, pero la consecución de este objetivo legítimo no justifica cualquier sacrificio de los derechos fundamentales que la Constitución reconoce y garantiza a sus ciudadanos. Y ese umbral constitucionalmente infranqueable se cruza cuando la inmunidad diplomática y consular –y, en general, cualquier otra inmunidad– se transforma de prerrogativa en función del cargo en privilegio personal y se impide acceder a los tribunales de justicia nacionales para defender, por ejemplo, un derecho de propiedad sin que estén en juego las funciones diplomáticas. Así parece reconocerlo el propio Convenio de Viena que, como queda dicho, proclama solemnemente en su Preámbulo que las inmunidades en él contenidas se conceden no en beneficio de las personas, sino con el fin de garantizar el desempeño eficaz de las funciones de las misiones diplomáticas. Ciertamente, como se advierte en esta misma sentencia, la inmunidad jurisdiccional de los agentes diplomáticos y consulares es distinta a la de los Estados y ha experimentado una menor evolución relativizadora en el ordenamiento internacional. Sin embargo, la ratio última de ambas instituciones no es otra que la garantía del normal ejercicio de la función de representación diplomática, de ahí que en el caso presente que lo que se trae a colación es la inmunidad de jurisdicción de un cónsul acreditado en España, resulta aplicable la doctrina sentada en el sentido de delimitar el alcance de las inmunidades en atención a si los actos que se pretenden someter a la jurisdicción afectan o no a las funciones diplomáticas. Si se atribuye a la Constitución el carácter de Norma suprema que le corresponde, la distinta*

*evolución del ordenamiento internacional en uno y otro tipo de inmunidades no puede dar lugar a interpretaciones distintas de los preceptos constitucionales. En rigor, si la ratio de ambas figuras es la garantía de las funciones diplomáticas parece que ésta debe ser todavía más rigurosa cuando se aplica al Estado que cuando se refiere a sus diplomáticos. El Convenio de Viena al establecer las inmunidades jurisdiccionales de los funcionarios y empleados consulares parte explícitamente de la premisa de que las mismas responden a la finalidad expresada por el brocardo ne impeditur legatio; en rigor, lo que hace el Convenio es concretar o, mejor, codificar las prerrogativas que la comunidad internacional tradicionalmente ha venido considerando necesarias para poder llevar a cabo con garantías las funciones diplomáticas. Lo primero que debe advertirse al analizar el presente caso es que la prerrogativa alegada no es la inmunidad de jurisdicción penal, ámbitos éstos en los que la función de garantía de la actividad consular resulta normalmente clara y manifiesta, sino la inmunidad civil aducida en una causa de resolución contractual. No cabe duda que mediante acciones civiles también se puede impedir o dificultar el ejercicio de las funciones representativas y, por tanto, resulta justificable la existencia de este tipo de prerrogativas; sin embargo, lo que resulta constitucionalmente vetado es la configuración o la interpretación de las mismas que permita o ampare abusos de esas prerrogativas, restringiendo derechos de los ciudadanos sin que resulte justificado por la garantía del ejercicio de las funciones diplomáticas.*

*Pues bien, esto es cabalmente lo que ocurre en el caso presente. No cabe negar la posibilidad de que en determinadas circunstancias mediante acciones civiles sobre los agentes consulares pudiera ponerse en peligro el ejercicio de sus funciones. Sin embargo, en este caso, resulta palmario que la acción aquí ejercitada no persigue esta finalidad, ni directa ni indirectamente, y, por otra parte, los efectos de una hipotética resolución favorable a esta pretensión tampoco llegarían a imposibilitar o dificultar significativamente el ejercicio de esas funciones. Por el contrario, de acogerse la inmunidad jurisdiccional lo que se produciría es un auténtico abuso de dicha prerrogativa permitiendo que una persona por el hecho de ser cónsul realice contrataciones de cualquier tipo sin obligaciones para el mismo ni para el Estado al que representa. Los órganos jurisdiccionales del Estado son, sin duda, desde la perspectiva interna, los sujetos habilitados para la interpretación de toda norma interna sea cual sea su procedencia pero son también, desde la perspectiva del ordenamiento internacional, órganos aplicativos de las normas de tal sistema. Por ello, cuando de normas internacionales se trata, los órganos judiciales españoles deben intentar conectar las supremas exigencias constitucionales con las derivadas del orden internacional. Deben actuar desde el respeto a la Constitución y, además, en el marco de lo impuesto o permitido por las normas internacionales, pues a ello le obliga también la Constitución misma. En el presente caso, como se ha razonado, se excluye la aplicación al caso de la inmunidad de jurisdicción civil en él consagrada. El Convenio, interpretado de acuerdo con su Preámbulo, permite interpretaciones que excluyan abusos como el que se produciría de aplicar la inmunidad al caso, siendo, además, que sobre esta materia no se ha pronunciado aún el Tribunal Internacional de Justicia y que en la única ocasión en la que ha tenido que interpretar el alcance de las prerrogativas de los diplomáticos (S 24 mayo 1980 relativa al personal diplomático y consultar de los Estados Unidos de América en Teherán. Ciertamente se trata de un caso distinto en cuanto a los hechos y mucho más dramático que el que aquí enjuiciamos, pero por ello mismo, a mayor abundamiento muy significativo), a pesar de referirse a la prerrogativa de la inviolabilidad personal –sin duda la más absoluta de todas las prerrogativas–, ha admitido una interpretación no estrictamente literal del Convenio –que no acepta ningún tipo de excepción a la misma– afirmando que el principio de inviolabilidad personal no significa que un diplomático sorprendido en flagrante delito no pueda ser detenido por un tiempo breve y con las debidas garantías, aún más si como en el presente caso se trata de acciones civiles; de lo expuesto resulta ajustada a derecho la interpretación del Juez de Instancia, y por tanto ha de desestimarse este motivo de recurso*

*reconociendo la competencia de la Jurisdicción Civil española para el conocimiento del presente caso.*

**[Sentencia Audiencia Provincial Almería núm. 201/2004 (Jurisdicción Civil), de 15 de julio de 2004. Ponente: Ilma. Sra. D.<sup>a</sup> Gema Solar Beltrán.]**

F.: Aranzadi (Westlaw), JUR 2004/256607.

2006-12

## INMUNIDAD DE EJECUCIÓN.

### *Fundamentos de Derecho*

*Segundo.*

[...]

*En el Fundamento de Derecho cuarto de la resolución recurrida se sostiene que de acuerdo con lo establecido en el Proyecto de artículos sobre Inmunitades Jurisdiccionales de los Estados y sus Bienes de febrero de 2003 (RCL 2003, 513), coincidente en lo sustancial con su redacción de 1991 y con la interpretación que de él da el Tribunal Constitucional, cabe concluir que únicamente pueden embargarse bienes de un Estado extranjero cuando estén inequívocamente destinados al desenvolvimiento de actividades económicas en las que dicho Estado, sin hacer uso de su potestad de imperio actúa de la misma manera que un particular y que hay unos bienes que no pueden embargarse en ningún caso que son los bienes de carácter militar o usados o destinados a ser usados para propósitos militares. Sin embargo concluye que la actividad del economato no puede interpretarse como básica o fundamental ni para la estricta actividad militar ni para la misión específica del personal militar ni para el mantenimiento de ambos pues sostiene que no ha quedado acreditado que el embargo de la cuenta del economato afecte a la soberanía de los Estados Unidos, pues a través de ella, se estaban haciendo pagos a proveedores y pagando al personal laboral local y tampoco se ha acreditado que los productos que se venden en el Economato sean imprescindibles para la vida diaria de los miembros de las fuerzas armadas (sustento, habitación o vestido), ni que se trate de productos específicos e imprescindibles para el funcionamiento de la Base Naval así como de los bienes específicamente destinados a la defensa, como podrían ser los vehículos de uso militar, ni que se trate de productos de utilización obligatoria que sólo podrían adquirirse en el Economato, como podrían ser los uniformes militares.*

*No podemos compartir estos razonamientos por lo siguiente. Del certificado emitido por el Comandante de las Actividades Navales de la Marina de los Estados Unidos de América en España antes referido, se desprende que los fondos depositados en la cuenta que nos ocupa son fondos públicos, que los Economatos de la Marina están dirigidos por personal militar y que hay unas cuentas anuales para todos los economatos de la marina que son cuentas del Departamento de Defensa de los Estados Unidos de América. Esto es, parece claro el destino militar que se les da a estos fondos, que se trata de bienes destinados a ser utilizados en el desempeño de funciones militares y no sujetos por tanto a medidas de ejecución de carácter coercitivo, pues no es posible deslindar exactamente qué fondos de los utilizados por los militares son propiamente utilizados con estos fines y cuáles no, esto es, llevaría en la práctica al absurdo el tratar de distinguir dentro de la misma cuenta para declarar embargable una parte sí y otra no según se destinaran a, siguiendo los razonamientos de la resolución combatida, a vehículos de uso militar o uniformes de obligado uso que se declararían inembargables, y los que sí lo serían al ser destinados por ejemplo a limpieza u otras actividades menores, pues una*

vez utilizados por el personal militar establecido en la Base Naval de Rota para el desenvolvimiento de sus actividades en ella, debe concluirse que es una cuenta destinada a un uso oficial, un bien destinado a ser utilizado en el desempeño de funciones militares, pues en definitiva todas están interrelacionadas y por tanto no sujeto a medidas de ejecución de carácter coercitivo, circunstancias todas ellas que nos llevan a la estimación del recurso en este punto y consiguiente desestimación de la impugnación contra el mismo formulada por la representación procesal de Montasa-Montajes e Instalaciones Industriales, S. A. que tenía por objeto la inmediata ejecución del auto que se revoca con incidencia como más adelante se dirá en las costas de ambas instancias.

**[Auto Audiencia Provincial Cádiz núm. 42/2004 (Jurisdicción Civil, Sección 3.ª), de 8 de noviembre de 2004. Ponente: Ilma. Sra. D.ª Ana María Rubio Encinas.]**

F.: Aranzadi (Westlaw), JUR 2005/78178

2006-13

#### *Fundamentos de Derecho*

*Tercero.—En cuanto al fondo del asunto, el auto recurrido desestima el recurso de reposición con base en que si bien es cierto que al requerimiento efectuado por el Juzgado a la parte apelante a efectos de que presentara relación de bienes y derechos suficientes para cubrir la cuantía de la ejecución, a lo que contestó que no tenía en territorio español ningún bien susceptible de traba o embargo, ya que todos sus bienes en España se hallan afectos al ejercicio de funciones soberanas y no se encuentran por tanto sujetos a ejecución por parte de Tribunales españoles, también es cierto que determinar qué bienes son susceptibles de embargo no es una función que corresponda al ejecutado sino al órgano judicial. Tales razonamientos deben ser respaldados en esta alzada, pues como recoge el auto de esta Sección de esta misma fecha, rollo de apelación 22/2004 (JUR 2005, 78178), «acerca de la inembargabilidad de bienes de Estados extranjeros y de la inmunidad de ejecución de los Estados que se contempla en el artículo 21 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1578, 2635) y partiendo de que la inmunidad no es absoluta sino relativa, se ha pronunciado el Tribunal Constitucional entre otras en sentencia de 29/11/94 SIC en el sentido de que el órgano jurisdiccional es el que debe determinar la existencia de bienes del Estado demandado inequívocamente destinados al desenvolvimiento de actividades económicas en las que dicho Estado, sin hacer uso de su potestad de imperio actúa en la misma manera que un particular y a los que no alcance la inmunidad específica de las misiones diplomáticas». Y la STC Sala 2.ª de 1 de julio de 1992 (RTC 1992, 107), señala que «Corresponde en cada caso al Juez ejecutor determinar, conforme a nuestro ordenamiento, de entre los bienes de los que sea titular específicamente el Estado extranjero en nuestro territorio, cuáles están inequívocamente destinados al desenvolvimiento de actividades económicas en las que dicho Estado, sin hacer uso de su potestad de imperio, actúa de la misma manera que un particular». Por todo ello, procede la confirmación del auto recurrido, con desestimación del recurso de apelación interpuesto.*

**[Auto Audiencia Provincial Cádiz núm. 43/2004 (Jurisdicción Civil, Sección 3.ª), de 8 de noviembre de 2004. Ponente: Ilmo. Sr. D. Miguel Ángel Feliz y Martínez.]**

F.: Aranzadi (Westlaw), JUR 2005/78179.

## V. ÓRGANOS DEL ESTADO PARA LAS RELACIONES INTERNACIONALES

2006-14

### **DERECHO DIPLOMÁTICO Y CONSULAR: Estatuto jurídico de las Embajadas.**

*Primero.—Vistos los artículos [...] 22 y 31 del Convenio de Viena de Relaciones Diplomáticas de 18 de abril de 1961 (RCL 1968, 155, 641); 31 y 43 del Convenio de Viena de Relaciones Consulares de 24 de abril de 1963 (RCL 1970, 395) [...].*

*[...]*

*Cuarto.—Frente a esta conclusión no puede invocarse que las Embajadas y Consulados extranjeros en España gozan del privilegio de extraterritorialidad. Tales Embajadas y Consulados forman parte integrante del territorio español, una vez que esa antigua ficción de la extraterritorialidad ha sido sustituida en el Derecho Internacional Público por los conceptos de inviolabilidad e inmunidad.*

**[Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 1 de junio de 2005]. En el mismo sentido vid. Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, núm. 4/2004, de 19 de enero; y Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, núm. 2/2004, de 8 de julio.**

F.: Aranzadi (Westlaw).

2006-15

### **AGENTE DIPLOMÁTICO O FUNCIONARIO CONSULAR.—Concepto legal y personas comprendidas.**

#### *Fundamentos de Derecho*

*Cuarto.—Por tanto el problema en el presente caso se centra en determinar si la cónyuge del recurrente tiene la condición de funcionaria diplomática o consular lo que, en caso afirmativo, supondría atribuir a aquél, por vía de ficción legal, la condición de residente legal en España. El criterio de esta Dirección General es coincidente con el mantenido por el Encargado del Registro, es decir, se considera, a efectos de nacionalidad, que la condición de funcionario diplomático o consular, no es atribuible con carácter general a los funcionarios o contratados laborales españoles que presten servicios en Embajadas o Consulados españoles, sino sólo a aquellos investidos de estatus privilegiado diplomático, el cual no concurre en la cónyuge española del interesado.*

*En efecto, el concepto de «funcionario diplomático o consular español acreditado en el extranjero» comprende a los miembros del servicio extranjero investidos de status privilegiado, pero no a cualquier empleado de la Embajada o Consulado (interinos, contratados laborales, funcionarios no pertenecientes al Grupo A, etc.). Es verdad que el ámbito subjetivo así delimitado hoy tiene contornos indefinidos por la variedad de categorías, Cuerpos y Escalas a que pueden pertenecer los funcionarios españoles destinados, destacados o ads-*

*critos al servicio exterior de España, acreditados no ya ante terceros Estados, sino también ante Organismos internacionales, sean supranacionales (principalmente la Unión Europea) o intergubernamentales, así como aquellos otros funcionarios españoles que se encuentran adscritos no al servicio de ninguna representación española en el extranjero, sino que actúan investidos de representación diplomática atribuida directamente por ciertos Organismos Internacionales.*

[...]

*Quinto.—En la situación actual cabría optar por alguna de las siguientes alternativas:*

a) *ampliar los supuestos legalmente previstos en que los cónyuges de funcionarios españoles acreditados en el extranjero, sea en representación del servicio de España en el extranjero, aún no estando adscrito a Misiones diplomáticas o a Agencias consulares, sea en representación de Organismos Internacionales en sus diversas categorías, tienen la condición de residentes legales en España; b) utilizar la analogía como vía interpretativa de resolución, lo que podría resultar viable en algunos casos (agregados comerciales, culturales, etc.), pero no en otros (funcionarios al servicio directo de Organismos Internacionales); o c) acudir a la vía de la carta de naturaleza para los supuestos que se puedan plantear no comprendidos actualmente en el artículo 22 núm. 3 del Código Civil (LEG 1889, 27), a semejanza de lo que ocurría durante la vigencia de la Ley 51/1982 (RCL 1982, 2030) para los cónyuges de funcionarios diplomáticos o consulares españoles acreditados en el extranjero*

*En cualquier caso, la primera de las opciones requiere la previa actuación del legislador, no pudiendo hacer este Centro Directivo por vía de interpretación lo que requiere intervención del Parlamento de la Nación. La segunda de las opciones apuntadas, la de la analogía, podría acaso resultar admisible, sin necesidad de prejuzgar ahora definitivamente este extremo, respecto de los «funcionarios asimilados» a los miembros de la carrera diplomática por referencia a los que tienen tal carácter bien en las normas orgánicas y estatutarias del personal funcionario del Ministerio de Asuntos Exteriores, bien por referencia a los funcionarios asimilados a los agentes diplomáticos y funcionarios consulares a efectos de la legislación de extranjería. Así, v. gr. el artículo 2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero (RCL 2000, 72, 209), sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social, y sus reformas posteriores, que asimilan a aquellos funcionarios a los demás miembros de Misiones diplomáticas permanentes o especiales o de las Delegaciones ante los Organismos intergubernamentales o Conferencias internacionales que tengan su sede en España, que estén exentos de las obligaciones relativas a su inscripción como extranjeros y a la obtención del permiso de residencia. Para los propósitos de la cuestión ahora estudiada la perspectiva sería la inversa: status privilegiado de los funcionarios españoles en el extranjero [pasaporte internacional, exención de permiso de residencia, inmunidad de jurisdicción, etc. —vid. artículos 41, 43 y 44 del Convenio sobre Relaciones Consulares, hecho en Viena el 24 de abril de 1963 (RCL 1970, 395)—]. Pero en cualquier caso esta posibilidad quedaría vedada respecto del personal funcionario o laboral no asimilado. Por todo ello, en el presente supuesto, la única alternativa, y dada la residencia del matrimonio en el extranjero, sería, si concurren los presupuestos legales exigidos a tal fin, la de la solicitud de la nacionalidad española por la vía de la carta de naturaleza.*

**[Resolución Dirección General de los Registros y del Notariado núm. 2/2005, de 24 de junio. Jurisdicción: vía administrativa.]**

F.: Aranzadi (Westlaw), RJ 2005/9772.

## VI. DERECHOS HUMANOS

2006-16

**ASILO.-RECONOCIMIENTO: Persecución procedente de bandas mafiosas ucranianas con ramificaciones e intereses en el poder: persecución social.***Fundamentos de Derecho*

*Tercero: (...) Acerca de la realidad de la persecución de la familia Bárbara Luis Enrique Gaspar por mafias que operan en Ucrania, basta remitirnos a los hechos que declara probados la propia sentencia recurrida, que la deduce con toda lógica de artículos de prensa que aparecieron en el país de procedencia sobre la concreta situación de esta familia y de un anónimo con amenazas de muerte.*

*Pero acerca de la naturaleza de esas mafias la Sala de instancia no dice nada, y por ello, utilizando la facultad de integrar hechos, hemos de remitirnos nosotros al informe del instructor que obra en el expediente administrativo, que es de capital importancia [art. 88-3 de la Ley Jurisdiccional 29/98 (RCL 1998, 1741)]. Este informe dice literalmente lo siguiente:*

*«Los motivos alegados en la presente petición no tienen cabida, por su propia naturaleza, en los supuestos previstos en la C.G. 51, pues se trata lisa y llanamente de una persecución por bandas mafiosas. Así lo dice claramente el solicitante cuando relata cómo al abrir un negocio enseguida aparecieron jóvenes que le pedían el 20 por 100 de sus ingresos para pagar su “protección”, una práctica claramente mafiosa.*

*Y a ésto responden los hechos de que es víctima el solicitante: extorsión, chantaje, amenaza de secuestro de su hijo, negocio y domicilio asaltados...*

*Es muy interesante tener en cuenta lo que ocurre en las antiguas repúblicas soviéticas, ya que el solicitante es un buen ejemplo de ello: la aparición de poderosas bandas mafiosas que en muchas ocasiones ocupan el lugar del Estado, pues tienen muchas ramificaciones e intereses en el poder, creando una tupida red de intereses comunes (las relaciones establecidas entre el delincuente P.V. de la presente solicitud y la policía local es un buen ejemplo de ésto, y cómo surgen grupos autodenominados “movimientos” o “partidos” políticos que en realidad no son más que la cobertura de estas estructuras mafiosas, así en el presente caso la “Joven Ucrania”) de tal manera que a veces es difícil distinguir dónde comienza la actividad del Estado y dónde empieza la actividad de la mafia.»*

*Este informe es sumamente revelador, pues hace surgir al menos indicios de que la demostrada persecución que sufre la familia Gaspar Bárbara Luis Enrique se lleva a cabo por elementos de los que se admite la posibilidad de que tengan relación con el Estado, y que tiene su causa en la condición de empresario del Sr. D. Luis Enrique.*

*Se trata entonces de una persecución protegible a través del asilo, según lo disponen los artículos 3 y 8 de la Ley 5/1984 (RCL 1984, 843) (en su modalidad de persecución social), preceptos que, en efecto, han sido infringidos por la resolución ahora impugnada y por la sentencia que la confirmó.*

*Procede, en consecuencia, declarar haber lugar al recurso de casación, revocar la sentencia impugnada y resolviendo la cuestión tal como está planteada [artículo 95-2-d) de la Ley Jurisdiccional 29/1998 (RCL 1998, 1741)] estimar el recurso Contencioso-Administrativo y reconocer el derecho de los demandantes al asilo solicitado.*

**[Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 5.ª), 21 de junio de 2005. Ponente: Sr. D. Pedro Jose Yagüe Gil.]**

F.: Aranzadi (Westlaw), RJ 2005/6464.

2006-17

**ASILO.—RECONOCIMIENTO: Persecución procedente de la guerrilla colombiana. Irrelevante que la persecución no provenga de las autoridades del Estado. Suficiente con el hecho de que el Estado no pueda proteger al perseguido.**

*Fundamentos de Derecho*

*Segundo.—La parte actora destaca como primer motivo impugnatorio el hecho de que el hermano del recurrente fuese asesinado a manos de la guerrilla cuando ostentaba el cargo del Presidente de la Sala del Consejo Municipal. También destaca su vinculación a un Grupo de riesgo, la Junta de Acción Comuna y la situación de conflicto que se le generó tras sospechar la guerrilla su colaboración con el Gobierno.*

*Datos todos ellos que resultan al menos indiciariamente acreditados y que permiten concluir que el temor del demandante está objetivamente fundado. No es exigible una prueba plena sobre la situación invocada, pero sí, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2000 en el recurso de casación 10.671/1998, una «razonable certeza» sobre el relato fáctico presentado, entendiendo el Tribunal Supremo que «solo puede establecerse la certeza cuando el enlace entre el hecho indicio y el hecho a deducir sea preciso y directo según las reglas del criterio humano». En este sentido hay que destacar además de la situación de violencia generalizada existente en la zona de la región nororiental del Cauca, donde residía su familia, que a su petición acompaña noticias de prensa relativas a la muerte de su hermano, certificados del Párroco y Personero de Caldono, certificado de defunción de su hermano.*

*No desvirtúa la conclusión anterior que las amenazas no tengan su origen en una persecución por parte de las autoridades de su país, Colombia, pues basta con que el Estado no pueda proteger a aquel que pueda ser perseguido por otros grupos diferentes al que pertenezca la persona que se siente perseguida.*

*En este sentido el informe de la instrucción reconoce que «el solicitante realiza un relato amplio y relativamente detallado en lo que respecta a su hermano y a las obras que junto con él desarrollaron en la región». Ciertamente es que a continuación señala la instructora que el relato es vago e impreciso respecto a las amenazas recibidas con posterioridad a la muerte de su hermano, pero tal afirmación debe ser puesta en relación con la actividad conjuntamente realizada con su hermano, que permite inducir una razonable justificación y certeza en las amenazas que están reconocidas en el certificado expedido por el personero municipal de Caldono (Cauca).*

*Por otra parte tampoco resulta razonable atribuir la salida de Colombia a razones socioeconómicas, como señala la Instructora del expediente. El informe del Cura Párroco de Caldono permite descartar esta posibilidad cuando señala que la familia a la que pertenece el actor «es solidaria con los más necesitados “y que” toda la comunidad los extraña y rechaza el hecho de que hayan tenido que desplazarse a otro sitio», sin olvidar también que el recurrente en junio de 1996 (un año antes de la muerte de su hermano ocurrida en junio de 1997) había adquirido una amplia extensión de terrenos a un hermano suyo. Extremos todos ellos que alejan la idea de que el solicitante de asilo se encontrase en una situación económica determinante de su salida del país.*

**[Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 8.<sup>a</sup>), de 28 de junio de 2005. Ponente: Sr. D. Jose Luis Sánchez Díaz.]**

F.: Aranzadi (Westlaw), JUR 2005/244618.

**Nota:** De conformidad con lo dispuesto en la Convención de Ginebra sobre el estatuto de los refugiados, de 28 de julio de 1951, y en la legislación española que regula el derecho de asilo, procede reconocer la condición de asilado cuando quien lo solicita puede aportar indicios suficientes de haber sido sometido a persecución, o tener un fundado temor de ser sometido a ella por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas. La persecución ha de proceder de las autoridades oficiales del Estado, o de sujetos distintos, siempre y cuando se trate de personas que actúan con la autorización o con la connivencia de aquellas, o simplemente, cuando los poderes públicos permanezcan inactivos ante tales persecuciones. Las sentencias objeto del presente comentario se refieren, precisamente, a sendos supuestos de persecución procedente de sujetos distintos a las autoridades oficiales del Estado.

En el primero de los casos, nos encontramos, según se considera probado en la sentencia, ante la persecución procedente de mafias que operan en Ucrania. Si bien la Audiencia Nacional había procedido a denegar el asilo a los solicitantes, tras afirmar que la persecución a la que estaban siendo sometidos no procedía del Estado, el Tribunal Supremo casa la sentencia basándose para ello en el informe elaborado por el instructor –informe que se reproduce la sentencia– según el cual las bandas en cuestión «en muchas ocasiones ocupan el lugar del Estado, pues tienen muchas ramificaciones e intereses en el poder», por lo que «a veces es difícil distinguir dónde comienza la actividad del Estado y dónde empieza la actividad de la mafia». Afirmaciones sin duda controvertidas que llevan al Tribunal Supremo a considerar como suficientes los indicios de que la probada persecución a la que se vio sometida la familia solicitante de asilo se llevó a cabo por «elementos de los que se admite la posibilidad de que tengan relación con el Estado y que tiene su causa en la condición de empresario» del solicitante. En el segundo de los casos, nos encontramos ante un supuesto en el que la persecución procede de la guerrilla colombiana, circunstancia que a juicio de la Audiencia Nacional no desvirtúa por sí sola el derecho a beneficiarse del estatus de asilado, pues es suficiente con el hecho de que «el Estado no pueda proteger a aquel que pueda ser perseguido por otros grupos diferentes al que pertenezca la persona que se siente perseguida». A juicio del Tribunal esa sería la situación de don Sergio, solicitante de asilo, como consecuencia de la persecución a la que estuvo sometido por la guerrilla colombiana. Esta sentencia es una excepción respecto de otros muchos casos en los que la solicitud de asilo procede de nacionales colombianos, supuestamente perseguidos por la guerrilla, y en los que la respuesta ofrecida por la Audiencia Nacional ha sido la opuesta, en la mayoría de los casos por considerar que no se aportaban elementos de prueba suficientes de encontrarse *personalmente* sometidos a tal persecución, por lo que no se admite a trámite la solicitud o se deniega esta última (cfr. en este sentido, entre otras muchas las sentencias de la Sala 1.ª de lo contencioso administrativo de la Audiencia Nacional, de 24 y 29 de junio de 2005, *Aranzadi Westlaw*, JUR 2005/244659, JUR 2005/238379, JUR 2005/238366, JUR 2005/2383376). Por otra parte, queda descartado el reconocimiento del asilo si la persecución no procede del Estado, bajo ninguna de las modalidades señaladas. Así lo demuestra la inadmisión a trámite de las solicitudes de asilo en los supuestos en los que el temor de persecución o las amenazas proceden, por ejemplo, del propio entorno familiar. La Audiencia Nacional ha afirmado, por ejemplo, que «las amenazas y la persecución que (el solicitante) alega por parte de su padre no constituye una persecución en los términos que establece la Convención de Ginebra ya que el quedarse embarazada no constituye un delito y, además, en Lagos (lugar en el que los hechos tienen lugar), no se aplica la Sharia, por lo que pudo obtener la protección de las autoridades de su país, caso de haberla necesitado por cuanto no promueven, autorizan ni permanecen activas ante dichos hechos que no constan que fueran denunciados en ningún momento» (cfr. sentencia dictada por la sección 1.ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, 19 de enero de 2005. F.: *Westlaw Aranzadi*, JUR 2005/226427)

M.ª Dolores BOLLO AROCENA

2006-18

**ASILO.—RECONOCIMIENTO: Persecución por motivos políticos en Mauritania.***Fundamentos de Derecho*

*Cuarto.—En el caso de autos se ha aportado al expediente administrativo recortes de prensa donde se hace referencia a la detención del solicitante de asilo y se alude a las torturas sufridas, intercambios de correos electrónicos con opositores mauritanos establecidos en Francia, documentos de apoyo de la ONG S.O.S Esclaves Mauritanie y panfletos del grupo al que pertenecía.*

*A la vista de dicha documentación, la instrucción considera acreditado que el solicitante de asilo fue arrestado por las autoridades de su país el 22 de diciembre de 2000 siendo puesto en libertad sin cargos el 1 de enero de 2001, sin embargo aduce, que no consta ni el solicitante aporta documento alguno que explique porque le dejaron en libertad sin cargos a los once días de su detención, por lo que considera que tal vez pudo tratarse de un error, ya que una vez puesto en libertad no aparece en ningún artículo ni se le vuelve a mencionar lo que no ocurre con la otra persona que fue detenida con él Lamhaba Walad Abadi, que sí fue entrevistada para hablar del «grupo secreto» y la detención.*

*No comparte la Sala la argumentación de la instrucción, por cuanto de la documentación aportada al expediente administrativo se constata que el solicitante de asilo fue detenido por la policía cuando se hallaba en unión de otro compañero (Lamhaba Walad Abadi) perteneciendo ambos al mismo grupo u organización «Adelante», siendo puestos en libertad en las mismas fechas, de lo que en un juicio de inferencia lógico y razonable se colige que las razones que motivaron la detención de ambos son las mismas y son las expuestas por el solicitante de asilo, de índole política. En esta línea señalar que en la documentación aportada se hace referencia a la detención del hoy demandante al que se le califica –folio 4.15– de «joven militante de la oposición radical». El hecho de que acudiera su compañero y no él a hablar de su detención a los medios de comunicación resulta intrascendente, como acertadamente pone de relieve el ACNUR –folios 7.3 y 7.4– en su informe.*

*Por otra parte, el hecho de que el solicitante de asilo no fuera militante de ninguno de los partidos de oposición que existen en su país y milite en «asociaciones secretas» o «grupos de amigos», con lo que la instrucción trata de poner de relieve su perfil opositor bajo, no parece –como pone de relieve el ACNUR– razón suficiente para dudar de su activismo político, pues de hecho, las autoridades mauritanas lo detuvieron por motivos políticos.*

*También se razona por la instrucción que el solicitante de asilo viajó a España en el año 2000 y regresó a su país demostrando que no albergaba temor alguno, que ha sido detenido sólo una vez y que abandonó el país legalmente con su pasaporte.*

*Respecto del viaje a España en el año 2000 para visitar a su madre, que reside al parecer en Las Palmas, decir que ese viaje se produjo con anterioridad a su detención, siendo esa detención, las torturas que dice haber sufrido durante la misma y la necesidad de mantener sus actividades políticas, razones suficientemente graves e importantes, como pone de relieve el ACNUR, para abandonar el país.*

*En cualquier caso, el ACNUR que ha informado favorablemente a la concesión de la protección otorgada por el Estatuto de Refugiado, estima que la correcta valoración del temor fundado del interesado conlleva tener en cuenta la información actual sobre Mauritania y también considerar las actividades políticas realizadas por el solicitante en Francia, tras su salida de Mauritania.*

*En relación con la situación actual de Mauritania, señala el ACNUR que en todos los informes de Derechos Humanos consultados por dicha Delegación se mencionan los abusos*

*del actual régimen mauritano: arrestos arbitrarios de opositores políticos, malos tratos y torturas de detenidos (lo que no viene sino a dotar de verosimilitud al relato del solicitante), censura de la información y subsistencia de la esclavitud.*

*Por lo que se refiere a las actividades políticas del solicitante en Francia, se alude a su intervención en distintos debates y conferencias en los que participó denunciando el régimen mauritano, la existencia de la esclavitud, las torturas y la falta de libertades.*

*En opinión del ACNUR, con estas actividades estaría demostrando su implicación política y, al mismo tiempo, señalándose aún más ante las autoridades mauritanas, con todos los riesgos que ello implica.*

*En esta línea hay que reseñar que, si bien cuando salió de su país el 28 de mayo de 2001 vino a España, a Gran Canaria donde reside su madre, sin embargo su intención no era quedarse en España con su madre, sino ir a Francia donde están la mayor parte de sus compañeros exilados, marchando allí el 16 de junio de 2001 donde pidió asilo, lo que no viene sino a reforzar la entidad e importancia de su activismo político.*

*Se ha conseguido, en suma, constatar razonablemente la existencia de un hecho de entidad que constituye un atentado grave a los derechos humanos como es la detención con torturas sufrida por motivos políticos, y la existencia en el solicitante de fundados temores de ser perseguido debido a su activismo político en contra del Gobierno de su país, activismo que, como hemos visto, ha proseguido estando fuera de Mauritania, lo que le significa aún más ante las autoridades mauritanas y aumenta el riesgo o temor fundado a ser perseguido en su país por ese activismo político en contra del Gobierno.*

*Lo anterior, en opinión de la Sala, constituye un supuesto de asilo por concurrir una de las causas para la obtención de la condición de refugiado establecida en el artículo 1.A de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951, sobre el Estatuto de los Refugiados.*

**[Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1.<sup>a</sup>), de 1 de junio de 2005. Ponente: Sra. D.<sup>a</sup> Luz Lourdes Sanz Calvo.]**

F.: JUR 2005/245239.

2006-19

**ASILO.-RECONOCIMIENTO: Persecución por pertenencia a un grupo étnico y nacional, por grupos distintos a las autoridades oficiales del Estado.**

#### *Fundamentos de Derecho*

*Cuarto.-Visto el contenido del acto impugnado en autos, esto es, la denegación de la petición de asilo formulada por no apreciarse la existencia de temores fundados de persecución en su país de origen, y en el que se ha considerado que los actos de persecución han sido esporádicos y de escasa gravedad, así como la documental aportada por la recurrente, la Sala sin embargo, discrepa de la decisión adoptada por la Administración, admitiendo que la persecución de unos ciudadanos pueda provenir de grupos no gubernamentales distintos de un Estado [SAN de 21 de febrero de 2003 (JUR 2004, 106799) ó 25 de febrero de 2004 (JUR 2004, 133212) por todas]. Y lo cierto es que en autos concurre la prueba indiciaria legalmente exigida acerca de que en el caso concreto de autos esa persecución alegada por el actor ha existido, sin que conste en autos que los ciudadanos caucásicos como los recurrentes, hayan obtenido la suficiente protección por parte de las autoridades rusas, conforme a lo expuesto en anteriores fundamentos jurídicos. Y es así que concurre de forma particularizada esa situación de persecución en los recurrentes, lo que ha puesto de relieve tanto el informe favorable*

del ACNUR de 17 de diciembre de 2003 como el video aportado, las fotografías, parte médico y denuncia por lesiones, como la certificación de las detenciones padecidas a las que se refiere el actor. Y es así que tal persecución en modo alguno puede calificarse de mínima entidad o esporádica como indicaba el informe del instructor, pues el temor que pueda padecer el recurrente se halla fundado conforme a los datos anteriormente indicados, lo que responde al artículo 3.1 de la Ley 5/1984 (RCL 1984, 843) de asilo y a la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 (RCL 1978, 2290, 2464), no pudiendo exigirse a un ciudadano y su familia que padezca estoicamente actos conminatorios y amenazantes de persecución de forma reiterada para que puedan ser protegidos por la Convención ginebrina, sin que por otro lado, se haya revelado como suficiente cualquier otro medio de protección posible en favor del recurrente y de su familia.

En suma, la pertenencia del actor y su familia a un grupo étnico (caucásico), y nacional de origen (georgiano), aunque después haya adquirido la nacionalidad rusa, ha supuesto el padecimiento de una situación de persecución en su país de residencia que obligan a que se estime el presente recurso, se anule la resolución impugnada y se reconozca a los actores la condición de refugiados con todos los efectos favorables, sin necesidad de entrar en las demás alegaciones expuestas por el actor.

**[Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 4.ª), de 18 de mayo de 2005. Ponente: Javier Eugenio López Candela.]**

F.: Aranzadi (Westlaw), RJCA 2005/1025.

2006-20

**ASILO.–RECONOCIMIENTO: Persecución por motivos sociales (pertenencia a una familia acaudalada en Colombia). Inexistencia viable de alternativa de huida interna.**

#### *Fundamentos de Derecho*

Cuarto.–(...) En este sentido, cabe señalar que la recurrente ha aportado el material probatorio suficiente para acreditar que ha sufrido en su entorno personal inmediato y directo una persecución de las características exigidas por la legislación vigente para que les sea concedido el asilo solicitado, ocurrida a lo largo de varios años, padeciendo un fundado y razonable temor de sufrir agresiones personales graves en su propio país, Colombia, como consecuencia de la situación de inestabilidad y violencia allí existente.(...)

Por lo demás, la actora era una persona apreciada por las autoridades y los vecinos, según se desprende de los documentos aportados. Este dato, a juicio de la Sala, es trascendente para otorgar también credibilidad al relato efectuado, pues debe valorarse adecuadamente el hecho de que una persona que en Colombia tiene propiedades y una actividad mercantil estable esté dispuesta a abandonar su país para marcharse a otro con su familia, en la medida en que, en buena lógica, esta importante decisión debe obedecer a una razón poderosa.

En consecuencia, la Sala estima que en este caso aparece con toda evidencia la necesidad de protección de la recurrente ante la realidad y vigencia de una persecución personal en su país, Colombia, por causa prevista en la legislación aplicable en materia de asilo, sin que frente a esta conclusión quepa oponer la posibilidad de rechazar el asilo por la existencia de una alternativa viable de huida interna, en el propio país de origen de la recurrente, alternativa que debe ser descartada –como hicimos recientemente en la Sentencia dictada en el recurso 272/03– por cuanto que, con base en el Informe del ACNUR de septiembre de 2002, titulado «Consideraciones sobre la protección internacional de los solicitantes de asilo y de los refu-

*giados colombianos», puede afirmarse, por una parte, que no son de apreciar actualmente áreas o zonas libres de riesgo en el país, y, por otra, que la mención de esta posibilidad exige que quien la realiza proporcione los datos necesarios que acrediten la existencia de la misma y, por tanto, que dicha alternativa sea susceptible de proporcionar una protección real y eficaz y que no obligue al desplazado a un sacrificio desproporcionado, como el que resultaría de trasladarse a un núcleo urbano saturado de personas en una situación similar a la suya, donde las condiciones de vida resulten sumamente difíciles y donde se encuentren asimismo otros desplazados por amenazas de un grupo contrario al que causó la huida de aquéllos, que pueden representar un nuevo peligro real por las mismas razones que determinaron el abandono precipitado del lugar en que vivían».*

*Por tanto si el relato de la hermana ha de estimarse como coherente y verosímil en cuanto a los hechos y como fundado y razonable en un temor de persecución personal en cuanto a lo jurídico, estas conclusiones son igualmente trasvasables a su hermano hoy recurrente, pues la resolución recurrida solo afirma la inverosimilitud sobre la base de contradicciones con el relato de la primera resultado ambos coincidentes en lo sustancial de la persecución al grupo familiar.*

*Por lo expuesto, procede estimar el recurso interpuesto, anular la resolución impugnada por su disconformidad a Derecho, y declarar el derecho de la recurrente a que le sea otorgado el asilo político solicitado.*

**[Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3.ª), de 13 de enero de 2005. Ponente: Sra. D.ª Isabel García García-Blanco.]**

F.: Aranzadi (Westlaw), JUR 2005/209136.

**Nota:** La persecución, como causa que genera el derecho de una persona a recibir asilo en el territorio de un tercer Estado, puede deberse a motivos «de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas». Las sentencias que acabamos de extractar reconocen el derecho de asilo a personas perseguidas en distintos países y por distintos motivos: motivos políticos (Mauritania), pertenencia a grupo étnico y nacional (Rusia), por motivos sociales (Colombia y Ucrania). Otras motivaciones, como las meramente económicas, o la conflictividad interna en el país de origen conllevan la inadmisión a trámite de la solicitud o la denegación de la misma si no va acompañada de indicios de que el solicitante pudiera sufrir persecución por los motivos arriba señalados (cfr. en este sentido la sentencia de la sección 1.ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, 29 de junio de 2005, o la del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 5.ª, de 21 de junio de 2005)

M.ª Dolores BOLLO AROCENA

2006-21

**ASILO.-RECONOCIMIENTO: No necesidad de una prueba plena sino una prueba indiciaria o indicios suficientes.**

*Fundamentos de Derecho*

*Sexto.-En apoyo de su petición el interesado presentó: 1.º Carnet del partido comunista; 2.º Nombramiento de inspector en el Departamento de Asuntos Internos de Comité Ejecutivo de la región de Masir; 3.º Cartilla militar, donde consta haber sido destinado al*

*Comisariado Militar del Distrito de Sovetski de Ereván; 4.º Solicitud de expediente del Capitán de Reserva Arytynian Serguei Secgueyevich.; 5.º Documento de entrega de la pistola «Makarov», 7051 y diversa munición.*

*Desde luego, ninguno de estos documentos prueba plenamente por sí solo la veracidad del relato que hizo el solicitante; como puede comprenderse, muchos de esos hechos, terribles pero no increíbles, no quedan reflejados en documentos, porque de las atrocidades no suele dejarse constancia. Sin embargo algunos de los hechos relatados eran de fácil comprobación por la Administración por tratarse de sucesos que, a buen seguro, tuvieron publicidad. Sin embargo, la Administración no sólo no realizó los pertinentes actos de averiguación, sino que ni siquiera se refirió a esos hechos en su resolución, bastándole para denegar el asilo con los argumentos de que los solicitantes habían salido de su país en forma legal y provistos de pasaportes (lo que, desde luego, no excluye de forma absoluta la persecución) y de que los hechos son poco verosímiles (afirmación que carece de fuerza persuasiva proviniendo de quien, como la Administración, no ha realizado acto alguno de comprobación).*

*Pero todos estos documentos presentados por los interesados hacen aflorar lo único que exige el artículo 8 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo (RCL 1984, 843), 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 solicitante cumple los requisitos a que se refiere el artículo 3-1 de la misma.*

*La Sala de instancia no hace referencia alguna ni a los hechos en que el interesado basó su petición ni a los documentos que presentó, y, de esa forma, infringió los preceptos que se alegan como infringidos, porque de haberla hecho hubiera descubierto los modestos pero suficientes indicios para estimar el recurso Contencioso-Administrativo, que es lo que nosotros haremos en esta sentencia [artículo 95-2-d) de la Ley 29/98 (RCL 1998, 1741)].*

**[Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 5.ª), de 29 de marzo de 2005. Ponente: Sr. D. Pedro José Yagüe Gil.]**

F.: Aranzadi (Westlaw), RJ 2005/6335.

En el mismo sentido

**[Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 5.ª), de 29 de marzo de 2005. Ponente Sr. D. Pedro José Yagüe Gil.]**

F.: Aranzadi (Westlaw), RJ 2005/3120.

**[Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 5.ª), de 29 de marzo de 2005. Ponente: Sr. D. Pedro Jose Yagüe Gil.]**

F.: Aranzadi (Westlaw), RJ 2005/6335.

2006-22

**ASILO.–REVOCACIÓN: Como consecuencia de la comisión de dos delitos contra la salud pública en España por parte del beneficiario del asilo.**

*Fundamentos de Derecho*

*Quinto.–Al actor se le concedió en su momento derecho de asilo, al serle de aplicación, todo lo hasta aquí expuesto, para la concesión de dicho derecho, pero vistas las condenas del*

*mismo como autor responsable de dos delitos contra la salud pública, extremo este que durante la tramitación del recurso, el mismo negó, es evidente que nos hallamos en presencia del supuesto de revocación de la condición de asilado, prevista en el artículo 20.d) de la Ley 5/1984 (RCL 1984, 843), que se aprecia en la resolución del Consejo de Ministros impugnada y ello por cuanto después de haber obtenido la concesión del derecho de asilo, incurrió en causa de privación de la condición de asilado prevista en Convenio Internacional, en concreto la antes citada Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 (RCL 1978, 2290, 2464), cuyo artículo 1 en su apartado F) antes transcrito expresamente señala que las disposiciones de dicha Convención no serán aplicables a los que hubieran cometido un grave delito común, como sin duda lo son los delitos contra la salud pública por los que fue condenado el actor.*

*Es cierto que dicho apartado F) hace referencia a la comisión de graves delitos comunes fuera del país de refugio, pero tal referencia la hace a la comisión del hecho delictivo, antes de ser admitido en él como refugiado, por lo que ninguna duda hay de que una vez admitido como refugiado en España el Sr. Jesús Manuel, y habiéndosele concedido el derecho de asilo, la comisión de dos graves delitos comunes contra la salud pública, cometidos en España y enjuiciados y sentenciados por las autoridades españolas, le incardinan de plano en el ámbito del artículo 1.F) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y hacen que resulte plenamente ajustada a Derecho, la argumentación contenida en el Acuerdo del Consejo de Ministros que certeramente le revoca la concesión de asilo en aplicación del artículo 20.d) de la Ley 5/1984, Reguladora del Asilo, en relación con el artículo 3.4.b) de la misma Ley que fija como causa de denegación de aquel –lo que le hace extrapolable a la revocación– la comisión de un delito común grave, en los términos que anteriormente se han transcrito. A la vista de lo expuesto, procede la desestimación del recurso Contencioso-Administrativo interpuesto.*

**[Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6.ª, de 27 de mayo de 2005. Ponente: Sra. D.ª Margarita Robles Fernández.)**

F.: Aranzadi (Westlaw), RJ 2005/4418.

**Nota:** El interés de la sentencia objeto de las presentes líneas se encuentra en el hecho de tratarse de un supuesto de revocación de la condición de asilado. La particularidad reside en la circunstancia de que tanto la Convención de 1951 como la propia Ley 5/1984, modificada por la Ley 9/1994, recogen la posibilidad de revocación de la condición de asilado, por haber cometido un grave delito común fuera del país de refugio y antes de haber sido concedido el asilo [cfr. apartado f) del artículo 1 de la Convención]. Aún cuando D. Jesús fue declarado judicialmente responsable de la comisión de dos delitos contra la salud pública, delitos cometidos en España una vez obtenido el estatuto de asilado, el Tribunal Supremo considera que se trata de una situación subsumible o extrapolable a lo dispuesto en artículo 1, letra f) de la Convención, pues un criterio de congruencia lleva a considerar que las conductas que justifican la denegación del refugio justifican la revocación o la privación del mismo beneficio anteriormente otorgado. Además, la resolución de revocación del asilo se refiere a lo dispuesto en el artículo 32 del Convenio de 1951 que señala la posibilidad de proceder a la expulsión de un refugiado por razones de «seguridad nacional o de orden público», concepto este último en el que, según concluye la administración, cabe incardinar la comisión de un comportamiento delictivo. Todo lo cual, lleva al Tribunal a concluir que el acuerdo adoptado por el Consejo de Ministros revocando la condición de asilado de D. Jesús fue plenamente ajustado a derecho.

M.ª Dolores BOLLO AROCENA

**ASILO.—AUTORIZACIÓN DE PERMANENCIA POR RAZONES HUMANITARIAS:  
País de procedencia: Sierra Leona.**

*Fundamentos de Derecho*

*Tercero.—En contra de lo declarado por la Administración en la resolución impugnada, procede autorizar a la recurrente la permanencia en España por razones humanitarias, según lo establecido en el artículo 17.2 de la Ley de Asilo 5/1984 (RCL 1984, 843), modificada por Ley 9/1994 (RCL 1994, 1420, 1556), por las razones que expresó el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados en el informe que oportunamente emitió a instancia de la propia Administración.*

*Dicho Alto Comisionado (folio 4 del expediente administrativo) propuso en su informe que se aplicase a la demandante, ahora recurrente en casación, lo dispuesto en el referido precepto de la Ley de Asilo porque la situación de Sierra Leona no permite su devolución con las debidas garantías de seguridad, dadas las circunstancias, antes apuntadas, de ese país.*

*Se trata, por tanto, de un supuesto plenamente subsumible en lo previsto por el citado artículo 17.2 de la Ley de Asilo, modificada por Ley 9/1994, en que se debe autorizar la permanencia en España de la recurrente dentro del marco de la legislación de extranjería, razón por lo que la decisión de las Administraciones denegando tal autorización es contraria a Derecho y debe ser anulada, conforme a lo dispuesto en el artículo 63.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), en relación con el artículo 70.2 de la Ley de esta Jurisdicción (RCL 1998, 1741), de manera que procede acceder a la pretensión formulada por la recurrente para que se ordene a la Administración autorizarle su permanencia en España en el marco de la legislación de extranjería, según lo establecido concordadamente en los artículos 33.1 y 71.1 a) y b) de la propia Ley Jurisdiccional, y de acuerdo con las Disposiciones Transitorias segunda y tercera de esta misma Ley 29/1998, de 13 de julio.*

**[Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 5.ª), de 25 de enero de 2005. Ponente: Sr. D. Jesús Ernesto Peces Morate.]**

RJ 2005/1512.

2006-24

**ASILO: AUTORIZACIÓN DE PERMANENCIA POR RAZONES HUMANITARIAS.  
País de procedencia: Colombia**

*Fundamentos de Derecho*

*Sexto.—Se aducen, finalmente en la demanda razones humanitarias a las que se refiere el artículo 17.2 de la Ley 5/1984, que establece «No obstante lo establecido en el número anterior, por razones humanitarias o de interés público podrá autorizarse, en el marco de la legislación general de extranjería, la permanencia en España del interesado cuya solicitud haya sido inadmitida a trámite o denegada, en particular cuando se trate de personas que, como consecuencia de conflictos o disturbios graves de carácter político, étnico o religioso, se hayan visto obligadas a abandonar su país y que no cumplan los requisitos a que se refiere el número 1 del artículo tercero de esta Ley».*

*En el presente caso, valorando las circunstancias puestas de relieve por el ACNUR y que se han constatado de la prueba documental aportada, como son que el solicitante como su*

*compañera gozaban en su país de unos ingresos que les permitía llevar un nivel de vida adecuado, y poseían –Juan María– una finca urbana en Santa Fe de Bogotá que había adquirido en 1999, y que abandonaron para venir a vivir a España, lo que excluye la mera emigración económica; unido a las especiales circunstancias del demandante, como son que su hermano Guillermo, periodista, fue amenazado de muerte por las Autodefensas y tuvo que abandonar el país y exilarse en Estados Unidos, hechos reconocidos en el contexto colombiano y que no se cuestionan tampoco por la instrucción, lo que unido al hecho de haber participado ambos en programas de televisión y compartir el mismo apellido puede generar una cierta confusión con el riesgo que podría entrañar, considera procedente hacer uso de la facultad discrecional otorgada por el artículo 17.2 de la Ley de Asilo, y autorizar la permanencia en España de los solicitantes, por razones humanitarias.*

**[Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1.ª), de 29 de junio de 2005. Ponente: Sra. D.ª M.ª Luz Lourdes Sanz Calvo.]**

F.: Aranzadi (Westlaw), Jur 2005/238373.

En el mismo sentido,

**[Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1.ª), de 9 de marzo de 2005. Ponente: Sra. D.ª Nieves Buisan García.]**

F.: Aranzadi (Westlaw), Jur 2005/214027.

2006-25

### **AUTORIZACIÓN DE PERMANENCIA POR RAZONES HUMANITARIAS.–País procedencia: Costa de Marfil**

#### *Fundamentos de Derecho*

*Tercero.–Cosa distinta sucede en lo que afecta a la pretensión subsidiaria de que se autorice la permanencia en España por razones humanitarias al amparo de lo previsto en el artículo 17.2 de la Ley de Asilo (RCL 1984, 843).*

*Ya hemos dejado señalado que la sentencia de instancia no se adentra a examinar esta cuestión de la posible autorización de permanencia por razones humanitarias porque considera «...que la competencia del Juzgado se limita a la fiscalización de la procedencia o improcedencia de la admisión a trámite de la solicitud de asilo». No podemos compartir esa apreciación pues no cabe excluir que al examinar la solicitud de asilo y la resolución de la Administración el órgano jurisdiccional llegue a la conclusión de que, siendo ajustada a Derecho la inadmisión a trámite de la solicitud de asilo, pueden concurrir sin embargo circunstancias incardinables en el artículo 17.2 de la Ley de Asilo que hagan procedente autorizar la permanencia en España por razones humanitarias.*

*Además, en el caso que nos ocupa no cabe afirmar que la cuestión se haya planteado ex novo en vía jurisdiccional ni que se haya suscitado por primera vez en el recurso de apelación pues ya en vía administrativa esta posibilidad de autorizar la permanencia del solicitante por razones humanitarias fue informada, bien es cierto que desfavorablemente, en el informe/ propuesta de la Instructora del expediente (folio 4.1). Y ya en vía jurisdiccional, pese a haber sido expresamente planteada esta petición en el escrito de demanda, luego ratificado por el*

*Letrado del recurrente en el acto del juicio, la sentencia de instancia no entra a examinarla ni se pronuncia sobre ella siendo así que debió hacerlo por las razones que acabamos de exponer. Así las cosas, habiéndose reiterado esta pretensión en el recurso de apelación, procede que la examinemos y nos pronunciemos sobre ella. Veamos.*

*Sin perjuicio de que hayamos considerado suficientes las razones dadas por la Administración para no admitir a trámite la solicitud de asilo, a los efectos previstos en el mencionado artículo 17.2 no cabe ignorar que las circunstancias señaladas en aquel informe de ACNUR antes mencionado, donde se alude a la grave situación de inestabilidad que se vive en Costa de Marfil y a violaciones de derechos humanos que continúan produciéndose en aquel país, se presentan desafortunadamente con renovada vigencia tras los sucesos ocurridos en Costa de Marfil recientemente –con fecha posterior a la solicitud de asilo y a la propia resolución aquí recurrida– y de los que han dado noticia en los últimos meses todos los medios de comunicación. A la vista de todo ello esta Sala considera que, aun no existiendo aquí causa generadora del derecho de asilo por las razones que hemos señalado, la situación de conflicto y disturbios que pervive en Costa de Marfil hace improcedente que el recurrente sea devuelto a su país de origen. Por ello consideramos que debe autorizarse su permanencia en España por razones humanitarias de conformidad con lo previsto en el mencionado artículo 17.2 de la Ley de Asilo.*

**[Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1.ª), de 12 de enero de 2005. Ponente: Sr. D. Eduardo Calvo Rojas.]**

F.: Aranzadi (Westlaw), JUR 2005/226459.

2006-26

### **AUTORIZACIÓN DE PERMANENCIA POR RAZONES HUMANITARIAS.–País de procedencia: República Democrática del Congo**

#### *Fundamentos de Derecho*

*Cuarto.–Con carácter subsidiario se pretenden también las «razones humanitarias» a las que se refiere el artículo 17.2 de la Ley 5/1984, en su redacción establecida por la Ley 9/1994 (...)*

*En el presente caso, a tales efectos ha de hacerse mención a la siguiente prueba documental unida al expediente administrativo: Obra en el folio 6.6 de dicho expediente un certificado médico del centro de salud de la Policía Nacional Congoleña, de 20 de abril de 2000, que expone que la solicitante de asilo permaneció en dicho centro médico cinco días por haber sido violada por un grupo de siete personas. Certificado médico cuya autenticidad expresamente se reconoce en el Informe de la Embajada de España en Kinshasa (folio 8.6), dado que su verificación se llevó a cabo de forma confidencial, a través de una enfermera de dicho centro.*

*Figura también en las actuaciones un Informe psicológico de la Cruz Roja de 3 de julio de 2002 (folios 7.15 y 7.16) según el cual la Sra. María Purificación presenta trastorno de estrés postraumático, por haber sido agredida brutalmente, física y sexualmente, en presencia de sus tres hijos. Diagnóstico que tampoco se discute por la instructora del expediente administrativo (folio 10.5 del mismo), que únicamente discrepa en cuanto a la conexión que la psicóloga realiza entre los hechos narrados por la solicitante y el trastorno padecido.*

*Esta Sala, basándose en la anterior documental, considera procedente la aplicación de la facultad discrecional que a la misma otorga el referido artículo 17.2 de la Ley de Asilo, y*

*entiende, por tanto, que ha de ser permitida la permanencia en España de tal Sra. María Purificación por las invocadas razones humanitarias, ya que existen indicios de peligro para su vida o, mas exactamente, para su integridad física, en el caso de tener que retornar a R.D.Congo, conforme al criterio sustentado, entre otras, en nuestra reciente sentencia de 9 de marzo de 2005, dictada en recurso 718/2003.*

**[Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1.ª), de 15 de junio de 2005. Ponente: Sra. D.ª Nieves Buisán García.]**

F.: Aranzadi (Westlaw), JUR 2005/249306.

**Nota:** El grupo de sentencias que acaban de extractarse van referidas todas ellas a supuestos de autorización de permanencia en España por motivos humanitarios, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17.2 de la Ley de Asilo 5/1984, modificada por la Ley 9/1994. Las sentencias en cuestión se refieren a personas procedentes de países como Sierra Leona, Costa de Marfil o República Democrática del Congo, en los que existe cuando menos una situación de grave inestabilidad, tal y como hizo constar en cada uno de los casos el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los refugiados. Las solicitudes de permanencia por motivos humanitarias, fundadas exclusivamente en razones económicas o en dificultades legales o judiciales en el estado de origen son denegadas de manera automática (cfr. entre otras las sentencias dictadas por la sección 5.ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, de 21 de junio de 2005).

M.ª Dolores BOLLO AROCENA

2006-27

### **DERECHOS HUMANOS.—No aplicación de ley extranjera por vulneración del orden público internacional español.**

*Noveno [...] Es cierto que las cuestiones relativas a la «persona», entre las que se incluye la determinación y cambio de sexo de la persona, deben solventarse con arreglo a la «Ley personal» del sujeto en cuestión, esto es, con sujeción a la «Ley nacional» o Ley del país cuya nacionalidad ostenta el sujeto en cuestión, tal y como antes se apuntó. Sin embargo, no es menos cierto que la aplicación de la Ley extranjera puede y debe ser rechazada cuando su aplicación resulte contraria al orden público internacional español. En concreto, se rechaza la aplicación de la Ley extranjera cuando tal aplicación produzca una vulneración de los principios esenciales y básicos e irrenunciables del Derecho español. Pues bien, es claro que es un principio básico e irrenunciable del Derecho civil español la posibilidad de «cambio de sexo» de las personas, de modo que por indicación de la misma Constitución Española de 1978 (RCL 1978, 2836), que protege el «libre desarrollo de la personalidad», todo sujeto, sea español o extranjero, debe tener la posibilidad de cambiar su sexo. Cuando la Ley extranjera, como es el caso de la Ley costarricense, no admite el cambio de sexo en ningún caso, dicha Ley no debe ser aplicada por los Tribunales españoles [art. 12.3 CC (LEG 1889, 27)], que en su lugar han de aplicar la Ley española. Esta tesis viene reforzada por la más reciente jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos, en particular en función de la interpretación dada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de los artículos 8 y 12 del Convenio Europeo de Derechos del Hombre de 4 de noviembre de 1950 (RCL 1979, 2421) en su Sentencia de 11 de julio de 2002 (TEDH 2002, 45), dada la importancia que para salvar el carácter restrictivo del orden público internacional tiene el método comparatista y trasnacional como*

*instrumento de decantación de los principios jurídicos protegidos por la cláusula de orden público por su condición de principios esenciales comunes a una pluralidad de países.*

**[Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 24 de enero de 2005].**

F.: Aranzadi (Westlaw).

2006-28

**DERECHOS HUMANOS.–Alusión al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.**

*Quinto [...] Aunque todavía no vigente, los anteriores valores de protección a la familia, atención al menor y libertad de empresa son asumidos en la Constitución Europea, debiendo destacarse como el artículo II-84.2 señala que en todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial, declaración esta última que no hace sino conceder relevancia constitucional a un valor ya de antiguo reconocido a nivel del Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuando afirma que el interés del niño está antes que cualquier consideración [STEDH de 28 de septiembre de 2004 (TEDH 2004, 63)].*

**[Sentencia del Juzgado de lo Social de Baleares, Ciutadella de Menorca (núm. 1), de 7 de marzo de 2005. Ponente: Sr. D. José Antonio Buendía Jiménez.]**

En el mismo sentido *vide* **[Sentencia del Juzgado de lo Social de Baleares, Ciutadella de Menorca (núm. 1), de 23 de marzo de 2005. Ponente: Sr. D. José Antonio Buendía Jiménez.]**

F.: Aranzadi (Westlaw).

2006-29

*El proyecto de Constitución Europea, aún no siendo una norma de actual aplicación, pero sí válida en cuanto refiere el sentir común hacia el que caminamos, establece en su artículo I.3 y entre sus objetivos que: «La Unión combatirá la exclusión social y la discriminación [...]».*

*Su artículo II-81 nos indica que: «Se prohíbe toda discriminación [...]».*

*Primero [...] En mi opinión el juego conjunto de los artículos 13, 136 y 137 del Tratado de la Unión (LCEur 1986, 8), y por supuesto las previsiones contenidas en el artículo II-81 del proyecto de Constitución Europea, también avalarían la consideración de que cabría ampliar la protección que finalmente dispensa la Directiva 2000/78 (LCEur 2000, 3383) a otras señas identitarias no específicamente expresadas.*

**[Auto del Juzgado de lo Social de la Comunidad de Madrid, Madrid (núm. 33), de 7 de enero de 2005. Ponente: Sr. D. José Pablo Aramendi Sánchez.]**

F.: Aranzadi (Westlaw).

2006-30

**DERECHOS HUMANOS.—Alegación de instrumentos internacionales. Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea.**

*Séptimo [...] No puede cabe duda sobre el sometimiento de la capacidad matrimonial al estatuto personal determinado por la nacionalidad de la persona, en tanto que Ley aplicable, a la vista del artículo recién citado de nuestro Código Civil. Así lo confirman, además, las siguientes consideraciones: [...] c) recientemente, en la misma línea apuntada, el artículo 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (LCEur 2000, 3480), firmada el 7 de diciembre de 2000, proclama que «el derecho a casarse y el derecho a fundar una familia están garantizados según las Leyes nacionales que rigen su ejercicio», admitiendo, pues, su consideración como derechos de configuración legal, correspondiendo la competencia legislativa en la materia a los respectivos Estados miembros sobre sus propios nacionales.*

**[Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 24 de enero de 2005.]**

F.: Aranzadi (Westlaw).

2006-31

*Séptimo [...] por directa aplicación del artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas de 1989 sobre los Derechos del Niño (RCL 1990, 2712), en cuanto recoge el derecho del niño a que se tengan debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez y a ser escuchado en todo procedimiento judicial que le afecte; todo ello sin olvidar las previsiones del artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (LCEur 2000, 3480), que no siendo vinculante ni teniendo eficacia jurídica directa, es un referente importantísimo en nuestro espacio social y cultural.*

**[Auto del Juzgado de Primera Instancia de Zaragoza, Zaragoza (núm. 6), de 20 de abril de 2004.]**

F.: Aranzadi (Westlaw).

2006-32

*Segundo [...] señalando la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 1 de diciembre de 2000, el derecho que todo trabajador tiene a trabajar en condiciones que respeten su salud, su seguridad y su dignidad (art. 31.1), de tal forma que, incluso las excepciones contempladas en la Directiva 93/104/LE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993 (LCEur 1993, 4042), relativa a determinados aspectos de la distribución del tiempo de trabajo, deben respetar los principios generales de la protección, la seguridad y la salud de los trabajadores cuando la duración del trabajo no esté medida y/o predeterminada por el propio trabajador.*

**[Sentencia del Juzgado de lo Social de Andalucía, Granada, núm. 209/2005 (núm. 7), de 9 de mayo. Ponente: Sr. D. Jorge Luis Ferrer González.]**

F.: Aranzadi (Westlaw).

2006-33

Único [...] *La Carta Europea de Derechos Fundamentales (RCL 1980, 1436 y 1821) no es un texto jurídico comunitario que recoja los derechos fundamentales con carácter vinculante para los Estados miembros, ni que permita al Tribunal de Justicia aplicar tales derechos como parte integrante del Derecho comunitario, algo que sólo ocurrirá si se produce la ratificación de la Constitución Europea. Por ello es dudoso que la primacía del Derecho comunitario sobre el nacional se extienda, hoy por hoy, a las normas reguladoras de los derechos fundamentales [...].*

**[Auto del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Social, Sección 2.ª), de 28 de enero de 2005. Ponente: Sr. D. Rafael Antonio López Parada.]**

F.: Aranzadi (Westlaw).

2006-34

#### **DERECHOS HUMANOS.—Legación de instrumentos y/o tratados internacionales.**

*Segundo.—Desde la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (LEG 1948, 1) (artículo 4) se viene proclamando que nadie está sometido a esclavitud ni a servidumbre; la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas. El año siguiente, en 1949, se aprobó el I Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena [ratificado por España en 1962 (RCL 1962, 1697)], y que se enmarca dentro de las tendencias abolicionistas de la prostitución y por ello opta por sancionar toda actividad de proxenetismo y concertación de la prostitución ajena. Recogiendo todos estos principios, la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979 y firmado por España en 1984 (RCL 1984, 790), se indica que los estados partes tomarán las medidas apropiadas incluso de carácter legislativo para suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de la mujer. Dando un paso más, la Asamblea General de Lobby Europeo de Mujeres adoptó una moción que recogía los siguientes puntos:*

- 1. La prostitución y el tráfico de mujeres constituye una grave violación de los derechos humanos de las mujeres.*
- 2. La prostitución y el tráfico de mujeres no deberían estar asociados a los términos «libre o asociada».*
- 3. Debería reconocerse que la libre elección es un factor relativo, asociado y relacionado con otros factores que afectan directamente a las mujeres: económico, social, cultural, etc.; y todos estos factores suponen serias restricciones a la libertad de elección.*

*Toda esta normativa internacional nos está indicando de forma palmaria que el ejercicio de la prostitución, como restricción a la libertad individual, no puede ser objeto de lícito comercio, y por tanto, no puede ser objeto de explotación mercantilista con ánimo de lucro; e impetra los estados a que reaccionen con todas las formas de proxenetismo y prostitución.*

**[Sentencia del Juzgado de lo Social de Galicia, Vigo (núm. 2), de 7 de mayo. Ponente: Sr. D. Germán M.ª Serrano Espinosa.]**

F.: Aranzadi (Westlaw).

2006-35

*Quinto [...] Debe también traerse a colación que, como nos recuerda la STSJ de Murcia de 14 de noviembre de 2000 (AS 2000, 3710), en caso de interpretaciones diversas debe optarse por aquella que asegure más la protección e interés del menor, pues es un imperativo derivado del artículo 3 de la Convención de Derechos del Niño (RCL 1990, 2712), cuyo apartado primero ordena que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, ha de concederse una consideración primordial al interés superior del niño.*

**[Sentencia del Juzgado de lo Social de Baleares, Ciutadella de Menorca (núm. 1), de 7 de marzo de 2005. Ponente: Sr. D. José Antonio Buendía Jiménez.]**

En el mismo sentido *vide* **[Sentencia del Juzgado de lo Social de Baleares, Ciutadella de Menorca (núm. 1), de 23 de marzo de 2005. Ponente: Sr. D. José Antonio Buendía Jiménez.]**

F.: Aranzadi (Westlaw).

2006-36

*Primero [...] un derecho fundamental, constitucionalmente consagrado en el artículo 16.1, cual es el de la libertad religiosa [...]. Este derecho aparece igualmente protegido en el artículo 9.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (RCL 1979, 2421) y en el artículo 18.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (RCL 1977, 893), que amplían su definición a la manifestación no sólo por medio del culto, los ritos o las prácticas, sino también por medio de la enseñanza, [...], recalcando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos cual es el contenido y señalándolo como cimiento de una sociedad democrática [SSTEDH Kokkinakis contra Grecia de 25 de mayo de 1993 (TEDH 1993, 21), Agga contra Grecia del 17 de octubre de 2002 (TEDH 2002, 55)].*

[...]

*Cuarto.—Estas reflexiones atentan frontalmente contra el derecho a la integridad física y moral [...], que tienen su reflejo en el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (RCL 1979, 2421) o en el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (RCL 1977, 893), en cuanto refieren que la finalidad de los golpes no es humillar y maltratar físicamente sino hacer sufrir psicológicamente, con grave menoscabo de la dignidad de la víctima que el artículo 10 del Texto Constitucional considera fundamento del orden político y de la paz social [...].*

**[Sentencia del Juzgado de lo Penal de Barcelona, Barcelona (núm. 3), de 12 de enero de 2004. Ponente: Sr. D. Juan Pedro Yllanes Suárez.]**

F.: Aranzadi (Westlaw).

2006-37

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

*Tercero [...] Dicha sentencia analiza también a jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, incluidas las dos sentencias de 11 de julio de 2002 (TEDH 2002, 45) (casos I. contra el Reino Unido y Christine Goodwin también contra el Reino Unido), y aun reconociendo que el Tribunal Europeo ha cambiado sensiblemente su anterior posición, declarando que la falta de reconocimiento general en el plano jurídico por parte del Reino Unido del cambio de sexo a que se habían sometido las promoventes constituía una vulneración del artículo 8 del Convenio de Derechos Humanos (RCL 1979, 2421), estima que ello no obstante se «mantiene en la esencial su precedente doctrina en orden a los requisitos exigibles para el acogimiento de las pretensiones de aquéllos tendentes a obtener dicho cambio», doctrina en cuya virtud «si bien el dato cromosómico no es decisivo para el reconocimiento de la identidad sexual de una persona, tampoco pueden considerarse suficientes los factores puramente psicológicos para conceder relevancia jurídica a las demandas de admisión de cambio de sexo, resultando imprescindible que las personas transexuales que las formulan se hayan sometido a los tratamientos hormonales y quirúrgicos precisos para la supresión no sólo de sus caracteres sexuales secundarios —que es lo que únicamente ha acreditado la recurrente en el caso que nos ocupa, se refiere a un tratamiento previo con andrógenos que se ha prolongado durante tres o cuatro años y debido al cual presentaba ya barba, vello corporal unido a una extirpación mamaria bilateral, con trasplante de areola y pezón— sino, también y, fundamentalmente para la extirpación de los primarios y la dotación a los solicitantes de órganos sexuales semejantes, al menos en apariencia, a los correspondientes al sexo que emocionalmente sienten como propio».*

[...]

*Cuarto [...] consideramos ilustrativo traer a colación algunos informes y pasaje de la STEDH de 11 de julio de 2002 (TEDH 2002, 45) [...]:*

*«56. [...] Es de crucial importancia que el Convenio sea interpretado y aplicado de forma que conceda unas garantías concretas y efectivas y no teóricas o ilusorias. Si el Tribunal no mantuviera un enfoque dinámico y evolutivo, dicha actitud podría constituir un obstáculo a toda reforma o mejora (Stafford contra Reino Unido previamente citada, ap. 68). En el contexto de que se trata, el Tribunal, desde 1986, se declaró en repetidas ocasiones consciente de la gravedad de los problemas que encontraban los transexuales y señaló la importancia de examinar de forma permanente la necesidad de medidas jurídicas adecuadas en la materia [Sentencias Rees (TEDH 1986, 11), ap. 47, Cossey (TEDH 1990, 22), ap. 42, y Sheffield y Horshman (TEDH 1998, 34), ap. 60, anteriormente citadas].»*

*«59. Hay igualmente que reconocer que puede haber un grave ataque a la vida privada cuando el derecho interno es incompatible con un aspecto importante de la identidad personal [ver, mutatis mutandis, Sentencia Dudgeon contra Reino Unido de 22 octubre 1981 (TEDH 1981, 4), serie a, núm. 5, ap. 41]. El stress y la enajenación que genera la discordancia entre el rol adoptado en la sociedad por un transexual operado y la condición impuesta por el Derecho que rechaza consagrar el cambio de sexo no pueden ser considerados, en opinión del Tribunal, un inconveniente menor derivado de una formalidad. Se trata de un conflicto entre la realidad social y el derecho que pone al transexual en una situación anormal inspirándole sentimientos de vulnerabilidad, humillación y ansiedad.»*

[...]

*«72. Dicho esto, la dignidad y la libertad del hombre son la esencia misma del Convenio. Concretamente, en el terreno del artículo 8 del Convenio, en el que la noción de autonomía personal refleja un principio importante que subyace en la interpretación de las garantías de dicha disposición, la esfera personal de cada individuo está protegida, incluido*

*el derecho de cada uno a establecer los detalles de su identidad de ser humano [ver, en particular, Sentencias Pretty contra Reino Unido, núm. 2346/2002, de 29 abril 2002 (TEDH 2002, 23), ap. 62, y Mikulic contra Croacia núm. 53176/1999, de 7 febrero 2002 (JUR 2002, 78019), ap. 53 y aparecer en TEDH 2002-78019]. En el siglo XXI, la facultad para los transexuales de gozar plenamente, al igual que sus conciudadanos, del derecho al desarrollo personal y a la integridad física y moral, no puede considerarse una cuestión controvertida que exija tiempo para enfrentarse claramente a los problemas en juego. En resumen, la situación insatisfactoria de los transexuales operados, que viven entre dos mundos porque no pertenecen verdaderamente a un sexo ni otro, no puede durar más. Esta apreciación encuentra confirmación a nivel nacional en el informe del grupo de trabajo interministerial y en la Sentencia dictada por el Tribunal de Apelación en el asunto Bellinger contra Bellinger (apartados 33 y 35-36 supra).»*

[...]

*Sexto.—En fin, aunque en términos literales de la STS de 6 de septiembre de 2002 (RJ 2002, 7180) la actora no habría concluido el último paso o gesto quirúrgico por estar pendiente de la reconstrucción del pene mediante una faloplastia, y en términos de la STEDH de 11 de julio de 2002 (TEDH 2002, 45) no habría realizado plenamente su conversión, sin embargo, no creemos que en atención a la doctrina expuesta en las propias sentencias deba concluirse en este caso por una solución contraria al reconocimiento jurídico al cambio de sexo de la actora, pues sobre la base de que ninguno de los casos en dichas resoluciones contemplada se identifica totalmente con el que aquí nos ocupa, señaladamente porque tratándose de un cambio de mujer a hombre a la actora únicamente le faltaría el último gesto, no dos pasos como el referido por el Tribunal Supremo, y teniendo en cuenta la Resolución del Parlamento Europeo de 8 de abril de 1987, en la que respecto a los Instrumentos destinados a consolidar la protección de los derechos humanos... 9. Pide a la Conferencia Intergubernamental que incluya en el Tratado (LCEur 1986, 8) un nuevo artículo 6 bis que permita ampliar el concepto de prohibición de cualquier tipo de discriminación, actualmente restringido a la nacionalidad también a las discriminaciones por razones de raza, pertenencia a un grupo étnico, color de la piel, sexo, identidad sexual, edad, credo religioso, opiniones políticas o filosóficas, pertenencia a una minoría o por razón de una minusvalía, los ya citados artículos 8 y 12 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales (RCL 1979, 2421), y el enfoque dinámico y evolutivo con que han de interpretarse las garantías y derechos para que lleguen a ser efectivos y meramente teóricos; el artículo 10.1 de nuestra Constitución (RCL 1978, 2836), en cuya virtud «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social» y 10.2 sobre que «Las normas, relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España», este juzgador estima que en realidad concurren cabalmente aquí todos los argumentos de fondo a que las precitadas sentencias anudan un reconocimiento favorable a las pretensiones actoras [...].*

**[Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valladolid, Valladolid, núm. 923/2004 (núm. 1), de 13 de diciembre. Ponente: Sr. D. Francisco Javier Pardo Muñoz.]**

F.: Aranzadi (Westlaw).

R.E.D.I., vol. LVIII (2006), 1

2006-38

**EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES INTERNACIONALES.—Ejecución de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Derecho español.***Antecedentes de Hecho*

*Primero.—Por el Procurador de los Tribunales D. Argimiro Vázquez Guillén, en nombre y representación de Stone Court Shipping Company, S. A., se presentó el 11 de abril de 1997 ante el Juzgado de Guardia de Madrid, un escrito interponiendo recurso de casación contra la Sentencia de 30 de enero de 1997 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Cuarta) de la Audiencia Nacional, recaída en el recurso núm. 49.135/90, sobre reclamación por responsabilidad patrimonial, al Ministerio de Transportes, Turismo y Comunicaciones como consecuencia del siniestro ocurrido en el buque de la recurrente, «Phanton», en aguas del puerto de Ibiza el día 20 de febrero de 1986.*

*Segundo.—Dicho escrito de casación tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el 14 de abril de 1997, por lo que habiendo sido emplazada la recurrente para que interpusiera el recurso el 6 de marzo de 1997, por Auto de 1 de septiembre de 1997 se consideró que había sido interpuesto una vez caducado el plazo legalmente establecido y se declaró desierto, ya que la presentación en el Juzgado de Guardia de escritos sujetos a un plazo perentorio requiere que dicho plazo venza precisamente el día en que se hace la presentación y fuera de las horas de audiencia, lo que no era el caso.*

[...]

*Deducido recurso de súplica, fue desestimado por Auto de 22 de junio de 1998*

[...]

*Tercero.—Por la entidad recurrente se interpuso recurso de amparo (núm. 3557/1998) ante el Tribunal Constitucional contra los reseñados Autos de 1 de septiembre de 1997 y 22 de junio de 1998 [...]. El Tribunal Constitucional resolvió inadmitiendo el recurso de amparo mediante Auto de 14 de julio de 1999, de conformidad con la doctrina al efecto establecida por el Tribunal Supremo acerca de la exigencia de que los escritos dirigidos a los órganos judiciales sean, de modo excepcional, presentados en el correspondiente Juzgado de Guardia en el último día del término pertinente.*

[...]

*Cuarto [...] 33. El Tribunal recuerda que su tarea no es la de sustituir a los tribunales internos. Es en primer lugar a las autoridades internas y, concretamente a los jueces y tribunales, a quienes corresponde interpretar la legislación interna [ver, entre otras, Sentencias Brualla Gómez de la Torre contra España de 19 de diciembre de 1997 (TEDH 1997, 2), Repertorio 1997-VIII, p. 2955, ap. 31 y Edificaciones March Gallego, S.A. contra España de 19 de febrero de 1998 (TEDH 1998, 7), Repertorio 1998-I, p. 290, ap. 33]. El papel del Tribunal se limita a verificar la compatibilidad con el Convenio de los efectos de dicha interpretación. Esto es particularmente cierto en lo referente a la interpretación por los tribunales de normas procesales como los plazos que rigen la presentación de documentos o la interposición de recursos [Sentencia Tejedor García contra España de 16 de diciembre de 1997 (TEDH 1997, 1), Repertorio 1997-VIII, p. 2796, ap. 31].*

[...]

*42. El Tribunal considera, en consecuencia, que las limitaciones relativas a la presentación de documentos ante el Juzgado de Guardia no pueden, como tales, ser cuestionadas. Sin embargo, la combinación particular de los hechos en este caso ha destruido la relación de proporcionalidad entre las limitaciones (tal y como las aplica el Tribunal Supremo) y las consecuencias de su aplicación. Por lo tanto, la interpretación excesivamente rigurosa hecha por*

los tribunales de una norma procesal, privó a la demandante del derecho de acceso a un tribunal con vistas a que se examinara su recurso de casación [ver, *mutatis mutandis*, Sentencia Pérez de Rada Cavanilles (TEDH 1998, 52), previamente citada, pp. 3256-3257, ap. 49].

43. Hubo, en consecuencia, violación del artículo 6.1 del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572).

[...]

*POR ESTOS MOTIVOS, EL TRIBUNAL,*

1. Declara, por cinco votos contra dos, que ha habido violación del artículo 6.1 del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572);

2. Declara, por unanimidad, que no procede examinar la queja de la demandante en virtud del artículo 13 del Convenio;

3. Declara, por cinco votos contra dos,

a) Que el Estado demandado deberá abonar a la demandante, dentro del plazo de tres meses a partir de que la sentencia sea definitiva, conforme al artículo 44.2 del Convenio, las sumas siguientes:

i) 5.000 EUR (cinco mil euros) en concepto de daño moral;

ii) 5.000 EUR (cinco mil euros) en concepto de gastos y costas;

[...]

Quinto [...] se formuló incidente de nulidad de actuaciones contra el Auto de 1 de septiembre de 1997, «por haberse prescindido al dictar el mismo de las normas esenciales del procedimiento y, por consiguiente, haberse infringido el derecho constitucionalmente reconocido en el artículo 24 de la Constitución española [...]».

[...]

Sexto [...] Pues bien, a su juicio, el incidente de nulidad de actuaciones debe ser inadmitido y ello por no ser procedente ni material ni formalmente. Materialmente por no ser la sentencia del Tribunal de Estrasburgo determinante de nulidad de actuaciones de un Tribunal Español. Son las Altas partes contratantes las que se comprometen a conformarse a las decisiones del Tribunal. «Si la decisión del Tribunal, –dice el artículo 50 del Convenio–, declara que una resolución tomada o una medida ordenada por una autoridad judicial... se encuentra total o parcialmente en oposición con obligaciones que se derivan del presente Convenio, y si el derecho interno de dicha parte solo permite de una manera imperfecta reparar las consecuencias de esta resolución o medida la decisión del Tribunal concederá, si procede, una satisfacción equitativa a la parte lesionada». Es decir, de ninguna manera la decisión del Tribunal tiene una eficacia procesal de anular lo resuelto por los Tribunales Españoles, sino, en su caso, y siempre que se establezca por el Tribunal de Estrasburgo, reparadora o satisfactoria. Las partes ante el Tribunal de Estrasburgo son el recurrente (el «perjudicado» por la resolución que se recurre) y el Estado Español. No interviene la otra parte beneficiada con el fallo o resolución recurrida, que aunque en este caso sea la Administración del Estado, podría no serlo. Pues bien, la reapertura del proceso por causa de una sentencia del Tribunal Internacional dictada en un proceso en el que no ha sido parte el beneficiado por la resolución, sería contraria a la seguridad jurídica y determinante de la indefensión de éste. [...].

#### *Fundamentos de Derecho*

Primero.–La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) declara que, en el supuesto de autos, ha habido violación del artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) (RCL 1999, 1190, 1572), pues «la combinación particular de

los hechos en este caso ha destruido la relación de proporcionalidad entre las limitaciones (tal y como las aplica el Tribunal Supremo) y las consecuencias de su aplicación. Por lo tanto, la interpretación excesivamente rigurosa hecha por los tribunales de una norma procesal, privó a la demandante del derecho de acceso a un tribunal con vistas a que se examinara su recurso de casación»; y aquel precepto dispone que «Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativamente (...) por un Tribunal (...) que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil (...)». Y, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 41 del citado Convenio –«Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa»–, acuerda que el Estado demandado deberá abonar a la demandante 5.000 euros en concepto de daño moral y otros 5.000 euros en concepto de gastos y costas.

Segundo.–La recurrente ha instado el presente incidente de nulidad de actuaciones, al amparo de los artículos 238 y 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1578, 2635) –debe entenderse en su versión aquí aplicable que es la anterior a la introducida por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre (RCL 2003, 3008)–, contra el Auto de esta Sala de 1 de septiembre de 1997 por el que se declaró desierto el recurso de casación interpuesto a nombre de Stone Court Shipping, S. A. contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 27 de diciembre de 1996 (en los Antecedentes de Hecho se recogieron las sucesivas resoluciones de esta Sala, del Tribunal Constitucional y del propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos) y solicita que se dicte la nulidad de todo lo actuado ante esta Sala con posterioridad al Auto de 1 de septiembre de 1997 y que se dicte auto teniendo por interpuesto el recurso de casación, dándole al mismo el trámite legalmente previsto.

[...]

La recurrente, pues, por este cauce excepcional del incidente de nulidad de actuaciones previsto en el artículo 240.3 de la LOPJ, pretende hacer valer su derecho a tener un proceso equitativo considerando que la resolución de esta Sala que declaró desierto el recurso de casación le ha causado grave indefensión, al haber acudido a un criterio interpretativo desfavorable a la efectividad del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Y en aras de la seguridad jurídica sostiene que no cabe aceptar que la declaración de la existencia de una violación de derechos –como reconoce la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos– carece de trascendencia y significado para las relaciones jurídicas sino que obliga, ex artículos 10 y 96 de la Constitución Española (RCL 1978, 2836), al cumplimiento de los convenios y tratados internacionales.

Tercero.–Pues bien, este planteamiento nos lleva, a tratar la cuestión de los efectos de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el sistema judicial español.

Dicha cuestión ha sido abordada recientemente por este Tribunal [Auto de 9 de diciembre de 2002 de la Sala Quinta –recurso núm. 1-75/1997–] (RJ 2003, 1116)] y debemos reiterar lo que entonces se dijo.

Así «Primero.–(...) hay que señalar que, según resulta de la propia interpretación por dicho Tribunal del antiguo artículo 50 (RCL 1979, 2421) (actualmente artículo 41, tras las modificaciones introducidas por los Protocolos adicionales) del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, conocido como Convenio de Roma por haber sido firmado en dicha ciudad el 4 de noviembre de 1950, las referidas sentencias del TEDH tienen solo naturaleza declarativa y carecen de efecto ejecutivo directo en el derecho español, en el sentido a que a continuación nos referimos. El Convenio fue inicialmente ratificado por España por Instrumento de ratificación de 26 de septiembre de 1979, y en declaración de la misma fecha, aneja a dicho Instrumento, España reconoce, de acuerdo con el artículo 46 del Convenio en su primitiva redacción, como obligatoria de pleno derecho y sin convenio especial, bajo condición de reciprocidad, la jurisdicción del TEDH para conocer de todos los asuntos

*relativos a la interpretación y aplicación de dicho Convenio (CEDH). Pero este reconocimiento como obligatoria de pleno derecho de la jurisdicción del TEDH, no significa [sentencias de ese Tribunal Europeo de 13 de junio de 1979 (TEDH 1979, 2), caso Marckx y de 25 de abril de 1983 (TEDH 1983, 6), caso Pakelli] que sus sentencias puedan, por sí, anular o modificar las resoluciones o actos contrarios al Convenio, u ordenar ejecutivamente «al Gobierno que desautorice los pasajes objeto de la queja». El Convenio no obliga a dar efecto interno a las sentencias del TEDH ni a introducir reformas legales a ese fin [sentencia del Tribunal Constitucional español 245/1991 (RTC 1991, 245)] porque no es el TEDH un Órgano judicial supranacional, sino solo de naturaleza internacional, y está previsto en el propio Convenio que lo instituyó que si el Tribunal declara que ha habido una violación del Convenio o de sus Protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte contratante solo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa, como establece el artículo 41 del Convenio revisado por el Protocolo adicional núm. 11, redacción que en nada sustancial difiere de la del antiguo artículo 50 CEDH.*

*Tan legítima es, por tanto, desde el punto de vista del CEDH, la posibilidad de la ejecución de la sentencia TEDH en sus propios términos, como la imposibilidad de esa ejecución y la concesión de la satisfacción equitativa a que se ha aludido. De acuerdo con ello, son las Partes Contratantes las encargadas de la ejecución en una u otra forma de las sentencias TEDH, cuya ejecución deberá ser vigilada –como decía el artículo 54 CEDH en su primitiva redacción– por el Comité de Ministros, y a este efecto la sentencia definitiva del Tribunal será transmitida a dicho Comité «que velará por su ejecución» (como dice ahora el artículo 46.2 CEDH). El 10 de enero de 2001 la Comisión de Ministros aprobó una normativa para la aplicación del referido apartado 2 del artículo 46 CEDH en la que se establece, en el apartado b) de la norma tercera, que dicha Comisión, en su función de supervisar la ejecución de sentencias del Tribunal por el Estado demandado, examinará si ha sido pagada la justa satisfacción concedida cuando la sentencia haya declarado que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos, añadiéndose en el mismo apartado «y, llegado el caso, y teniendo en consideración la discreción de la que dispone el Estado concernido para elegir los medios necesarios con el fin de cumplir la sentencia» examinará las medidas individuales tomadas para garantizar que la violación ha cesado y que la parte lesionada ha vuelto «en la medida de lo posible» a la misma situación de la que dicha parte disfrutaba antes de la violación del Convenio. De todo lo cual se infiere que el reconocimiento como obligatoria de la jurisdicción del TEDH que en aplicación del Convenio hizo el Estado Español no exige la directa ejecutividad de sus sentencias. Además, el Convenio ha sido ratificado por el procedimiento previsto en el artículo 94 de la Constitución Española (RCL 1978, 2836) y forma parte de nuestro derecho interno con arreglo a las previsiones del artículo 96.1 CE, pero no se atribuye al Tribunal Internacional que instituye dicho Convenio el ejercicio de competencias derivadas de nuestra Constitución mediante el procedimiento establecido en el artículo 93 CE. No ejerce el TEDH la jurisdicción a que se refiere el artículo 117 CE y lo único que se dispone constitucionalmente (art. 10.2 CE) es la forma de interpretar, de acuerdo con los Tratados Internacionales ratificados por España, los derechos fundamentales y libertades que la Constitución reconoce, constituyendo su jurisprudencia, como dice la STC 162/1999 (RTC 1999, 162), un obligado y valioso medio hermenéutico para configurar el contenido y alcance de esos derechos fundamentales.*

*Segundo.*—Con arreglo a lo expuesto, el Estado no incumple obligación alguna si no establece cauces procesales específicos para que los órganos del Poder Judicial puedan dar cumplimiento en sus propios términos a las sentencias del TEDH, en cuanto, como acabamos de decir, se prevé en el propio Convenio la imposibilidad de esa ejecución directa y la consiguiente satisfacción equitativa. En el orden jurisdiccional, la reposición a la misma situación que la parte demandante disfrutaba antes de la violación –reposición que, recordemos, solo es exigible «en la medida de lo posible», según las normas de la Comisión de Ministros a que ya

*hemos aludido— presupondría la declaración de nulidad de las resoluciones judiciales internas, pues de otra manera no se produce la restitutio in integrum de los derechos cuya violación se ha declarado por el Tribunal Internacional. Pero ya en la sentencia del Tribunal Constitucional 245/1991 (RTC 1991, 245) y en las de este Tribunal Supremo de 4 de abril de 1990 y de 20 de noviembre de 1996, se dijo con toda claridad que, en aquel momento, no existía esa posibilidad anulatoria de las sentencias firmes por los Órganos de la jurisdicción ordinaria, ni el legislador había adoptado disposición alguna que permitiera la revisión de las sentencias firmes a consecuencia de una sentencia del TEDH.*

*Cuarto [...] Por tanto, no se reúnen los requisitos establecidos en la Ley para declarar la nulidad del auto que declaró desierto el recurso de casación preparado por la solicitante.*

*En definitiva las resoluciones de la Audiencia Nacional y de esta Sala ya reseñadas han devenido firmes y no puede la jurisdicción ordinaria —a salvo el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, que en este caso ya fue inadmitido— quebrantar el efecto de cosa juzgada y sacrificar la seguridad jurídica aplicando el remedio procesal que establece el artículo 240 LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635) (en este sentido el citado Auto de 9 de diciembre de 2002). El incidente, pues, no puede servir como cauce de reparación de un derecho cuya vulneración haya sido declarada por el TEDH.*

[...]

*En efecto, el artículo 46 del Convenio tantas veces citado, dispone que «las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes», lo que supone establecer una obligación de resultado, no de medios, en el sentido de que corresponde a cada Estado disponer la forma en que se dé fuerza ejecutoria a aquellas sentencias, sin que en nuestro Estado exista norma alguna que en estos momentos se ocupe de tal cuestión [en este sentido, Sentencia del Tribunal Constitucional 245/1991, de 16 de diciembre (RTC 1991, 245)], y no puede servir a estos efectos el incidente de nulidad de actuaciones, que tiene otro objeto y unos requisitos propios que resultan ajenos a aquella disposición.*

[...]

*Como ya dijo este Tribunal en su Auto de 9 de diciembre de 2002 (RJ 2003, 1116) «La concesión de la nulidad pretendida representaría reconocer al Tribunal Europeo de Derechos Humanos el carácter de Tribunal de casación supranacional, que no le atribuye el mismo Convenio, porque supondría ejecutar directamente su sentencia solo por su propia eficacia ejecutiva, cuando no hay vía en el derecho interno para anular las resoluciones firmes españolas a que la sentencia del TEDH afecta, lo que no obsta para que la constatación por el TEDH de las violaciones del Convenio en que puedan incurrir los Tribunales internos, además del necesario acatamiento por el Estado demandado de la satisfacción equitativa que hubiera podido concederse, y de las otras medidas de ejecución cuya vigilancia compete a la Comisión de Ministros (...), tenga también una considerable importancia por su evidente influencia en la evolución de la jurisprudencia de las Altas Partes contratantes, influencia que en España es innegable y concuerda perfectamente con la disposición del ya citado artículo 10.2 CE (RCL 1978, 2836) de que los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución —únicos que existen en el derecho español, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional— se interpretarán conforme a la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y los acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por España, y, por tanto, de acuerdo con el CEDH (RCL 1999, 1192, 1572)».*

[...]

**[Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), de 27 de abril de 2005.]**

F.: Aranzadi (Westlaw).

## VII. DERECHO INTERNACIONAL PENAL

2006-39

**PRINCIPIO DE JUSTICIA UNIVERSAL.–Inaplicación del principio: inexistencia de punto de conexión con España.***Fundamentos de Derecho*

*Primero.–[...] Según la doctrina de este Tribunal contenida ya en Resoluciones como las SSTs de 25 de febrero de 2003 (RJ 2003, 2147) («caso Guatemala») y 20 de mayo del mismo año (RJ 2003, 3910) («caso Perú»), el denominado «principio de subsidiariedad», según el cual la jurisdicción de nuestros Tribunales para conocer hechos acaecidos en otros territorios vendría atribuida, por la apreciación de la imposibilidad de persecución del delito en el país de comisión, no puede ser tenido como criterio determinante de ese conocimiento a partir del principio de jurisdicción universal consagrado en el artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1578, 2635).*

*En realidad, semejante criterio viene determinado, según la referida doctrina jurisprudencial, por la existencia de vínculos o elementos de conexión de los hechos con nuestro ámbito jurisdiccional, en concreto por datos tales como la nacionalidad española de alguna de sus víctimas o, en todo caso, por encontrarse los supuestos autores del ilícito a disposición de las autoridades judiciales de España.*

*Así, si, como ocurre en el presente caso, la única persona de nacionalidad española que se menciona en la Querella, sería sujeto pasivo, en todo caso, de un eventual delito de Detención ilegal o, incluso, de otro de Amenazas, pero no de Genocidio ni de Torturas, y, por otra parte, ni los querellados se encuentran a disposición de la Justicia de nuestro país ni es fácil que lo estén nunca, al no existir Convenio de Extradición entre España y China, es del todo razonable y suficiente el que las Resoluciones de instancia no aludan más que a estos argumentos, sin necesidad de entrar en otros, irrelevantes a partir de unos tales pronunciamientos, a la hora de resolver acerca de la admisión de la Querella.*

*Razones las expuestas por las que este primer motivo no merece otro destino que el de su desestimación.[...]*

*Tercero.–En último lugar, el motivo Tercero del Recurso, con cita del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882, 16), sostiene la existencia de una infracción legal por indebida aplicación del artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1578, 2635), que consagra en nuestro ordenamiento el principio de Justicia universal.*

*De nuevo, y al margen de las serias dudas que ofrece la calificación como delito de Tortura de los hechos narrados en la Querella, hay que acudir a las razones ya expuestas y en cómo las mismas, a la luz de la doctrina contenida en anteriores Sentencias de esta Sala, justifican plenamente la inadmisión a trámite de la Querella por falta de jurisdicción de los Tribunales españoles, dada la inexistencia de los vínculos exigibles para la atribución de ese conocimiento respecto de los hechos denunciados en aquella, para rechazar semejantes alegaciones de los recurrentes.*

*Por tanto, el tercer motivo y, con él, todo el Recurso, ha de ser desestimado.*

**[Sentencia Tribunal Supremo, núm. 345/2005 (Sala de lo Penal), de 18 de marzo.]**

**Nota:** La sentencia objeto del presente comentario constituye una más de la secuencia de resoluciones que reflejan, a nuestro juicio, la confusión reinante entre nuestros jueces a la hora

de aplicar el artículo 23.4 de la LOPJ. Tras una práctica inicial clara (cfr. autos de la Audiencia Nacional, de 4 –caso chileno– y 5 –caso argentino– de noviembre de 1998), los tribunales españoles han venido a rechazar en distintas ocasiones su propia competencia para conocer hechos ocurridos más allá de las fronteras nacionales, hechos enmarcables en lo que se ha dado en denominar crímenes internacionales. Las razones han sido esencialmente dos: bien porque no se daba la premisa de la inactividad de la administración de justicia en el estado territorial –atendiendo a la pretendida naturaleza subsidiaria del principio de justicia universal (cfr. auto del pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 13 de diciembre de 2000 en el caso Guatemala), bien porque no existía vínculo alguno de los hechos con el Estado español, por no existir víctimas de nacionalidad española –en clara confusión con el principio de personalidad pasiva– o, por no encontrarse el presunto criminal en nuestro territorio (cfr. Sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de febrero de 2003. Cfr. el magnífico estudio relativo al principio de justicia universal, SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción Universal y Derecho Internacional*, Ed. Tirant Monografías, Valencia, 2004.).

La sentencia ahora comentada sigue la doctrina sentada por la mayoría de los jueces del Supremo en el caso *Guatemala*, al señalar que el criterio determinante para la aplicación del principio de justicia universal es «la existencia de vínculos o elementos de conexión de los hechos con nuestro ámbito jurisdiccional, en concreto por datos tales como la nacionalidad española de alguna de sus víctimas o, en todo caso, por encontrarse los supuestos autores del ilícito a disposición de las autoridades judiciales de España» (cfr. FJ 2.º). Dado que según se señala en la sentencia sólo habría una víctima de nacionalidad española –y no precisamente de genocidio ni de torturas– y puesto que los querellados no se encuentran a disposición de las autoridades españolas «*ni es fácil que lo estén nunca, al no existir Convenio de Extradición entre España y China, es del todo razonable y suficiente el que las Resoluciones de instancia no aludan más que a estos argumentos, sin necesidad de entrar en otros irrelevantes a partir de unos tales pronunciamientos a la hora de resolver acerca de la admisión a trámite de la querrela*» (cfr. FJ 1.º de la sentencia).

Tal y como hemos mantenido ya en sede de esta misma Revista criterios como los que acabamos de mencionar derivan de una interpretación contraria al espíritu y a la letra del artículo 23.4 de la LOPJ, por tratarse de «una doctrina excesivamente restrictiva en la aplicación del [...] principio de justicia universal», doctrina que, no respeta «lo establecido por el Legislador para la persecución penal extraterritorial del delito de Genocidio en el artículo 23.4 de la LOPJ» (cfr. FJ 1.º del voto particular de la STS en el caso Guatemala, 25 de febrero de 2003). Por lo que se refiere a la exigencia de algún punto de conexión con nuestro país –necesidad de que existan víctimas de nacionalidad española o que el presunto criminal se encuentre en territorio español–, consideramos que se trata de una exigencia derivada de una interpretación *contra legem* del artículo 23.4 de la LOPJ, pues la única limitación que existe para la aplicación de la disposición es que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero. La afectación a víctimas o intereses españoles podría servir para reforzar la competencia de nuestros tribunales, pero no para condicionarla en todo caso. Por otra parte, la presencia del presunto criminal en territorio español es imprescindible en la fase de enjuiciamiento –lo que como es obvio puede conseguirse mediante la extradición–, pues nuestro ordenamiento no permite juicios en rebeldía, pero no constituye una condición previa para la instrucción del caso sobre la base del principio (Cfr en este sentido REMIRO BROTONS, A., *El caso Pinochet. Los límites de la impunidad*, Política Exterior, Biblioteca Nueva, Madrid, 1999, p. 57; FERRER LLORET, J., «Impunidad versus inmunidad de jurisdicción: la sentencia del Tribunal Internacional de Justicia de 14 de febrero de 2002 (República Democrática del Congo contra Bélgica)», *ADI*, vol. XVIII, 2002, pp. 305-346, en particular p. 322). Somos conscientes de que estas consideraciones no fueron las defendidas por los jueces que emitieron el voto particular a la sentencia dicta-

da por el TS, pues afirmaron que nexos como los mencionados «pueden constituir un criterio razonable de autorrestricción para evitar la proliferación de procedimientos relativos a delitos y lugares extraños» (cfr. FJ 11.º del voto particular). Sin embargo, a nuestro modo de ver nada habría que objetar a la aplicación del principio de justicia universal *en estado puro*, esto es, en ausencia del presunto criminal del Estado que pretende su enjuiciamiento, en este caso España. Con ello, los tribunales internos que inician la instrucción alertan del incumplimiento de la obligación internacional que está teniendo lugar, incumplimiento imputable al Estado en cuyo territorio se cometió la infracción, y en su caso, al Estado bajo cuya jurisdicción se encuentre. Y lo que es aún más importante, servirá para conminar a cualquiera de esos Estados a enjuiciar al presunto criminal o a entregarlo a aquel Estado que haya solicitado su extradición, todo ello con el fin de evitar la impunidad (cfr. BOLLO AROCENA, M. D., «Soberanía, justicia universal e inmunidad de jurisdicción en los asuntos: República Democrática del Congo c. Bélgica y República del Congo c. Francia», *R.E.D.I.*, 2004-1 (Vol. LVI), pp. 91-127). A nuestro modo de ver resulta inadmisibles mantener la falta de competencia de los tribunales internos porque no se haya apresado al presunto autor de un delito y pueda resultar muy difícil tal detención. La competencia no puede derivar de la facilidad o la dificultad para aprehender al presunto autor de un crimen internacional. La competencia o incompetencia debe ser resultado de la aplicación de normas jurídicas, no de valoraciones subjetivas en torno a circunstancias que quizás puedan presentarse en un futuro más o menos inmediato.

Por lo que se refiere a la aplicación subsidiaria del principio de justicia universal, cuestión a la que también hace alusión la sentencia objeto del presente comentario, compartimos la opinión que mantuvieron los jueces discrepantes en la sentencia del caso Guatemala cuando señalaron que tal restricción no se encuentra recogida en la LOPJ, de modo que el principio de justicia universal no se aplica de manera subsidiaria sino de forma concurrente «pues precisamente su finalidad es evitar la impunidad, es decir, garantizar que el genocidio será en cualquier caso sancionado» (cfr. FJ 3.º del voto particular). Continuaron señalando, sin embargo, que si el Estado territorial se encuentra persiguiendo *de modo efectivo* el crimen de que se trate, la intervención de terceros Estados quedaría excluida. A nuestro modo de ver, establecer la eficacia o ineficacia de los tribunales del Estado territorial no es una tarea fácil, al menos en algunos casos, y criterios como los mencionados por los jueces discrepantes –aportación por los querellantes de indicios *serios y razonables* de tal inactividad o ineficacia– no despejan demasiado el panorama. Por lo demás, la realidad se ha encargado de demostrar que cuando los actos se cometen desde las propias estructuras de poder del Estado en el que los hechos tienen lugar, la jurisdicción territorial no funciona. De modo que sin menospreciar el principio de territorialidad, como es natural y no puede ser de otra manera, consideramos que en estos casos su eficacia desde el punto de vista de la *administración de justicia* se ve seriamente mermada.

A la vista de todo cuanto se ha señalado consideramos necesario retornar el punto del que se partió en el año 1998, concretamente la letra del artículo 23.4 de la LOPJ que ninguna restricción establece para la aplicación del principio de justicia universal. La razón de ser del principio de justicia universal es poner fin a la impunidad de crímenes internacionales que atentan contra valores especialmente protegidos por la Comunidad Internacional, de ahí que consideremos impropio la inclusión de elementos que vengán a limitar o a eliminar el legítimo derecho de las víctimas, de la Humanidad en su conjunto, a que se haga justicia.

M.ª Dolores BOLLO AROCENA.

2006-40

**CRIMEN CONTRA LA HUMANIDAD-GENOCIDIO.—Aplicación del tipo. Derecho consuetudinario.***Fundamentos de Derecho*

6. *La Sala rechaza la calificación propuesta de delito de genocidio, si bien con los matices que a continuación se verán.*

*En el momento actual, y recalcamos que se trata del momento actual, en atención a los hechos que estrictamente se consideran probados, éstos no se ajustan al tipo de genocidio previsto en el artículo 607 del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777). Entre los elementos definidores del tipo penal están el propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, debiéndose entender que como tal grupo, sin incluirse a los grupos no estables en sí mismos como tales grupos, lo que excluiría específicamente a los grupos políticos. La destrucción parcial de un grupo nacional no es equivalente ni debe abarcar el «autogenocidio», es decir, la destrucción parcial del propio grupo nacional, aunque puedan existir «subgrupos» diferenciados por la ideología.*

*Es necesario tener en cuenta que la Sala da esta interpretación superrestricta y restringida del delito de genocidio en el momento actual, precisamente por haberse incorporado al Código Penal el tipo referido a los delitos de lesa humanidad, de carácter más amplio, y que obliga a reinterpretar este delito en el sentido indicado. No obstante, en el momento de la producción del hecho y hasta la entrada en vigor de este precepto, era correcta su tipificación penal como delito de genocidio.*

*B) La aplicabilidad al caso del vigente tipo penal de lesa humanidad.*

1. *La primera y más importante objeción que se plantea a la calificación jurídica elegida es el de la aplicabilidad al caso del tipo penal correspondiente a los delitos de lesa humanidad, que como sabemos se introdujo novedosamente en nuestro derecho penal positivo y entró en vigor en reciente fecha de 1 de octubre del pasado año. Se plantean, por tanto, obvias cuestiones referidas al principio de legalidad penal, relativas a la tipicidad, taxatividad, accesibilidad, previsibilidad y certeza de la norma penal aplicada, en conexión con el de irretroactividad de las normas penales.[...]*

*La tercera consideración, que trata de conjugar las dos anteriores, se refiere a las especiales características de esta clase de normas penales de derecho interno en cuanto que también contienen o incorporan en derecho interno o reconocen mandatos o prohibiciones preexistentes de derecho internacional público. [...]*

*En relación con estas normas de derecho penal internacional, en general, cabe decir que, entre otras razones, por su carácter predominantemente consuetudinario, al menos en sus orígenes, establecen prohibiciones o fijan de manera más o menos clara núcleos de conductas penalmente reprochables, pero sin, normalmente, establecer ni la sanción penal, ni los procedimientos para imponer ésta, ni la jurisdicción encargada de hacerlo, etc. Su positivización, traslación o recepción en el derecho interno implica grandes dilemas en el sentido de si, efectivamente, el resultado, como en cualquier otra clase de norma interna, y pese a responder y traer causa de un derecho penal preexistente de carácter internacional y con validez erga omnes reconocida, debe proyectar su vigencia sólo hacia el futuro, sin poder abarcar su aplicación a situaciones pasadas, de manera diferente a lo que ocurre con la norma internacional ya existente, y si su validez erga omnes queda aminorada a los límites territoriales del Estado o por el contrario lo hace sobre el conjunto de la humanidad y se refiere a cualquier tipo de conducta con independencia de donde ésta se produzca, tal como ocurría con la norma internacional, y por último, y si la*

*respuesta a la anterior pregunta se inclina por reconocer la universalidad de su vigencia, si cabe, y en ese caso, de qué manera, y en qué condiciones, la persecución de estos delitos no únicamente por la jurisdicción del lugar de acaecimiento, haciendo posible la aplicación de otros criterios diferentes al de territorialidad en la persecución penal o más específicamente, si permite abiertamente el de persecución universal de esta clase de delitos. [...]*

*En el caso de normas penales integradas en el ius cogens internacional, el problema es cómo se aplican éstas por el juez en el caso de que no vengan expresamente recogidas en el ordenamiento interno y, sobre todo en este caso, y partiendo de la obligatoriedad de la aplicación de estas normas, cual es su contenido, tanto en la fijación de las conductas, como en el de la pena a imponer. La respuesta, nos tememos, es que por mucho que se reconozca la validez universal o erga omnes de dichas normas, si no están expresamente recogidas en el derecho interno resultan de facto inaplicadas y posiblemente desde un punto de vista técnico inaplicables, no pasando de ser algo parecido a un derecho puramente simbólico, a no ser que terminen incorporándose al ordenamiento interno, en cuyo caso, la pregunta es: ¿Cuándo entró en vigor la prohibición o mandato que contienen? Por tanto, el interrogante se plantea en los términos de que si, en efecto, existen normas de derecho interno que recogen las internacionales, cómo operan estas normas, si lo hacen siguiendo de todo punto la interpretación tradicional de los principios clásicos del derecho penal o existen situaciones en las que deben compatibilizarse ambos derechos bajo la supremacía del Derecho internacional.*

*Ya hemos anticipado que dichas normas internas ostentan a nuestro juicio, sino una naturaleza jurídica especial, sí características propias que las diferencian de otras, en cuanto que representan o incorporan a otras normas de derecho internacional penal preexistentes. Es más, cabría asimilarlas en algún extremo a las normas (secundarias) de adaptación de la norma de derecho internacional, dotándoles en algún caso de naturaleza semejante a las de las normas de adaptación de los tratados internacionales non self-executing. Estimamos que el carácter de ius cogens de la norma internacional a la que representa o recoge la interna, y cuya obligatoriedad con ello reconoce, le impide ir en contra de su contenido esencial o limitar su ámbito de aplicación temporal objetivo, subjetivo o territorial. Recibida en el Derecho interno la norma de Derecho internacional preexistente para posibilitar su aplicación, no parece lógico que la norma interna olvide que la norma internacional era ya obligatoria per se o de que por sus características y universalidad, con la finalidad de proteger valores superiores de la humanidad, son el conjunto de la Humanidad y la totalidad de los Estados en que ésta se organiza, y no un Estado concreto, los que tienen un interés equivalente en el enjuiciamiento y sanción de dichos delitos.*

## *2. Carácter universal de los crímenes contra la humanidad.*

*[...]*

*2.1 Origen de los crímenes contra la humanidad. [...] el Estatuto del Tribunal Militar Internacional (TMI) de Nuremberg, creado para juzgar y castigar a los grandes criminales de guerra de los países europeos del Eje tras la II Guerra mundial, fue el primer instrumento jurídico que definió, en su artículo 6.c), los «crímenes contra la humanidad» en el Derecho internacional positivo. [...]*

*Desde entonces se ha ido produciendo una importante evolución, de la que no creemos necesario dejar constancia en esta resolución, que ha venido a determinar que el crimen contra la humanidad sea, en la actualidad, un crimen de naturaleza mixta, convencional [Estatuto de la Corte Penal internacional (RCL 2002, 1367 y 1906), Tratados de Derechos Humanos, Tratado de imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, jurisprudencia internacional, etc.] y consuetudinaria (práctica interna y opinio iuris de los Estados), lo que implica la interacción de dos clases de normas, lo que estimamos, como veremos después, que tiene importantes efectos en materia de legalidad penal. [...]*

*2.3 Estimamos que, con independencia de lo que definitivamente pueda acontecer en el ámbito normativo interno, de lo que seguiremos tratando después, no cabe ninguna duda de*

*que este tipo criminal internacional, que genera responsabilidad penal individual, está vigente en Derecho internacional desde hace décadas, y en todo caso sería aplicable al conjunto de la represión en Argentina, de conformidad con el principio de derecho intertemporal tempus regit actum, visto desde la óptica del Derecho internacional. [...]*

4. *El problema de la tipicidad, lex certa, e irretroactividad de la norma penal aplicable.*

*Como ya avanzamos en su momento, el primer y aparentemente mayor problema, que inmediatamente vamos a tratar, para la aplicación del precepto penal contenido en el artículo 607 bis del CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) referido a los crímenes de lesa humanidad lo constituye el de su no vigencia en el momento de la producción de los hechos dada su reciente incorporación al derecho positivo español. El artículo 9.3 de la CE (RCL 1978, 2836), al garantizar el principio de legalidad también se refiere al de la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras mas favorables. El artículo 25 CE, expresamente establece que «Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito... según la legislación vigente en aquel momento». Se plantean, pues, varios problemas relacionados con el principio de legalidad y tipicidad de las normas penales: retroactividad, certeza y previsibilidad de la norma penal aplicable.*

*La correcta resolución de estos problemas requiere ser abordados individualizadamente, que ordenamos de mayor a menor en cuanto a la aparente entidad de los mismos, no en cuanto a su dificultad, sino como decimos en cuanto a su verdadera entidad o importancia: En primer lugar, desde la perspectiva más elemental referida a la posible ausencia de norma penal en el momento de producción de los hechos. En segundo lugar el engarce entre el derecho internacional y el interno. La existencia o no de norma interna. Por último, la aplicabilidad «retroactiva» del vigente artículo 607 bis del CP para la calificación jurídico penal de los hechos.*

1) 1. *En cuanto al primero de los problemas, que hemos enunciado como el de la posible ausencia de norma penal en el momento de producción de los hechos, consideramos que ha quedado suficientemente resuelto con lo que hasta ahora venimos diciendo y que es el hilo conductor de estos razonamientos. Partimos de la prohibición penalmente sancionada, desde hace décadas, por el derecho internacional, de las conductas a que se refiere el tipo penal recientemente introducido, siendo esta prohibición una norma de general aplicación para todos los Estados al ser un norma de ius cogens internacional. No puede decirse, por tanto, que se traten de conductas que no estaban anteriormente prohibidas, como tampoco, como veremos, que sean inciertas o imprevisibles ni en el mandato o prohibición que contienen ni en el de la pena a aplicar.*

1) 2. *En el análisis del problema de la tipicidad, es de destacar que la formulación clásica del principio de legalidad penal (criminal y penal) nullum crimen nulla poena sine lege, en el Derecho internacional se articula como de nullum crime sine iure, lo que permite una interpretación mucho más amplia de las exigencias derivadas de este principio, en cuanto que sería suficiente la consideración como tal en Derecho internacional, aunque no estuviera tipificado en derecho interno. A diferencia de lo que ocurre en los ordenamientos internos, la tipicidad de los crímenes contra la paz y seguridad de la humanidad no está determinada en el orden internacional por su incorporación en textos escritos. En este ámbito la lex se expresa mediante métodos consuetudinarios (y principios generales del Derecho) que la hacen ambigua e insegura hasta que se produce su codificación. [...]*

*Pero hay otros argumentos derivados del propio desarrollo actual del Derecho internacional y de la significación de la noción de comunidad internacional.*

*En primer lugar indicar, se debe evitar que un principio que nació con el objeto de proteger al individuo frente al poder absoluto del Estado se convierta en una barrera protectora que proteja a uno que ataca masivamente los derechos mas elementales de los ciudadanos.*

*En segundo lugar, que difícilmente se vulnera el principio de legalidad penal cuando en el Derecho internacional la figura de los crímenes contra la humanidad está en vigencia (internacional) desde hace ya muchas décadas. Que no existiera un Tribunal o ninguna jurisdicción estatal se hubiera encargado de hacer cumplir o sancionar la infracción de dichas normas internacionales no pone en cuestión la vigencia de las mismas. [...]*

3) 1. [...] *Ha de tenerse en cuenta que el tipo penal finalmente aplicado en esta resolución es el del delito de lesa humanidad contenido en el actual artículo 607bis del CP, que se ha considerado en los términos vistos que es el que resulta jurídicamente mas correcto, además de aplicable en el momento actual. Resulta a juicio de la Sala, en consecuencia, como se ha explicado suficientemente, no aplicable el artículo 607 CP, referido específicamente al delito de genocidio. La pregunta, por tanto, es ¿de que manera se castigaba éstas conductas en el pasado en Derecho interno español? ¿Era correcta la tipificación que se le dio como delito de Genocidio? La respuesta que anticipamos es que sí.*

*[...] cabe preguntarse si, con vistas a la deficiente regulación que se contenía en el derecho positivo anterior, resultaba ilegítimo e improcedente desde la perspectiva del derecho interno español apartarse de ese concepto artificial y excluyente de Genocidio, y por el contrario permitir la incorporación de los etéreos y difusos, pero plenamente vigentes, genéricos delitos contra la humanidad, al menos en sus expresiones mas graves, dentro de la regulación del delito de genocidio, simplemente, respetando el tipo, por la vía de no aceptar, por no considerarse vigentes, ciertos elementos interpretativos restrictivos de su alcance procedentes de su redacción originaria con la que no se guardaba relación. [...] El tipo español, tal como viene descrito, en su literalidad, no impide la interpretación que le fue dada en su momento por el Juzgado instructor y por el Pleno de esta Sala en su resolución de noviembre de 1998, ni fue forzado para incluir las conductas atribuidas en aquel momento al acusado. Es la propia evolución del derecho, la referencia a otros tipos penales nuevos, y su contextualización dentro de los delitos contra la humanidad, lo que por el contrario vuelve ahora a restringir, y devuelve la regulación contenida en el artículo 607 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), no tanto al concepto primitivo, clásico, estricto y súper restringido de genocidio, que estimamos quedó en su momento superado, y ya hace tiempo que no existe, sino a su consideración como el tipo mas superespecífico de los crímenes contra la humanidad, algo así como si se tratara, valga el expresivo símil, como la última y mas pequeña de las figuras en una muñeca rusa. [...] Es verdad que dicha calificación sirvió, pero afirmamos que sigue sirviendo, como punto de conexión o requisito habilitante de la actuación de la jurisdicción española desde la perspectiva meramente interna, es decir, de los previstos en el artículo 23 de la LOPJ (RCL 1985, 1578 y 2635), necesarios según el orden interno español para la actuación de la jurisdicción española. Nos referimos a que los hechos serían susceptibles también de ser considerados incursos dentro de ese concepto amplio o social de genocidio, ya superado por la más precisa y acorde con el Derecho Internacional actual, pero todavía desplegando vigencia en el momento actual como derecho penal anteriormente existente, no obstante preferirse ahora por el Tribunal, desde una perspectiva estrictamente penal, calificarlos como crimen de lesa humanidad según el Código Penal en su redacción vigente. Hemos de decir, que había y hay otros elementos, más que alternativos, complementarios, de esa competencia jurisdiccional desde la perspectiva interna española. Nos estamos refiriendo a que los hechos también serían susceptibles de constituir delito de terrorismo perseguible internacionalmente, como también de torturas de ciudadanos españoles perseguible también en función del principio de personalidad pasiva (aunque el artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no reconozca expresamente jurisdicción universal a nuestros tribunales sobre los delitos de torturas, tal reconocimiento puede entenderse implícito en la cláusula general de remisión a los tratados que la imponen (ap. g), ya que el Convenio del 84 establece la jurisdicción universal en caso de presencia del acusado en el territorio del Estado parte de que se trate, lo que evidentemente*

*te acontece en el presente caso), aunque el tribunal no considere procedente establecer calificaciones autónomas por dichos delitos al considerar están en una relación de consunción del núm. 3 del artículo 8 del CP.*

*Como última conclusión en relación con este tema que suscitó en su momento amplia polémica, cabe decir que las afirmadas tensiones entre el llamado concepto «social» o amplio y el técnico-jurídico estricto de Genocidio en la situación anterior al vigente Código Penal solo tenían razón de ser en el ámbito puramente doctrinal y especulativo. En el ámbito de la práctica, dichos conceptos diferentes eran posibles y convivían perfectamente en los diversos planos de la realidad posibles: en el ámbito interno del derecho español y en el internacional; en el estricto técnico jurídico y en el de la realidad social y aplicativa del Derecho; en el procesal y en el sustantivo penal, en el que viene perfectamente reconocido que era consuetudinariamente aplicable la figura de los crímenes contra la Humanidad, idea sobre la que a nuestro juicio existe total consenso de la Comunidad internacional. [...]*

5. *Sobre la aplicabilidad general los crímenes contra la humanidad.*

1. *La competencia de la jurisdicción española en el caso puede ser examinada desde la doble perspectiva que se viene haciendo, desde la del Derecho internacional y desde el nacional interno. Aunque las normas nacionales admitan la competencia jurisdiccional extraterritorial para la persecución penal de un delito acaecido en el territorio de otro Estado [art. 23.4 y 5 LOPJ (RCL 1985, 1578 y 2635)], estimamos que necesita para ser legítima en el ámbito internacional su reconocimiento en dicho espacio. En el presente caso, y como venimos afirmando, tratándose de responsabilidad individual por delitos contra la humanidad, viene reconocida esta posibilidad de ejercicio de la persecución penal a cualquier otro Estado. [...]*

2. *[...] La razón de la utilidad de la existencia de los crímenes contra la humanidad es precisamente la de garantizar su persecución esencialmente por las dificultades extremas o imposibilidad de la persecución interna de esta clase de delitos y el interés de la comunidad internacional es su persecución y castigo no siendo tan importante su concreta tipificación que puede quedar al cuidado de los derechos internos sino establecer un sistema internacional de persecución efectiva.*

*Muestra de ello es, por ejemplo, el que aunque el Estatuto del CPI (RCL 2002, 1367 y 1906) establezca el principio de complementariedad de su actuación, la circunstancia de la persecución en el ámbito interno no opera automáticamente sino procesalmente como excepción en los artículos 17 y 18, siendo necesaria en todo caso la prueba de una persecución eficaz y que no entrañe fraude.*

*En definitiva, una de las características esenciales de los delitos contra la humanidad, desde nuestro punto de vista la que verdaderamente los singulariza, es su perseguibilidad internacional más allá del principio de territorialidad. Resulta cierto que lo más neutral y menos complicado desde el punto de vista de las relaciones internacionales entre Estados, es que sea un Tribunal Internacional general o ad hoc el que los persiga, sin embargo, lo esencial, reiteramos, es que esa persecución internacional, aunque sea complementaria o subsidiaria de la interna inefectiva o inexistente, se produzca, de tal manera que cuando no se ha podido producir, bien sea por inexistencia, o por otra causa de actuación de un tribunal internacional, el principio de necesaria persecución y de posibilidad de persecución internacional de estos delitos sigue indemne, por lo que resulta procedente que en estos casos actúe una jurisdicción nacional en sustitución de la internacional y haciendo funciones de ésta. En la esencia, existen pocas diferencias de fondo o sustancia entre una y otra situación, ya que lo que es determinante es la internacionalidad del delito y la necesidad asumida desde la comunidad internacional de que sea perseguido, y si la comunidad internacional no pone directamente los medios, y no deroga estos principios básicos de convivencia, puede decirse que no solo está consintiendo de facto, sino de iure, esta actuación de jurisdicciones nacionales en*

*actuación internacional, al menos en este específico aspecto referido a la misión de defensa y protección de los derechos humanos contra los ataques más bárbaros de que puede ser objeto. Es necesario reconocer que, aunque «lo internacional» ciertamente tiene aspectos más pragmáticos y menos de principios, nos estamos refiriendo a las exigencias de las buenas relaciones internacionales entre los Estados, hay situaciones inadmisibles y que de ninguna manera pueden tener la consideración de injerencias de unos Estados en los asuntos de otros, sino de la propia Comunidad internacional, que además se preocupa en el establecimiento de puras y simples responsabilidades individuales de los sujetos.*

*Estimamos, pues, que resulta legítimo en estos casos que un Estado asuma la defensa de los intereses de la comunidad internacional y persiga penalmente a individuos en virtud del principio de responsabilidad individual.*

*A todo ello se puede añadir, como importante elemento coadyuvante, y de extraordinaria importancia en este caso, la defensa de los propios intereses en la defensa de sus nacionales víctimas del delito. Lo que de ninguna manera tiene a nuestro juicio justificación es la impunidad en el ámbito internacional. [...]*

6. *La no persecución penal de los hechos en Argentina como elemento justificante de segundo grado de la actuación de la jurisdicción española.*

6.1 *Si a tenor de lo que hasta ahora venimos exponiendo resulta incuestionable la universalidad en la persecución de los crímenes contra la humanidad sobre todo cuando viene ejercida por Tribunales internacionales, lo que implica el reconocimiento de la vigencia de este principio más allá del de territorialidad, sin embargo tampoco cabe en principio excluir éste, en cuanto que aparece como el primero y más natural de los principios de actuación jurisdiccional. No obstante, esta regla tiene excepciones, por ejemplo en el caso de los Estatutos para los Tribunales de la ex Yugoslavia y Ruanda en los que la competencia viene establecida en primer grado a dichos Tribunales ad hoc, siendo el principio de territorialidad puramente funcional.*

*Sin embargo, pierde justificación la actuación jurisdiccional internacional cuando actúan eficazmente los tribunales del territorio en el ejercicio de su jurisdicción y se satisfacen de forma adecuada las necesidades de justicia. En ese caso estimamos no será posible o al menos no resulta adecuada la actuación de la jurisdicción internacional, salvo en el caso de que ésta esté expresamente reservada para los Tribunales internacionales.*

*Esta regla resulta igualmente aplicable cuando lo que se ejerce es la jurisdicción internacional por una jurisdicción nacional. La actuación eficaz de las autoridades competentes territorialmente vacía de contenido a la jurisdicción universal. El mayor problema que se plantea en este caso es determinar cuando efectivamente se ha ejercido jurisdicción eficaz. A este respecto, resultan útiles los criterios contenidos en el artículo 17 del Estatuto de la Corte Penal Internacional (RCL 2001, 1367 y 1906) a la hora de determinar si se ha ejercido o se está ejerciendo jurisdicción efectiva por parte del Estado en cuestión, a los efectos de actuación del principio de complementariedad.*

*La actuación de la jurisdicción española en actuación del principio de universalidad ha venido determinada por la falta de actuación eficaz de la justicia argentina que ha dado lugar a una situación de impunidad de los responsables penales de los hechos, situación que de forma diferente a lo acontecido en otros países ha devenido, salvo en el caso de que queden definitivamente anuladas las Leyes de punto final y obediencia debida, irreversibles. [...]*

7. *Otro de los elementos que justifican la actuación de la jurisdicción española para este específico caso es precisamente la sujeción del encausado a la misma, al encontrarse en territorio español una vez que el propio acusado decidió ponerse a disposición de la misma.*

*Sentencia Tribunal Supremo, núm. 345/2005 (Sala de lo Penal), de 18 de marzo.*

## VIII. DERECHO COMUNITARIO EUROPEO

2006-41

**DERECHO COMUNITARIO.—Cuestión prejudicial. Principio de igualdad y no discriminación. Principio de primacía del Derecho comunitario. «Eficacia vertical» de las Directivas. ¿Inaplicabilidad de norma interna con rango superior al reglamentario por incompatibilidad con el Derecho comunitario?**

Único [...] De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el Derecho comunitario existen implícitos unos derechos fundamentales que han de guiar su aplicación y éstos son aquellos que nacen de las tradiciones jurídicas y constitucionales comunes de los Estados miembros. Las exigencias derivadas de la protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario no solamente vinculan a las instituciones comunitarias, sino también a los Estados miembros, pero solamente cuando éstos aplican la normativa comunitaria. En su virtud los Estados miembros están obligados a aplicar la normativa comunitaria de modo que no se menoscaben tales exigencias [véanse las sentencias de 24 de marzo de 1994 (TJCE 1994, 40), Bostock, C-2/1992, y de 13 de abril de 2000 (TJCE 2000, 80), Karlsson y otros, C-292/1997], además de la Rodríguez Caballero, citada.

Entre los derechos fundamentales que los Estados miembros han de respetar en la aplicación del Derecho comunitario figura, en particular, el principio general de igualdad y no discriminación. Este principio exige que las situaciones comparables no reciban un trato diferente, a no ser que éste se justifique objetivamente [véanse, por ejemplo, las sentencias de 12 de julio de 2001 (TJCE 2001, 198), Jippes, C-189/2001, y de 23 de noviembre de 1999 (TJCE 1999, 277), Portugal/Consejo, C-149/1996]. De acuerdo con el Tribunal de Justicia, cuando se constata una discriminación contraria al Derecho comunitario, y en tanto no se adopten medidas que restablezcan la igualdad de trato, únicamente puede garantizarse el respeto del principio de igualdad concediendo a las personas incluidas en la categoría perjudicada las mismas ventajas de que disfrutaban las personas comprendidas en la categoría beneficiada. En tal hipótesis, el Juez nacional debe dejar sin aplicar toda disposición nacional discriminatoria, sin solicitar o esperar previamente su derogación por el legislador, y debe aplicar a los miembros del grupo perjudicado por dicha discriminación el mismo régimen del que disfruten los demás trabajadores [véanse las sentencias de 7 de febrero de 1991 (TJCE 1991, 128), Nimz, C-184/1989, y de 28 de septiembre de 1994 (TJCE 1994, 164), Avdel Systems, C-408/1992].

[...]

En primer lugar hay que tener en cuenta el principio de primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho interno. Efectivamente, las normas del Derecho Comunitario tienen primacía frente a las de Derecho interno, puesto que, según la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea a partir de sus sentencias Vand Gend en Loos, de 5 de febrero de 1963, y, muy especialmente, Costa contra ENEL, de 15 de julio de 1964 (TJCE 1964, 1141), «no cabe (...) que la fuerza ejecutiva del Derecho comunitario varíe de un Estado a otro al amparo de medidas legislativas internas ulteriores sin poner en peligro la consecución de los objetivos del Tratado CEE (LCEur 1986, 8) contemplados en el artículo 5.2 (actual artículo 10), ni provocar una discriminación prohibida por el artículo 7 (actual artículo 12). (...) Al Derecho nacido del Tratado CEE (...) no podría oponérsele por vía judicial ningún

*texto interno sin que perdiera su carácter comunitario y sin que se pusiera en tela de juicio el propio fundamento jurídico de la Comunidad (...)*».

*Esta primacía se predica respecto de todo tipo de normas comunitarias, tanto de Derecho Originario como de Derecho Derivado (a reserva de su validez, que si fuera cuestionada habría de ser resuelta por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, por ejemplo, a través de una cuestión prejudicial), y respecto de todo tipo de normas de Derecho interno, no sólo de las de rango legal o reglamentario, sino incluso, en un supuesto extremo, de las de rango constitucional [Declaración 1/2004 del Tribunal Constitucional español, de 13 de diciembre de 2004 (RTC 2004, 256)].*

*Este principio de primacía es matizado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea cuando se trata de Directivas, en base a la peculiar configuración jurídica de las mismas, [...] En todo caso y como principio general el Tribunal de Justicia ha declarado que las Directivas forman parte del Derecho Comunitario y por tanto son susceptibles de ser alegadas ante las jurisdicciones nacionales, puesto que sería incompatible con el efecto obligatorio que el artículo 189 del Tratado CEE (actual artículo 249) reconoce a la Directiva, excluir, en principio, que la obligación que impone pueda ser invocada por las personas afectadas. De modo particular en aquellos casos en que las autoridades comunitarias hubieran, por medio de una Directiva, obligado a los Estados miembros a adoptar un determinado comportamiento, el efecto útil de tal acto se vería debilitado si los particulares afectados no pudieran invocarla y las jurisdicciones nacionales no pudieran tenerla en cuenta en tanto que elemento de Derecho comunitario [sentencia de 4 de diciembre de 1974 (TJCE 1974, 1337) del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto 41/74, Van Duyn]. En ese sentido es jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia que «el Estado miembro que no haya adoptado, en el plazo señalado, las medidas de ejecución impuestas por una Directiva no puede invocar frente a los particulares el incumplimiento, en que él mismo ha incurrido, de las obligaciones que implica la Directiva (éstos son los llamados “efectos verticales” de las Directivas). Por tanto, 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 pueden ser invocadas, a falta de medidas de aplicación adoptadas en el plazo señalado, en contra de cualquier disposición nacional no conforme a la Directiva, o también si son de tal naturaleza que definen derechos que los particulares pueden invocar frente al Estado». «La facultad del Estado miembro de elegir entre muchos medios posibles para conseguir el resultado prescrito por una Directiva no excluye la posibilidad, para los particulares, de alegar ante los órganos jurisdiccionales nacionales los derechos cuyo contenido puede determinarse con suficiente precisión basándose únicamente en las disposiciones de la Directiva» (sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 19 de enero de 1982 en el asunto Becker y 296/91, de 19 de noviembre de 1991, en el asunto Francovich y otros contra la República Italiana).*

[...]

*Sin embargo hay que constatar que no existe, ni en el Derecho comunitario ni en el Derecho español, nada semejante a la cuestión de constitucionalidad en relación con el Derecho Comunitario, ni originario ni derivado. Cuando el sentido del fallo dependa de la aplicación de una norma con rango de Ley y el órgano judicial nacional considere que dicha Ley puede ser contraria al Derecho Comunitario, sólo puede usar de sus facultades interpretativas, intentando buscar una interpretación de la Ley conforme al Derecho comunitario. Si la Ley tiene un sentido claro, no existiendo opción interpretativa que permita su compatibilidad con el Derecho comunitario, no existe norma alguna en el Derecho Español que permita al órgano judicial nacional dejar de aplicar la misma [semejante a lo que dispone el artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1578, 2635) en relación con las normas de rango*

reglamentario], ni que permita iniciar un procedimiento ante un órgano como el Tribunal Constitucional que pueda declarar la nulidad de la Ley erga omnes.

A su vez la cuestión prejudicial del artículo 234 del Tratado de la Comunidad Europea (LCEur 1986, 8) únicamente permite analizar la validez de las normas del Derecho comunitario derivado, pero no de las normas del Derecho interno y ello aunque la cuestión se formule en términos de posible incompatibilidad entre la norma del Derecho interno y el Derecho comunitario, puesto que en ese caso la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea tiene un alcance meramente declarativo, dando una interpretación auténtica del Derecho comunitario, pero el fallo dictado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea no implica por sí mismo una declaración de nulidad de la norma del Derecho interno, ni produce efecto alguno de naturaleza constitutiva sobre la validez o vigencia de esa norma. Ha de ser el órgano judicial nacional el que extraiga, con arreglo a sus competencias y facultades, las consecuencias pertinentes en el orden del Derecho interno del Estado. Pero en el caso español no existe atribución alguna de potestad a los órganos judiciales para dejar de aplicar o declarar la nulidad de normas con rango superior al reglamentario, esto es, esencialmente, las Leyes ordinarias y orgánicas y la propia Constitución, salvo que se entienda (y ésta es una de las cuestiones que se someten al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ahora) que el propio Derecho comunitario implica por sí mismo la atribución de dicha potestad a los órganos judiciales nacionales.

[...]

La doctrina del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, si fuese aplicable en el caso del Sr. Pablo, determinaría que el artículo 33.2 del Estatuto de los Trabajadores sería contrario al derecho comunitario de igualdad ante la Ley y que, por consiguiente, deba ser inaplicable por el órgano judicial nacional para dar preferencia a dicho derecho fundamental, [...]

[...]

Si, [...], se entendiese que en el caso del Sr. Pablo estamos aplicando Derecho comunitario, y si el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea mantiene para este caso la interpretación del derecho fundamental a la igualdad de trato por la Ley realizada en la sentencia Rodríguez Caballero, de ello podría resultar que ese derecho fundamental comunitario tuviera primacía sobre la norma legal contenida en el artículo 33.2 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997) y la interpretación del derecho fundamental a la igualdad de trato dada por el Tribunal Constitucional español en aplicación del artículo 14 de la Constitución Española (RCL 1978, 2836).

[...] sería preciso saber si el Derecho comunitario, en base al artículo 10 del Tratado (LCEur 1986, 8) o al principio de primacía, permite y obliga, por sí solo, a los órganos judiciales nacionales para que dejen de aplicar las normas internas que entiendan que son contrarias al Derecho comunitario, con independencia del rango de las mismas e incluso si tienen rango de Ley aprobada por el Parlamento.

[...]

El problema se plantea por el hecho de que no había vencido en dicho momento el plazo máximo fijado a los Estados miembros para incorporar a su Derecho interno el contenido de la Directiva. A pesar de ello el Derecho español, desde mucho antes de que la Directiva entrase en vigor, ya contemplaba la protección por el Fondo de Garantía Salarial de determinadas indemnizaciones por finalización del contrato de trabajo, entre las que se encuentra la indemnización por despido derivado de causas económicas, que es el tipo de indemnización a la que tiene derecho el Sr. Pablo. Podría pensarse por tanto que desde el momento en que entró en vigor la Directiva, en la medida en que su contenido ya estaba incorporado en el Derecho español, el Estado español está aplicando la Directiva cuando resuelve sobre

*la protección del Fondo de Garantía Salarial en relación con indemnizaciones por finalización de contrato.*

**[Auto del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Social, Sección 2.ª), de 28 de enero de 2005. Ponente: Sr. D. Rafael Antonio López Parada.]**

F.: Aranzadi (Westlaw).

2006-42

**DERECHO COMUNITARIO.—Planteamiento de cuestión prejudicial: apreciación por el Juez nacional de su pertinencia. Doctrina del «acto claro».**

*Sexto.—El procedimiento de remisión prejudicial se basa en una cooperación que implica un reparto de funciones entre el Juez nacional, competente para aplicar el derecho comunitario a un litigio concreto, y el Tribunal de Justicia, al que corresponde garantizar la interpretación uniforme del Derecho comunitario en el conjunto de los Estados miembros (STJCE 16 de diciembre de 1981, Foglia/Novello, 244/1980). Sólo al Juez nacional corresponde valorar la necesidad de una decisión prejudicial y la pertinencia de las cuestiones suscitadas por las partes, atendiendo a la existencia o no de un problema de interpretación del Derecho comunitario aplicable que no pueda resolver por sus propios medios; pues no puede ignorarse que también a él le corresponde aplicar dicho derecho comunitario y que el monopolio jurisdiccional del TJCE sólo afecta a la declaración de invalidez de los actos de Instituciones comunitarias [STJCE 22 de octubre de 1987, Foto Frost, 341/1985 (TJCE 1987, 30)]. De manera que el artículo 177 TCEE no constituye una vía de recurso abierta a las partes de un litigio pendiente ante el Juez nacional; no basta con que las partes sostengan que el litigio plantea una cuestión de Derecho comunitario para que resulte obligado el planteamiento de la cuestión prejudicial, sino que el Juez nacional ha de decidir sobre la necesidad del reenvío prejudicial tomando en consideración los siguientes elementos: a) aplicabilidad de las disposiciones de derecho comunitario al litigio; b) existencia de una duda sobre el significado o la validez de una norma de derecho comunitario aplicable, de cuya decisión dependa el fallo del litigio; y c) imposibilidad de resolver por sí mismo dicha duda sin poner en riesgo la uniformidad interpretativa y de aplicación del derecho comunitario. En síntesis, sustituido, en la propia doctrina del Tribunal del Justicia de las Comunidades Europeas, el criterio de la «separación» por el de la «cooperación» al diseñar el reparto de las funciones jurisdiccionales entre el Juez comunitario y el Juez nacional (STJCE 11 de diciembre 1965, Schwarze, 16/1965), corresponde a éste: la iniciativa de la remisión (SSTJCE de 16 junio de 1981, Salonia, 126/1980, y 6 de octubre de 1982, Cilfit, 283/1981); y decidir si es «necesario para dictar su fallo» que el TJCE se pronuncie prejudicialmente, con autoridad de cosa interpretada [STS de 3 de noviembre de 1993 (RJ 1993, 8847)] sobre algún extremo del Derecho comunitario («pertinencia de la cuestión planteada»). Así, pues, conforme al sistema resultante del artículo 177 TCEE, «el Juez nacional, que es el único que tiene un conocimiento de los hechos del asunto así como de los argumentos aducidos por las partes, y que deberá asumir la responsabilidad de la resolución judicial que haya de ser pronunciada, está mejor situado para apreciar, con pleno conocimiento de causa, la pertinencia de las cuestiones de derecho suscitadas en el litigio de que conoce y la necesidad de una decisión prejudicial, para poder dictar su resolución» (STJCE de 29 de noviembre de 1978, Pigs Marketing Board, 83/1978). Los párrafos 2 y 3 del citado artículo 177 TCEE distinguen la facultad de plantear cuestiones al Tribunal de Justicia que corresponde a cualquier órgano jurisdiccional de uno de los Estados*

*miembros y la «obligatoriedad» de plantear la cuestión y efectuar la remisión al Tribunal de Justicia cuando se trata del «órgano jurisdiccional nacional cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de derecho interno». En este caso, para garantizar la unidad y aplicabilidad del Derecho comunitario, teniendo en cuenta, además, el valor de jurisprudencia nacional que tienen las resoluciones de dicho órgano jurisdiccional supremo, se impone la obligación de plantear, antes de decidir el litigio, la cuestión prejudicial. Ahora bien, ello no supone negar un margen de apreciación del Juez de última instancia o supremo Juez nacional para determinar la «pertinencia» o efectuar el «juicio de relevancia» para el planteamiento de las cuestiones prejudiciales». (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª), de 15 de julio de 1999 (RJ 1999, 7153)].*

**[Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Las Palmas, núm. 96/2004 (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1.ª), de 6 de febrero. Ponente: Sr. D. Jesús José Suárez Tejera.]**

Al respecto *vid.* también:

**[Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, núm. 312/2004 (Sección 19.ª), de 26 de noviembre. Ponente: Sr. D. Miguel Ángel Lombardía del Pozo; y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Burgos, núm. 66/2005 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), de 3 de febrero. Ponente: Sra. D.ª Begoña González García.]**

F.: Aranzadi (*Westlaw*).

2006-43

#### **DERECHO COMUNITARIO.—Principio de primacía del Derecho comunitario. Inaplicación del Derecho interno por vulneración del Derecho comunitario. Principio de eficacia directa de las normas comunitarias.**

*Cuarto.—Para alzarse frente a aquella pretendida antinomia la Comisión de las Comunidades Europeas planteó el recurso oportuno ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, siendo dicho órgano judicial quien a través del proceso correspondiente se pronunció sobre dicha contradicción en sentido afirmativo, de tal manera que la Sentencia de la misma, en cuanto interpretativa del alcance y consecuencias sobre el Derecho español de la Directiva Comunitaria 91/439 (LCEur 1991, 1041) resulta directamente aplicable por esta Sala por el principio de prevalencia sobre el derecho interno de la normativa comunitaria, máxime cuando la discordancia entre ambos ha sido evidenciada por el órgano judicial de las Comunidades Europeas competente para realizar dicha declaración, ya que la primacía del Derecho Comunitario exige que sean los órganos judiciales, en este caso los Tribunales españoles, los llamados a asegurar directamente la efectividad de tal Derecho.*

*Así lo tiene declarado el Tribunal de Justicia de las Comunidades en su Sentencia de 9 marzo 1978 (asunto Simmenthal), en la que afirma que «resultaría incompatible con las exigencias inherentes a la naturaleza misma del Derecho comunitario toda disposición de un ordenamiento jurídico nacional o toda práctica —legislativa, administrativa o judicial— que tuviera por efecto disminuir la eficacia del Derecho comunitario por el hecho de no reconocer al Juez competente para aplicar este Derecho el poder de hacer, en el momento mismo de esta aplicación, todo lo necesario para descartar las disposiciones legislativas nacionales que eventualmente constituyen un obstáculo para la plena eficacia de las normas comunitarias».*

[...]

*Quinto.—La aplicación directa del Derecho comunitario y su prevalencia sobre el Derecho interno, cuando éste contravenga las disposiciones de aquél, es cuestión abordada de forma constante por la jurisprudencia*

[...]

*Sexto.—Afirmada, pues, por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas la vulneración por el Reino de España de las obligaciones dimanantes del Derecho Comunitario por incompatibilidad entre los preceptos anteriormente reseñados y la Directiva 91/439/CEE del Consejo, de 29 de julio de 1991 (LCEur 1991, 1041) sobre el permiso de conducción por razones de fondo, nos corresponde deducir de este hecho las consecuencias jurídicas pertinentes, que no pueden ser otras que la declaración de inaplicabilidad del Reglamento General de Conductores de 30 de mayo de 1997 (RCL 1997, 1427, 2275) en los artículos específicamente determinados por la Sentencia como vulneradores del Derecho comunitario, lo que resulta obligado en términos generales para toda norma nacional contraria al derecho comunitario, según jurisprudencia constante del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, ya que no resulta posible la declaración de nulidad de los preceptos reglamentarios al afectar a disposiciones de carácter general para cuya declaración de nulidad no es competente esta Sala.*

[...]

*Séptimo.—Sentadas las premisas básicas sobre la primacía del derecho comunitario sobre el nacional cuando exista contradicción entre ambos y la obligación del Juez nacional de inaplicación de este último, una vez declarada la antinomia entre ambos por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, resulta obligada la referencia a los fundamentos jurídicos de la Sentencia por aquél dictada sobre los cuales se sustenta la vulneración por el Reglamento General de Conductores de la Directiva 91/439 (LCEur 1991, 1041), que limitaremos a la apreciación de la contradicción con el artículo 22 de la norma reglamentaria nacional, por ser la directamente aplicable al supuesto de autos.*

**[Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, núm. 737/2004 (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1.ª), de 27 de octubre. Ponente: Sra. D.ª María Teresa Marijuán Arias.]**

Al respecto *vid.* también:

**[Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Málaga, núm. 1505/2004 (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1.ª), de 20 de octubre. Ponente: Sr. D. Manuel López Agullo; Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de 20 de enero de 2004. Ponente: Sr. D. Javier Huerta Trolez; Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de 30 de marzo de 2005. Ponente: Sr. D. Antonio Castañeda Boniche; y Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de 27 de enero de 2004. Ponente: Sr. D. Antonio Castañeda Boniche.]**

F.: Aranzadi (*Westlaw*).

2006-44

## **DERECHO COMUNITARIO.—«Eficacia vertical» de las Directivas.**

*Primero.—[...]Pues bien, es de recordar que en un principio las Directivas no tienen reconocido el efecto directo; así es, el Tratado no contempla el precitado efecto, sólo indirectamente el Tratado de Amsterdam, y ello en cuanto que la Directiva tiene como destinatario directo al Estado miembro y en esencia se trata de una norma mediata que exige el comple-*

mento normativo del Estado, el cual va a poseer un margen de apreciación en cuanto a la elección de medios y formas para alcanzar el resultado prescrito. Con todo el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, ha abierto decididamente una línea jurisprudencial que se decanta por la posibilidad de que las Directivas gocen de dicho efecto, pero ello cumpliendo ciertas condiciones.

Recordemos que dicho Tribunal basa dicha doctrina en que el Tratado, al regular la cuestión prejudicial (artículo 234 TCE), presupone la aplicabilidad directa del derecho comunitario en los litigios internos, sin distinción de fuentes ni de formas de Derecho derivado; el hecho de que el reglamento posea efecto directo expreso no permite concluir que las demás normas carezcan de esta cualidad, máxime una vez que se admite para disposiciones del Tratado cuya estructura de mandato (imponen al Estado miembro obligaciones de hacer) es similar a la de la directiva; para alcanzar los objetivos del Tratado, la idea de efecto útil exige una interpretación del ordenamiento comunitario que lo haga lo más eficaz posible; por último, sería incompatible con la naturaleza obligatoria de la directiva excluir por principio que el resultado que la misma impone pueda ser invocado por las personas a quienes concierne, es decir, el Estado no puede oponer a los particulares el propio incumplimiento de las obligaciones que la directiva comporta. En otro caso, el ordenamiento, al consentir que el Estado aplique un derecho que estaba obligado a modificar previamente, admitirla un comportamiento estatal incongruente con el carácter imperativo del derecho comunitario.

Por todo ello, al poder invocar el particular ante el Juez nacional y frente al Estado incumplidor el resultado prescrito en la Directiva, el efecto directo corrige la anomalía que implica el incumplimiento de la directiva por parte del Estado, impidiéndole que puede sacar ventaja de haber infringido el derecho comunitario, configurándose como un mecanismo sancionatorio o punitivo del comportamiento estatal y como una última garantía dirigida a asegurar la eficacia vertical de la Directiva.

Siendo ello así, lo procedente es analizar si se cumplen las condiciones que recuerda el TJCE a los efectos de aplicar al caso que nos ocupa la tantas veces citada Directiva.

Conforme a la consolidada jurisprudencia del TJCE, el efecto vertical de las Directivas exige:

– que el Estado no haya adaptado el Derecho nacional a la directiva dentro del plazo fijado o lo haya hecho incorrectamente, sin que resulte posible invocar el efecto directo de la directiva antes de transcurrido el plazo concedido para la transposición (sentencia TJCE de 5 de abril de 1979, Ratti, 148/78; 3 de marzo de 1994, Vaneetveld, C-316/93)

– que las disposiciones invocadas, desde el punto de vista de su contenido, no estén sujetas a condición alguna y sean lo suficientemente precisas. En este sentido, el tribunal entiende que una disposición es «incondicional», cuando no está sujeta a ninguna condición ni subordinada, en su ejecución o en sus efectos, a la adopción de ningún acto de las Instituciones de la Comunidad o de los Estados miembros, y «suficientemente precisa» para ser invocada por un particular y aplicada por el Juez, cuando impone una obligación en términos inequívocos (sentencia TJCE de 23 de febrero de 1994, Comitato di Coordinamento per la difesa della Cava, C-236/92).

A la vista de la regulación realizada, ya se ha hecho mención como el ámbito de exclusión se prevé abierto y en función de las peculiaridades de la actividad, en la que se prevé la posibilidad de establecer excepciones vistas, artículo 17, bajo criterios abiertos, recordando la resolución impugnada la peculiar regulación que sobre la materia ha realizado el Estado, siendo de observar como se establece una jornada en cómputo semanal de 37,30 horas, como jornada ordinaria, y la obligación, exigida por la actividad y función, de un sistema de guardias, como horario complementario, en sus dos modalidades de presencia física y localización, no sólo queda justificada la excepción en este caso, sino en lo que ahora interesa, resulta

*evidente que la disposición invocada para su aplicación directa no resulta todo lo precisa, todo lo suficientemente precisa e inequívoca, para que pueda aplicarse directamente.»*

**[Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 2.<sup>a</sup>), de 8 de abril de 2005, recurso núm. 219/2003.** Ponente: Sr. D. Ángel Salas Gallego]. En el mismo sentido *vid.* **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 2.<sup>a</sup>), de 8 de abril de 2005, recurso núm. 260/2003.** Ponente: Sr. D. Ángel Salas Gallego; y **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 2.<sup>a</sup>), de 15 de abril de 2005, recurso núm. 259/2003.** Ponente: Sr. D. Ángel Salas Gallego.]

F.: Aranzadi (Westlaw).

2006-45

#### **DERECHO COMUNITARIO.—Alegación de jurisprudencia del TJUE y del TPI.**

*Cuarto [...] B) La garantía de la libre competencia radica, tal y como ha reiterado la jurisprudencia del Tribunal de la Unión Europea, en la publicidad de precios y asegurando la libertad de elección del consumidor o usuario. En el presente caso, el usuario ha tenido oportunidad de conocer las tarifas y su sistema de cálculo, y ha optado libremente por hacer uso del servicio en tales condiciones, sin que sea lícito volverse contra sus propios actos y tras el disfrute pretender cuestionar los precios preestablecidos. Asimismo, hemos de hacer hincapié en que el aparcamiento en cuestión no constituye un servicio en situación de monopolio de hecho o de derecho, ya que el usuario puede optar por otros establecimientos del ramo, públicos o privados, que existen en tan céntrica zona de Oviedo.*

**[Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Asturias, Oviedo, núm. 33/2005 (núm. 5), de 2 de febrero.** Ponente: Sr. D. José Ramón Chaves García]. En el mismo sentido *vid.* **Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Asturias, Oviedo, núm. 25/2005 (núm. 5), de 27 de enero.** Ponente: Sr. D. José Ramón Chaves García.]

F.: Aranzadi (Westlaw).

2006-46

*Cuarto [...] debe recordarse que la determinación de cuando ha de apreciarse la concurrencia de la subrogación legal no había sido cuestión pacífica tanto para la doctrina científica como para la propia doctrina judicial, viniéndose observando una cierta falta de sintonía entre la interpretación dada a esta figura tanto por el TS como por el TJCE. Así, mientras la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, se ha venido decantando, [...], por entender necesaria la transmisión de cierta infraestructura para afirmar el efecto subrogatorio, [...]. Por el contrario el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, había mantenido una línea más vacilante en la interpretación de las Directivas Comunitarias en la materia, [...]. Así, si en las sentencias de 14-4-1994 (TJCE 1994, 54) (caso Schmidt) al igual que, con algunos matices, en la de 7-3-1996 (caso M) puso el acento en la continuación de la actividad productiva, sin embargo, en las de 10-12-1998 [casos S. H. (TJCE 1998, 309) y H. V. (TJCE 1998, 308)] el Tribunal de*

*Luxemburgo parecía venir a sintonizar en buena medida con el criterio de nuestro Tribunal Supremo. No obstante, en la sentencia de 15-1-2002 (TJCE 2002, 9) (asunto Temco) y otras posteriores como la de 20-11-2003 (TJCE 2003, 386) (asunto Sodexho) parece nuevamente decantarse por el criterio de que no se precisa tal transmisión de elementos patrimoniales, si no que basta con la mera asunción por el nuevo empresario de una parte del personal del antiguo, siempre que el mantenimiento del personal se refiera a una parte esencial.*

*En concreto, en la sentencia del TJCE de 11-3-1997 (TJCE 1997, 45) (asunto Süzen) se señalaba que, aunque el perfil general de la transmisión empresarial exige que además de la sucesión en la actividad objeto de la contrata se produzca la cesión de elementos significativos del activo material o inmaterial, en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una actividad económica y por ello ha de admitirse que dicha entidad puede mantener su identidad aun después de su transmisión cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea.*

*En definitiva la doctrina que sienta la referida sentencia del TJCE es la de incluir en la noción de traspaso la transferencia de la mera actividad cuando la misma va acompañada de la asunción de las relaciones laborales con un núcleo considerable de la plantilla anterior dando la sentencia a ese conjunto el carácter de entidad económica.*

*Esta doctrina comunitaria ha sido asumida, no sin reticencias, por nuestro Alto Tribunal en la STS de 14-10-2004 [...].*

*[...]*

*De lo anterior se deriva que, no acreditada la excepción contemplada por el TSJCE y recientemente por el TS, es exigible para entender producida una subrogación legal que quede constatado el cumplimiento del perfil general de toda transmisión empresarial, que no es otro que la cesión de elementos significativos del activo material o inmaterial, por lo que no acreditada tal cesión debe descartarse la aplicación del artículo 44 ET (RCL 1995, 997)*

**[Sentencia del Juzgado de lo Social de Baleares, Ciutadella de Menorca (núm. 1), de 5 de abril de 2005.]**

F.: Aranzadi (Westlaw).

