

A) JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA EN MATERIA DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO*

Coordinación a cargo de
Belén SÁNCHEZ RAMOS
Profesora contratada doctora
Universidad de Vigo

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. PRESENTACIÓN GENERAL.—3. COMENTARIOS DE SENTENCIAS.—3.1. El Sáhara Occidental: procesamiento de altos mandos marroquíes por delito de genocidio y otros crímenes supuestamente cometidos contra el pueblo saharauí.—3.2. «Derecho al olvido» frente a Google.—3.3. Las libertades de expresión e información y el derecho al honor.—3.4. Responsabilidad patrimonial del Estado.—3.5. «Devoluciones en caliente»: sobreseimiento del proceso iniciado contra el coronel jefe de la Comandancia de la Guardia Civil de Melilla.—3.6. Piratería marítima en el Océano Índico.—3.7. Inmunidad de Jurisdicción del Estado.—3.8. Transposición de directivas, alcance de la normativa estatal básica y afectación de las competencias autonómicas en el ámbito de la gestión de los residuos de industrias extractivas y la rehabilitación de espacios afectados por actividades mineras.

1. INTRODUCCIÓN

1. La presente crónica comprende la jurisprudencia recaída desde enero hasta junio de 2015, y sigue los criterios aplicados en crónicas precedentes, es decir, destacando las referencias a los pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales y del

* Desde el núm. 2 de 2014, esta crónica de jurisprudencia está a cargo de un equipo compuesto por cuatro coordinadores: Belén Sánchez Ramos (Profesora Contratada Doctora de la Universidade de Vigo), Jorge Antonio Quindimil (Profesor Contratado Doctor de la Universidade da Coruña), Gabriela A. Oanta (Profesora Contratada Doctora de la Universidade da Coruña) y Paula García Andrade (Doctora, Profesora Colaboradora Asistente, Universidad Pontificia Comillas, Madrid), bajo la dirección de José Manuel Sobrino Heredia (Catedrático de la Universidade da Coruña). Cada crónica se elabora bajo la responsabilidad de uno de los coordinadores.

Tribunal Constitucional (TC) que contienen elementos relevantes de Derecho internacional público (DIP). En concreto, en esta crónica se consideran las decisiones tanto del TC, como del Tribunal Supremo (TS), la Audiencia Nacional (AN) y los Tribunales Superiores de Justicia (TSJ).

2. La crónica, que está estructurada conforme al índice que precede a esta *Introducción*, presenta, en primer lugar, un panorama general de los pronunciamientos de los distintos órganos judiciales en los que se ha prestado atención a la aplicación del Ordenamiento jurídico internacional como parte del Ordenamiento jurídico español, pero sin que ello representase un cambio importante en la doctrina de dichos órganos. Y, en segundo lugar, se han incorporado una serie de comentarios más amplios de aquellos pronunciamientos judiciales que han sido objeto de un tratamiento particularizado al resultar éstos especialmente interesantes desde la perspectiva del DIP. Como es habitual, el mayor número de pronunciamientos están relacionados con la aplicación e interpretación de distintos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos con múltiples referencias al Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). No obstante, cabe señalar que en esta crónica nos referimos, también, a aquellas resoluciones que abordan otros temas de interés, como: la jurisdicción universal sobre crímenes internacionales, el «derecho al olvido», cuestiones de extranjería, derecho del mar, obligaciones convencionales contraídas por España, terrorismo e inmunidad de jurisdicción entre otras.

2. PRESENTACIÓN GENERAL

1. Durante este semestre, y como viene siendo ya habitual en las últimas crónicas, tanto el TS como la AN han seguido resolviendo casos relativos a la aplicación del *principio de jurisdicción universal* derivados de la entrada en vigor, el 15 de marzo de 2014, de la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Así, cabe mencionar varias resoluciones del TS relativas al mantenimiento o no del ejercicio de la jurisdicción española en casos vinculados con el tráfico de drogas (STS 1977/2015, de 25 de marzo, Sala de lo Penal, Sección 1.ª) y, sobre todo, con la comisión de crímenes internacionales en Argentina (ATS 5751/2015, de 8 de abril, Sala de lo Penal, Sección 1.ª), Chile (ATS 3269/2015, de 8 de abril, Sala de lo Penal, Sección 1.ª), El Salvador (ATS 2864/2015, de 20 de abril, Sala de lo Penal, Sección 1.ª), Turquía e Israel (ATS 3251/2015, de 8 de abril, Sala de lo Penal, Sección 1.ª) y China (STS 2046/2015, de 22 de abril, Sala de lo Penal, Sección 1.ª; STS 2554/2015, de 8 de mayo, Sala de lo Penal, Sección 1.ª).

2. alguna de las citadas resoluciones del TS han generado un efecto inmediato sobre algunos asuntos que se estaban sustanciando ante la AN, con consecuencias dispares: por una parte, cabe señalar dos autos relativos al archivo de asuntos de gran repercusión mediática: el conocido como caso *Couso* y el *Flotilla de la Libertad* y, por otra, un auto en el que la AN propone al Tribunal Supremo que sea la justicia española la que investigue y juzgue en su caso el secuestro y asesinato del diplomático español Carmelo Soria cometido el 14 de julio de 1976.

3. En cuanto al *Caso Couso* en el que, como es sabido, se estaba investigando la muerte del Cámara de Telecinco José Couso, y en el que se había dictado auto de procesamiento por un delito contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado contra tres militares pertenecientes al Regimiento de Blindados núm. 64 de

la Tercera División de Infantería Acorazada del Ejército de los Estados Unidos (véase comentario de SÁNCHEZ RAMOS, B., *REDI*, vol. LXVI, 2014, núm. 2, pp. 181-183), el Juzgado Central de Instrucción núm. 1 de la AN, en su Auto de 9 de junio, acuerda declarar concluso el sumario relativo a este asunto en virtud de la interpretación realizada tanto del nuevo art. 23.4 de la LOPJ como de su conjugación con el art. 146 de la IV Convención de Ginebra por el TS en el asunto *de Genocidio en el Tibet* (2046/2015), dado que «el Alto Tribunal señala que estamos en presencia de una resolución que es algo más que una sentencia resolviendo una cuestión que afecta a un determinado proceso. Está estableciendo una doctrina para el futuro y con pretensiones de constituir doctrina definitiva, con el objetivo de dar seguridad en la aplicación uniforme de la norma interpretada. En otras palabras, ante la nueva norma reformada (art. 23.4 de la LOPJ) y su conjugación con el art. 146 de la IV Convención de Ginebra, la sentencia establece cuál ha de ser la interpretación correcta de la misma desde que aquélla se promulgó» (FJ 1). Y, en este sentido, tal y como nos recuerda el Auto del Juzgado Central de Instrucción de la AN, el TS estableció en su FD 28 que «1) lo que la Convención (IV Convención de Ginebra) establece, con carácter imperativo, es que todos los Estados firmantes deben buscar a las personas acusadas de haber cometido u ordenado cometer, cualquier infracción grave, si estas personas se han refugiado u ocultado en su país, y deberá hacerlas comparecer ante los propios Tribunales, sea cual fuere su nacionalidad y el lugar donde se cometió la infracción; 2) constatado que los procesados no son españoles ni se encuentran en España; 3) es de aplicación el nuevo apartado a) del art. 23.4 de la LOPJ, que exige que el procedimiento se dirija contra un español o contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España, o contra un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas; 4) por lo que (FD 29) los Tribunales españoles carecen de jurisdicción para investigar y enjuiciar delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado cometidos en el extranjero». Ante esta interpretación de la nueva norma, el juez del Juzgado de Instrucción no se resiste a apuntar que «lo cierto es que queda constatado que existen suficientes indicios racionales de que los procesados serían autores de los delitos señalados, es decir, un crimen de guerra» y «ni la búsqueda en España ni en otros países va a ser posible: la nueva norma dictada por el legislador español impide la persecución de cualquier crimen de guerra cometido contra un español, salvo en el difícil supuesto de que los presuntos criminales se hayan refugiado en España. Para buscar o hacer comparecer ante los Tribunales a aquéllos hace falta dictar una orden de búsqueda y ésta sólo puede acordarse dentro del seno de un procedimiento; procedimiento que nunca existirá, dado que el nuevo apartado 4 del art. 23 de la LOPJ impide su incoación (salvo la existencia de ese difícil supuesto)» (FJ 2).

4. El Auto de 10 de junio del Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de la AN (ROJ: AAN 11/2015) acordaba el sobreseimiento provisional y archivo de la causa abierta a raíz de la querrela interpuesta por el ataque del Ejército israelí contra activistas de la llamada *Flotilla de la Libertad* el 31 de mayo de 2010. Cabe recordar que en la citada fecha el ejército israelí abordó violentamente los seis barcos de la «Flotilla de la libertad» que se dirigían a Gaza, con 750 personas a bordo, para llevar ayuda humanitaria. Tres de ellas eran españolas. La actuación del ejército israelí se saldó con nueve activistas fallecidos, 38 heridos y otros tantos desaparecidos. También se detuvo y trasladó por la fuerza al resto de los pasajeros hasta el puerto de Ashdot, en territorio israelí. Más tarde fueron encarcelados en la prisión Beer Shiva para ser deportados y expulsados desde el aeropuerto de Ben Gurión con destino a Estambul. En este asunto, al igual que en el caso *Couso*, de conformidad con la interpretación realizada por el

TS del art. 23.4 de la LOPJ (ATS 3251/2015, de 8 de abril) el juzgado central de instrucción «constatada ahora la falta de competencia de la Justicia española para conocer de estos hechos (hasta que pueda encontrarse en España cualquiera de las personas extranjeras contra las que se dirige el procedimiento: el Primer Ministro Israelí y sus Ministros de Defensa, Asuntos Exteriores, de Inteligencia y Asuntos Atómicos, de Interior, Ministro sin cartera y un Vicealmirante del ejército israelí) procede que una vez acordado el archivo de las actuaciones, se actúe del siguiente modo: comunicar a las personas físicas y entidades querellantes la posibilidad de denunciar ante el Fiscal de la Corte Penal Internacional; remitir testimonio de las actuaciones al Ministerio de Justicia a fin de que, si lo estima conveniente, pueda evaluar la oportunidad de iniciar el mecanismo contemplado por el art. 7.1 de la Ley de Cooperación con la CPI» (FJ 11), acordando «sobreser provisionalmente y archivar la presente causa hasta que las personas contra las que se dirige el procedimiento se encuentren en España».

5. En relación con el caso relativo al asesinato del Diplomático español Carmelo Soria, el TS, en su Auto de 8 de abril (ATS 3269/2015), acordaba «no entrar a valorar, ante las omisiones observadas en la exposición razonada remitida a este Tribunal, si concurren o no en el presente caso los requisitos exigibles para que la jurisdicción española prosiga con la tramitación de la presente causa penal», ordenando así devolver la causa al Juzgado de Instrucción núm. 5 de la AN, con la finalidad de que éste de acuerdo con lo dispuesto en el art. 23.5 de la LOPJ «explique a este Tribunal los argumentos por los que en el presente caso entiende que ha de proseguir con su competencia instructora ante el déficit procesal del procedimiento que se tramita en Chile» (FJ 3.3). Posteriormente, el Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de la AN en su Auto de 26 de mayo (ROJ: AAN/2015) reitera en su exposición razonada los motivos por los que entiende que existen indicios serios y razonables de que los hechos investigados en torno al asesinato de Carmelo Soria no están afectados por la última reforma de la jurisdicción universal y, por tanto, la competencia debe recaer en los Tribunales españoles.

6. Siguiendo con la aplicación del *principio de jurisdicción universal* cabe apuntar el Auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 4 de la AN en el que se admite a trámite la querrela interpuesta por el Ministerio Fiscal contra Abubakar Shekau, líder del grupo terrorista yihadista Boko Haram, por la presunta comisión de delitos de terrorismo y lesa humanidad. Los hechos que dan lugar a esta querrela son los siguientes: el día 22 de marzo de 2013 se produjo un ataque de la organización terrorista Boko Haram en la ciudad de Ganye en Nigeria, concretamente en el estado nigeriano de Adamada, donde la religiosa española Sor María Jesús Mayor García, de la Orden del Niño Jesús de Madrid, desarrollaba su labor, la cual fue víctima de una situación de acoso y coacción, pese a lo cual pudo escapar y esconderse, teniendo que ser rescatada, cuando se encontraba escondida del ataque de miembros de la organización terrorista Boko Haram, por personal de los servicios de inteligencia de ese país, debiendo ser evacuada ante el manifiesto riesgo para su integridad y libertad, siendo víctima de la actuación terrorista de la mencionada organización. Estos hechos, unidos a una larga lista de escalada de terror acentuada desde 2009 llevan al Ministerio Fiscal a afirmar que «estas expresiones no sólo constituyen una amenaza contra la población de Nigeria a nivel nacional, sino también a nivel internacional», calificando el Ministerio Fiscal los hechos denunciados de delito de pertenencia o integración a organización terrorista, de un delito de terrorismo y de lesa humanidad (arts. 571, 572.2 y 3 y 607 del Código Penal y art. 65.1 de la LOPJ). A la vista de los hechos —cometidos contra un español fuera del territorio nacional— en el citado auto se plantea si se cumplen los requisitos establecidos en el art. 23.4 de la LOPJ para

que la justicia española pueda conocer de los delitos de terrorismo cometidos en el extranjero, llegando el juez a admitir la querrela al entender que se cumplen los tres requisitos necesarios: 1) posible existencia de una víctima de nacionalidad española (art. 23.4 de la LOPJ); 2) no existencia de ninguna investigación en curso tanto en el territorio en el que se cometieron los hechos como en otros Estados (art. 23.5 de la LOPJ), y 3) la previa interposición de querrela por el agraviado o por el Ministerio Fiscal (art. 23.6 de la LOPJ).

7. Al margen de la justicia universal, en materia de *terrorismo internacional* y, más específicamente, respecto del *terrorismo yihadista* cabe apuntar, entre otros, el Auto de 10 de marzo del Juzgado Central de Instrucción núm. 4 de la AN (ROJ: AAN 43/2015), por el que se acuerda el ingreso en prisión incondicional de Samira Yerou, detenida en el aeropuerto del Prat de Barcelona y a la que se le imputa un delito de integración en organización terrorista tipificado y penado por el art. 571 del Código Penal. De hecho, de la investigación se desprenden indicios de que la misma formaría parte integrante del aparato de captación, radicalización, adoctrinamiento, traslado y envío de voluntarios del grupo terrorista Estado Islámico de Irak y Levante (EIIL). Esta red estaría dedicada especialmente a la captación y traslado de mujeres desde Europa y Marruecos hasta el territorio de Siria e Irak controlado por el grupo terrorista. El auto se plantea la legitimidad de la adopción de una medida cautelar tan severa como la prisión provisional y así, con base en el art. 24 de la Constitución Española, en el art. 503 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en la doctrina del Tribunal Constitucional así como en una consolidada doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en virtud de la cual «...la constatación de “razonables sospechas” de responsabilidad criminal opera como *conditio sine qua non* de la adopción y del mantenimiento de tan drástica medida cautelar...» (FJ 1) y en atención a las circunstancias del caso, concluye que «la propia naturaleza del delito del que se le acusa, unido a las circunstancias de su comisión suponen un elevadísimo riesgo de que la inculpada pueda sustraerse a la acción de la justicia, puesto que la misma cuenta con importantes contactos en una organización terrorista de carácter transnacional, a la que se habría integrado desde el momento en que decide aceptar la “invitación” formulada en este sentido por los contactos que mantenía a través de la red de internet, decidiendo abandonar su vida en España y en Marruecos para acudir a esa llamada, por lo que adquiere los billetes y extrae todo el dinero que tenía en las cuentas corrientes de las que disponía, organización que evidencia diariamente su capacidad para trasladar y ocultar a sus miembros en zonas en las que están realizando su actividad terrorista, en este caso en Siria, siendo así que Samira no logró traspasar dicha frontera al ser detenida por la policía turca cuando se encontraba en disposición y muy próxima a hacerlo. Ello supone, indudablemente —a juicio del Juzgado Central—, la existencia de un entramado criminal que Samira conocería suficientemente, dotado de medios económicos, humanos y de infraestructura suficiente para procurar la consecución del fin que a través de la detención realizada en Turquía, se evitó, cual es el de su incorporación física al grupo terrorista Estado Islámico de Irak y Levante (EIIL/ISIL/DAESH), al cual ya se habría integrado, desde el momento en que, en contacto con importantes mandos del mismo, decide seguir sus consignas y marchar a Siria junto a su hijo menor e integrarse en el llamado “Califato Islámico”, determinación de la que no ha renunciado. Este evidente riesgo de fuga hace que la medida de prisión provisional sea necesaria, al ser la única que permite asegurar la sujeción de la inculpada a las resultas del proceso y la celebración del juicio» (FJ 2). Asimismo, y en relación con estas cuestiones, cabe apuntar el Auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 1 de la AN, de 10 abril (ROJ: AAN 64/2015) donde se adoptan diversas medidas caute-

lares en relación con un grupo de personas ubicadas principalmente en la población de Terrassa (Barcelona) con ramificaciones en algunas poblaciones colindantes a la misma cuyas principales actividades serían, por una parte, la captación de personas dispuestas a desplazarse a Siria o Irak para enrolarse en las filas de la organización terrorista Estado Islámico y, por otra, idear, planificar y cometer atentados terroristas en territorio nacional.

8. En relación con el *Sáhara Occidental*, el Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de la AN dictó el 9 de abril Auto de procesamiento (ROJ: AAN 56/2015) contra once altos cargos de Marruecos —entre ellos varios responsables militares— por crímenes supuestamente cometidos en el Sáhara Occidental entre los años 1975 y 1992. En la resolución, que será objeto de comentario detallado en el punto 3.1 de esta sección, el magistrado considera que los hechos reúnen los requisitos exigidos para ser tipificados como delito de genocidio, dado que los saharauis constituyen un grupo nacional o étnico, que las acciones investigadas se dirigen unívocamente contra ellos y que se han acreditado «una serie de acciones contra la vida, dignidad y libertad de las personas exclusivamente por razón de su etnia o raza, los saharauis». El citado auto también dicta el procesamiento por 50 delitos de asesinato, 76 delitos de asesinato en grado de tentativa, seis delitos de detención ilegal por no dar razón del paradero del detenido, 202 delitos de detención ilegal y un delito contra la libertad sexual, acordando la busca, detención e ingreso en prisión de siete de los procesados. Entre los indicios que han motivado el procesamiento, se señala los testimonios «coincidentes y variados» que incriminan a varios de los querrelados, así como el hallazgo en febrero de 2013 de una fosa común en la región de Amgala con los cadáveres de ocho saharauis asesinados en 1976 y «que han sido plenamente identificados por el ADN».

9. Otro de los temas «estrella» de la AN ha sido la promulgación por la Sala de lo contencioso-administrativo de diversas sentencias sobre el «derecho al olvido», desestimando, la mayor parte de ellas (14 de 18), los recursos de Google y reconociendo los derechos de los particulares (la primera sentencia se promulgó el 29 de diciembre de 2014; ROJ: SAN 5129/2014). La primera sentencia que dio origen a la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la UE, reconoce el derecho del demandante a retirar los enlaces a unos anuncios aparecidos en la *web* del periódico *La Vanguardia* sobre unos embargos por deudas a la Seguridad Social ejecutados hacia dieciséis años. La Sala, en aplicación de la doctrina establecida por el TJUE, da la razón a este particular al considerar que no tenía relevancia en la vida pública que justificara la prevalencia del interés del público general frente a los derechos de la protección de datos de carácter personal. En consecuencia, el particular tiene derecho a que la información sobre una subasta de inmuebles relacionada con un embargo derivado de deudas a la Seguridad Social «ya no esté vinculada a su nombre por una lista de resultados obtenida tras una búsqueda efectuada a partir de sus datos personales». Esta primera sentencia, que será objeto de un comentario detallado en el apdo. 3.2 de esta sección, fija los criterios que deben seguir a partir de ahora los particulares, el responsable del tratamiento y la Agencia de Protección de datos, que tendrán que llevar a cabo el juicio de ponderación esgrimido por la Sentencia del TJUE de 13 de mayo de 2014.

10. Junto con la jurisdicción universal, también durante este primer semestre de 2015, distintas disposiciones del CEDH y la jurisprudencia del TEDH han tenido una gran presencia en la actividad de los distintos órganos jurisdiccionales, destacando la actividad del TC. Realizaremos así un recorrido por el TC, el TS, la AN y los TSJ y PA.

11. Así, el art. 6 del CEDH ha recibido una amplia atención por parte de este órgano judicial. A continuación mencionaremos solamente aquellos pronunciamientos del TC en los que el art. 6 del CEDH ha sido utilizado por este órgano judicial en su fundamentación jurídica. Así, en primer lugar, en la STC 16/2015, de 16 de febrero, sobre un recurso de amparo promovido en relación con una supuesta vulneración de los derechos a la igualdad y a la tutela judicial efectiva, el TC menciona la jurisprudencia del TEDH referida al art. 6.1 del CEDH (véanse las SSTEDH de 19 de diciembre de 1997, caso *Brualla Gómez de la Torre c. España*, y de 25 de enero de 2005, caso *Puchol Oliver c. España*) en la que se pronunció en el sentido de que la aplicación de esta disposición a un recurso de casación «puede depender de las particularidades derivadas de la apreciación de conjunto del proceso tramitado y del papel que desempeñe el tribunal de casación, pudiendo las condiciones de admisión de un recurso de casación ser más rigurosas que las propias de un recurso que haya de resolverse en grado de apelación» (FJ 2). Además, en esta misma sentencia, el TC ha hecho hincapié en el hecho de que, según el TEDH, «las exigencias de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima de los litigantes no generan un derecho adquirido a una determinada jurisprudencia, por más que hubiera sido constante» puesto que «la evolución de la jurisprudencia no es en sí contraria a la correcta administración de justicia, ya que lo contrario impediría cualquier cambio o mejora en la interpretación de las leyes» (véanse las SSTEDH de 18 de diciembre de 2008, caso *Unédic c. Francia*, y de 14 de enero de 2010, caso *Atanasovski c. la ex República Yugoslava de Macedonia*) (FJ 3). Esta doctrina ha sido reiterada en distintas ocasiones durante el semestre objeto de atención en la presente crónica de jurisprudencia; baste con mencionar, ahora, a: las SSTC 34/2015, 35/2015, 36/2015 y 40/2015, de 2 de marzo, FFJJ 2 y 3; las SSTC 67/2015, 68/2015, 69/2015 y 72/2015, de 14 de abril, FFJJ 2 y 3; las SSTC 70/2015 y 71/2015, de 14 de abril, FJ 2; las SSTC 75/2015 y 76/2015, de 27 de abril, FFJJ 2 y 3; las SSTC 78/2015, 80/2015, 82/2015 y 83/2015, de 30 de abril, FFJJ 2 y 3. En segundo lugar, en la STC 33/2015, de 2 de marzo, sobre un recurso de amparo planteado en relación con la supuesta vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva, se ha vuelto a afirmar que el art. 6 del CEDH «garantiza el derecho a un proceso equitativo, pero no regula la admisibilidad de los medios de prueba», siendo el Derecho nacional el competente para hacerlo (FJ 4). En tercer lugar, en un recurso de amparo promovido en relación con la supuesta vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, el TC recuerda que la jurisprudencia del TEDH sobre el art. 6.1 del CEDH «ha sido tomada como el estándar mínimo garantizado en el art. 24.2 CE» (STC 74/2015, de 27 de abril de 2015, FJ 4), siendo esta disposición del Convenio de Roma la que establece, tal y como se afirmó en la sentencia del TEDH del 11 de marzo de 2004, en el caso *Lenaerts c. Bélgica* (punto 18), la obligación para los Estados partes en este tratado de «organizar su sistema judicial de tal forma que sus Tribunales puedan cumplir cada una de sus exigencias, en particular la del derecho a obtener una decisión definitiva dentro de un plazo razonable» (FJ 5). Esta obligación para los Estados partes en el CEDH ha sido utilizada por el TC, también, en sus Sentencias 87/2015 y 88/2015, de 11 de mayo, para otorgar el amparo a dos particulares que habían alegado que su respectivo derecho a un proceso sin dilaciones indebidas había sido vulnerado en un proceso sobre orden de expulsión del territorio nacional (STC 87/2015, FJ 4; STC 88/2015, FJ 3). Finalmente, en cuarto lugar, hay que indicar la STC 54/2015, de 16 de marzo, sobre un recurso de amparo respecto de la supuesta vulneración de los derechos a la inviolabilidad del domicilio y a un proceso con todas las garantías. En esta resolución, el TC ha vuelto a mencionar que el art. 24.2 de la CE, a diferencia del art. 6 del CEDH, recoge específicamente los derechos a «no declarar contra sí mismos» y a «no confesarse culpables», que representan una manifestación

concreta de los derechos de defensa y a la presunción de inocencia (FJ 7). Además, se recuerdan las Sentencias del TEDH de 17 de diciembre de 1996, caso *Saunders c. Reino Unido*, y de 19 de septiembre de 2000, caso *IJL y otros c. Reino Unido*, según las cuales la declaración obtenida bajo medios coactivos «no puede ser alegada como prueba en el posterior juicio de la persona interesada, aunque tales declaraciones se hayan realizado antes de ser acusado» (FJ 7).

12. Por lo que se refiere a la supuesta vulneración del *art. 11 del CEDH* relativo al *derecho de reunión y de asociación*, el TC ha tenido la ocasión de pronunciarse en la STC 24/2015, de 16 de febrero, sobre un recurso de amparo promovido por la Confederación sindical de Comisiones Obreras de Andalucía. Este Tribunal ha estimado que la disolución de una manifestación organizada es compatible con esta disposición del CEDH cuando —como ha ocurrido en el caso planteado— la concentración en un lugar público se ha repetido el mismo día de la semana durante tres años seguidos, llegando a perturbar la circulación y a causar una alteración del orden público (FJ 6). Se trata, pues, de una resolución que es conforme con la doctrina del TEDH relativa al art. 11 del CEDH.

13. La Sala de lo Social de la AN en su Sentencia de 11 de marzo (ROJ: SAN 566/2015) también se ha pronunciado sobre la posible vulneración del *art. 11 del CEDH*. En este caso, se desestima la demanda sobre impugnación de la Resolución administrativa que archiva el expediente correspondiente a la solicitud de depósito del acta de constitución y depósito de los Estatutos de un Sindicato Unificado de Guardias Civiles. El interés de la citada sentencia radica en el hecho de que los recurrentes esgrimían a su favor dos recientes sentencias del TEDH referidas a la Gendarmería francesa, donde se declara que no es conforme al art. 11 del CEDH exceptuar el ejercicio del derecho de sindicación en los cuerpos armados. Sin embargo, la Sala recuerda que la indicada restricción no es contraria al art. 11.2 del CEDH, dado que España, al adherirse al Convenio, hizo reserva de aplicación en la medida en que fuera incompatible con los arts. 28 y 127 de la Constitución Española.

14. Además de los pronunciamientos del TC ya mencionados con anterioridad, que incluyen referencias bien al CEDH o bien al TEDH, cabe mencionar, también, un recurso de amparo sobre la supuesta vulneración de los *derechos a la intimidad y a la propia imagen*. En este sentido, el TC ha recordado la STEDH de 7 de febrero de 2012, caso *Von Hannover c. Alemania*, en la que se ha afirmado que «existe una zona de interacción entre el individuo y los demás que, incluso en un contexto público, puede formar parte de la vida privada», y que a la hora de hacer esta distinción se tiene que valorar la contribución que la información publicada puede tener en un debate de interés general (STC 18/2015, de 16 de febrero, FJ 5).

15. El TC también se ha pronunciado sobre la supuesta vulneración de *las libertades de expresión e información* planteadas en la STC 65/2015, de 13 de abril, que será objeto de un comentario detallado en el apdo. 3.3 de esta sección.

16. En cuanto al *derecho a la tutela judicial efectiva*, el TC (STC 9/2015, de 2 de febrero) se refiere a *las reglas mínimas de las Naciones Unidas*, conocidas como las Reglas de Beijing, en un recurso de amparo planteado en relación con la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en una resolución judicial carente de una estimación expresa o tácita de las pruebas prácticas que permita conocer las razones que condujeron al órgano judicial a descartar su valoración (FJ 1).

17. En relación con el art. 14.5 del *Pacto internacional de derechos civiles y políticos de 1966*, el TC ha afirmado que esta disposición garantiza el «derecho a que un tribunal superior controle la corrección del juicio realizado en primera instancia, revisando la

correcta aplicación de las reglas que han permitido la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena en el caso concreto. Reglas entre las que se encuentran, desde luego, todas las que rigen el proceso penal y lo configuran como un proceso justo, con todas las garantías; las que inspiran el principio de presunción de inocencia, y las reglas de la lógica y la experiencia conforme a las cuales han de realizarse las inferencias que permiten considerar un hecho como probado» [STC 55/2015, de 16 de marzo, FJ 4.b)]. El TC se había pronunciado en este sentido, también, en las SSTC 105/2003, de 2 de junio (FJ 2); 116/2006, de 24 de abril (FJ 5); 60/2008, de 26 de mayo (FJ 4); 16/2011, de 28 de febrero (FJ 3) y 13/2014-16/2014, todas de 30 de enero (FJ 2).

18. *El Protocolo adicional del Convenio de Roma* ha sido invocado en relación con dos cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Castilla-La Mancha en relación con diversos preceptos del texto refundido de la Ley de suelo (STC 43/2015, de 2 de marzo, y STC 56/2015, de 16 de marzo).

19. El TC estima en su Sentencia 15/2015, de 5 de febrero, que las recomendaciones formuladas por *la Comisión Europea para la Democracia por el Derecho* «no pueden constituirse en pauta» (FJ 6) a la hora de pronunciarse sobre un recurso de inconstitucionalidad promovido por más de cincuenta Senadores del Grupo Parlamentario Socialista contra la Ley 4/2014, de 21 de julio, de reforma de la Ley 5/1986, de 23 de diciembre, electoral de Castilla-La Mancha, y en el que se reitera el razonamiento jurídico empleado por este tribunal en la STC 197/2014, de 4 de diciembre.

20. Siguiendo con la protección de los derechos humanos en los órganos jurisdiccionales, también han sido muy numerosas las sentencias del TS que aplican normas internacionales y europeas, en particular la Declaración Universal de Derechos Humanos o los Pactos Internacionales o el Convenio Europeo de Derechos Humanos; o que acogen jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En este semestre, destacaremos especialmente una sentencia que, si bien es desestimatoria, pone en relación los derechos humanos con la *responsabilidad del Estado* por una omisión del Legislador (STS 507/2015, de 6 de febrero, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta), abordando el presunto incumplimiento por el Estado español del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Este pronunciamiento es objeto de un análisis detallado en el apdo. 3.4 de esta sección.

21. Por su parte, en la AN destacaremos en relación con *los derechos de las personas con discapacidad o movilidad reducida*, la Sentencia de 10 de junio del Juzgado Central de lo Contencioso de la AN (ROJ: SAN 1927/2015), que versa sobre un recurso contra Air Europa por las condiciones que sufren las personas con discapacidad o movilidad reducida cuando viajan en avión. En este sentido, la normativa nacional, en cumplimiento del Reglamento CE 1107/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los derechos de las personas con discapacidad o movilidad reducida garantiza que las compañías aéreas presten, sin cargo adicional, la asistencia en los aeropuertos a personas con discapacidad (art. 10 del citado Reglamento). Sin embargo, en la página *web* de Air Europa se establecía «que las autorizaciones para los pasajeros con movilidad reducida que lo requieran se realizarán siempre por fax a la atención del departamento de requerimientos especiales de Air Europa, al número de fax 902401505 especificando el número máximo de detalles...», por lo que el juzgador considera que «si bien ciertamente las líneas que comienzan con la numeración 902 no son de tarificación adicional, conforme al Real Decreto 2296/2004, que recoge el Plan Nacional de Numeración, lo son de tarificación especial, lo que implica que la llamada no es gratuita» y dado que el art. 10 del Reglamento (CE) antes mencionado establece «la prohibición de carga económica adicional alguna para el pasajero por

dicho servicio, lo que aquí sin duda se produce al exigir la llamada a un número de tarificación especial para la confirmación de la asistencia» (FD 3), concluye que la citada compañía aérea incurrió en la comisión de una infracción leve del art. 44.1 de la Ley de Seguridad Aérea, por lo que establece una multa de 4.500 euros.

22. Por lo que se refiere a los *derechos de la infancia*, el TS ha dictado durante este semestre varias sentencias entre las que destacaremos algunas vinculadas con los derechos de menores extranjeros no acompañados e indocumentados relativas a la determinación de su edad (STS 27/2015, de 16 de enero, Sala de lo Civil, Sección 1.ª; STS 2064/2015, de 22 de mayo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª; STS 2217/2015, de 23 de mayo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª; STS 2347/2015, de 8 de junio, Sala de lo Civil, Sección 1.ª; STS 2574/2015, de 18 de junio, Sala de lo Civil, Sección 1.ª). Estas sentencias se refieren a la doctrina jurisprudencial establecida por el propio TS en relación con el valor de los documentos que porte un menor no acompañado en aquellos casos en los que exista discrepancia con su realidad física.

23. También en materia *de extranjería* es abundante la jurisprudencia de los TSJ y AP en la que se cita el CEDH y la jurisprudencia del TEDH en procedimientos relativos a la expulsión de extranjeros, la denegación de permisos de residencia y, especialmente, en materia de reagrupación familiar. En particular, destacamos la STSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) núm. 431/2015, de 22 de abril, por la que se desestima el recurso contencioso-administrativo presentado por una nacional española contra la denegación de visado de reagrupación familiar a su hijo, de nacionalidad ecuatoriana. Además de referencias a la Directiva 2004/38, la jurisprudencia del TJUE sobre dicha norma y el art. 20 del TFUE en relación con los ciudadanos europeos que no hacen uso de la libre circulación de personas, la sentencia centra su argumentación en el art. 7 de la CDFUE y el art. 8 del CEDH sobre el derecho al respeto de la vida privada y familiar, desestimándose el recurso por no probarse que el hijo esté a cargo de su madre. La sentencia es idéntica a otra dictada por el mismo TSJ en julio del pasado año y que ya fue objeto de nuestra atención en la Crónica anterior. La misma argumentación puede hallarse en la Sentencia del mismo Tribunal núm. 395/2015, de 13 de abril, en que la recurrente, de nacionalidad peruana, no logra justificar vivir a cargo de su hija, y en la STSJ de Galicia, núm. 220/2015, de 15 de abril, relativa a la reagrupación familiar de una nacional rusa con su nieta española. Asimismo, numerosas sentencias abordan denegaciones de visados de reagrupación familiar con base en supuestos matrimonios de conveniencia, en las que se recuerda el art. 8 del CEDH y se reproduce la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional respecto de la distinción entre el derecho a la intimidad familiar consagrado en el art. 18.1 de la CE y la protección que el art. 8 del Convenio de Roma concede a la vida familiar. Igualmente en materia de extranjería y aunque en relación más directa con el Derecho de la UE, resulta relevante mencionar la STSJ de Galicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) núm. 323/2015, de 20 de mayo, por la que se estima un recurso de apelación relativo a una resolución del subdelegado del Gobierno de A Coruña que decretaba la expulsión del recurrente, de nacionalidad marroquí, por estancia irregular, siendo sustituida la expulsión por la sanción de multa. Esta sentencia cita extensivamente la STJ de 23 de abril de 2015 (asunto C-38/14, *Zaizoune*), dictada en respuesta a una cuestión prejudicial planteada por el TSJ del País Vasco, por la que se declaró la incompatibilidad de nuestra legislación de extranjería con la Directiva 2008/115 en materia de retorno. La Ley Orgánica 4/2000 sobre los derechos de los extranjeros en España y su integración social, tal y como es interpretada por nuestro Tribunal Supremo, prevé, en caso de situación irregular de nacionales de terceros países en el territorio del Estado, la imposición, depen-

diendo de las circunstancias, de una sanción de multa o de expulsión, siendo ambas excluyentes entre sí, lo que supone privar a la mencionada Directiva de su efecto útil, que consiste en proceder a la expulsión del extranjero en situación irregular lo antes posible. Lo relevante de la sentencia del TSJ de Galicia es que decide no aplicar la doctrina emanada de la sentencia del Tribunal de Luxemburgo en virtud del principio de confianza legítima y el derecho a la tutela judicial efectiva, teniendo en cuenta el sorpresivo impacto de la jurisprudencia europea sobre el colectivo de extranjeros, y estimar el recurso conforme a la jurisprudencia española vigente, imponiendo la sanción de multa en lugar de la de expulsión.

24. Por su parte, el TC se ha pronunciado sobre la posibilidad de la participación de *los extranjeros en las consultas referendarias*, y de la participación ciudadana recogida en los arts. 10 y 11 del TUE, en las SSTC 31/2015 y 32/2015, de 25 de febrero, al afirmar la nulidad de los preceptos legales autonómicos de Cataluña relativos a las consultas referendarias generales. La doctrina iniciada con la STC 31/2015 se encuentra, también, en la STC 137/2015, de 11 de junio (FFJJ 4-7).

25. En materia de *inmigración ilegal/derechos de los extranjeros*, el Juzgado Central de Instrucción núm. 4 de la AN, en un auto de 29 de enero (ROJ: AAN 10/2015) resuelve una cuestión de competencia rechazando aceptar la inhibición en su favor planteada por el Juzgado de Instrucción núm. 6 de Ceuta en relación con un asunto que ha tenido una gran repercusión mediática: los hechos ocurridos en Ceuta —concretamente en el Tarajal—, el día 6 de febrero de 2014, con motivo del intento masivo de un número indeterminado de inmigrantes de acceder a territorio español, y en el que resultaron fallecidos varios inmigrantes, y expulsados, a través de las denominadas devoluciones en caliente, 23 inmigrantes. A la vista de las actuaciones llevadas a cabo por el Juzgado de Ceuta, el juez concluye que «existe una certeza y una cuestión no acreditada. La certeza es que la actuación de la Guardia Civil se produjo en y desde territorio español, sin que nadie ponga en duda esa circunstancia, si bien no puede afirmarse con la rotundidad que en algunos escritos se expone que dicha actuación haya sido la causa de la muerte de los inmigrantes fallecidos, si bien dicha actuación está siendo objeto de investigación en la presente causa», mientras que, por el contrario, en este estadio del procedimiento, «lo que no está acreditado es si las muertes de los migrantes se produjeron en España, en Marruecos o en territorios de ambos Reinos, y ello es así por cuanto los cadáveres se rescataron tanto en aguas marroquíes como en aguas españolas, siendo así que las corrientes marinas pudieron haber trasladado los cuerpos a uno u otro lado, o haberse producido las muertes en ambos territorios [...]» (FJ 4). En todo caso, independientemente de que quedase acreditado que el fallecimiento se produjo en suelo o aguas marroquíes, el auto concluye que, a la luz de la teoría de la ubicuidad aplicable al caso —avalada por la doctrina del Tribunal Supremo—, «[...] limitándose la presente resolución a resolver, con la precariedad que supone el carácter provisional de la determinación de la competencia en la fase instructora, si procede o no aceptar la competencia diferida por el Juzgado de Instrucción n.º 6 de Ceuta, cualquiera que sea la postura de la que se parta, ya se hubiere producido el fallecimiento de los inmigrantes en territorio español o en territorio de Marruecos, y aplicando la doctrina apuntada, de la ubicuidad, es el mantenimiento de la competencia del Juzgado de instrucción de Ceuta, sin perjuicio de la decisión que pueda adoptarse si durante la fase de instrucción surgieran nuevos elementos que desvirtuaran los presupuestos considerados como fundamento de esta resolución» (FJ 5).

26. Las «devoluciones en caliente» practicadas por las autoridades españolas en la frontera hispano-marroquí de las ciudades de Ceuta y Melilla y el concepto operativo de frontera defendido por el Gobierno español a estos efectos han seguido

presentes en la práctica judicial de este primer semestre del año 2015, como pone de manifiesto el Auto de la Audiencia Provincial de Málaga, de 7 de abril, que será objeto de comentario en el apdo. 3.5 de esta sección.

27. *El Derecho del Mar* ha sido objeto de una Sentencia de la Sala de lo Penal de la AN el 2 de febrero (ROJ: SAN 74/2015) en relación con un delito de piratería en aguas del Océano Índico en un intento de abordaje del buque atunero español «Izurdia». Esta sentencia será objeto de comentario en el apdo. 3.6 de esta sección.

28. En materia de *asilo y refugio*, como viene siendo habitual, tanto la AN como el TS han dictado varias decenas de resoluciones relativas a solicitudes de asilo y de protección subsidiaria planteadas por nacionales de diversos países, siendo en su inmensa mayoría demandas inadmitidas o desestimadas. Por ello, destacaremos un caso en el que el TS decide admitir un recurso de casación contra una sentencia de la AN denegatoria del asilo y de la protección subsidiaria de un nacional de Somalia (ATS 5773/2015, de 18 de junio, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.^a); y otro en el que decide estimar el recurso concediendo, por tanto, el derecho de asilo a un nacional de Kazajstán (STS 523/2015, de 23 de febrero, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.^a).

29. En materia de *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* cabe recordar la anterior crónica de jurisprudencia española en materia de Derecho internacional público realizada por la *REDI* donde analizamos detalladamente la STC 119/2014, de 16 de julio, mediante la cual se había desestimado por amplia mayoría el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Navarra en relación con la Ley 3/2012, de 6 de julio, relativa a las medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (vol. LXVII, 2015, núm. 1; véase el comentario realizado por la Prof.^a Gabriela A. Oanta en relación con la problemática del *contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores ante el Derecho internacional*). Ahora, en la STC 8/2015, de 22 de enero, el TC mantiene la doctrina iniciada con la STC 119/2014, esta vez en relación con el recurso de inconstitucionalidad promovido por 104 diputados del Grupo Parlamentario Socialista y 11 del Grupo Parlamentario La Izquierda Plural [Izquierda Unida (IU) y Chunta Aragonesista (CHA)] del Congreso de los Diputados respecto de determinadas disposiciones de la mencionada Ley 3/2012. En el Voto particular formulado por el Magistrado Fernando Valdés Dal-Ré (al que se adhirieron los Magistrados Adela Asua Batarrita y Luis Ignacio Ortega Álvarez) se mencionan las conclusiones del Comité Europeo de Derechos Sociales presentadas en enero de 2015 sobre las quejas formuladas por dos organizaciones sindicales españolas respecto del cumplimiento por la legislación española de la Carta Social Europea. Conclusiones en las que se afirma que las medidas adoptadas por un Estado para consolidar las finanzas públicas no deben constituir una reducción de los derechos reconocidos en esta Carta, sino que los Gobiernos tienen la obligación de adoptar las medidas que estimen necesarias para lograr que dichos derechos sean efectivamente garantizados (punto 2).

30. En materia de *Derecho de la Seguridad Social*, cabe señalar la STSJ de Castilla-León (Sala de lo Social) núm. 255/2015, de 11 de febrero, por la que se desestima un recurso de suplicación en el que se alegaba la infracción, por inaplicación, de lo establecido en el Convenio bilateral de Seguridad Social entre España y Bélgica de 1967, dado que no resulta más beneficioso para la determinación del cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación que la legislación de la Unión Europea aplicable en la materia, único supuesto —el de contener un régimen más favorable— que exceptuaría la sustitución de los convenios internacionales bilaterales entre Estados miembros en materia de seguridad social por la normativa europea aplicable.

31. En materia de *tratados*, cabe referirse a la STC 46/2015, de 5 de marzo, sobre el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Defensor del Pueblo en relación con diversos preceptos de la Ley del Parlamento de Cataluña 24/2009, de 23 de diciembre, del *Síndic de Greuges*.

32. En relación con la *inmunidad de jurisdicción*, hemos de destacar la STSJ de Madrid (Sala de lo Social) núm. 66/2015, de 2 de febrero, relativa a un recurso de suplicación formulado por la *Scuola Statale italiana* de Madrid contra una sentencia previa que declaraba nulo el despido de una profesora en situación de baja por maternidad. En el recurso, la institución educativa plantea una excepción de inmunidad de jurisdicción que es rechazada por el TSJ por tratarse de actos *de iure gestionis* y no *de iure imperii*. Para llegar a esta conclusión, el TSJ reitera lo ya dispuesto en la STSJ de Madrid núm. 1017/2014, de 9 de diciembre, que es objeto de un comentario detallado en el apdo. 3.7 de esta sección. Así, esta jurisprudencia repasa la evolución de esta institución consuetudinaria hacia su actual concepción restringida, por la que sólo estarán protegidos por el principio de inmunidad de jurisdicción los actos realizados por los Estados extranjeros, a través de poderes públicos, en el ejercicio de su soberanía (actos *de iure imperii*) y no los actos de carácter civil y mercantil que podría realizar también un particular con el mismo alcance (actos *de iure gestionis*), actos entre los que se incluye la controversia laboral enjuiciada. Asimismo, las sentencias mencionadas se refieren, en su argumentación, a la Convención de Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes de 2004, en la que se acoge la concepción restrictiva de la inmunidad de jurisdicción que no incluirá, salvo que los Estados interesados convengan otra cosa, los procesos ante los tribunales de un Estado relativos a contratos de trabajo entre otro Estado y una persona natural respecto de un trabajo que haya de ejecutarse en el territorio del primero. Se citan también, en relación con las normas de competencia judicial internacional, el Convenio de Bruselas relativo a la competencia internacional y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil de 1968, reemplazado por legislación de la Unión Europea, y el Convenio de Lugano de 2007 sobre la misma materia y que incluye igualmente a los países de la AELC.

33. Finalmente, por lo que se refiere al *Derecho de la Unión Europea*, la actividad jurisprudencial ha sido intensa también este primer semestre de 2015 tanto en el TS como en el TC. En cuanto al TC, destaca la STC 45/2015, de 5 de marzo, que será objeto de un comentario detallado en el apdo. 3.8 de la presente sección, en la que se abordan, también, diversas normas medioambientales internacionales. En esta resolución el TC se ha pronunciado, como veremos, sobre un conflicto positivo de competencia planteado por la Xunta de Galicia en relación con el Real Decreto 975/2009, de 12 de junio, sobre gestión de los residuos de las industrias extractivas y de protección y rehabilitación del espacio afectado por actividades mineras en su conjunto. A la hora de valorar las disposiciones del Real Decreto impugnado, además de la normativa internacional, se menciona sobre todo la Directiva 2006/21/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo, sobre la gestión de los residuos de industrias extractivas y por la que se modifica la Directiva 2004/35/CE. Asimismo, cabe mencionar la STC 66/2015, de 13 de abril, sobre un recurso de amparo en el que se alegaba la vulneración del derecho a la no discriminación por razón de edad al haber sido utilizado el criterio de la edad superior a cincuenta y cinco años como factor determinante para la selección de los trabajadores afectados por un despido colectivo. En esta ocasión, el TC se apoya en el art. 21.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE «que prohíbe expresamente toda discriminación por razón de la edad», y que representa, según la jurisprudencia del TJUE, un principio general

del Derecho de la UE (FJ 3). Pero, dado que la Crónica de jurisprudencia española en materia de Derecho internacional público realizada por la *REDI* no ha de ser el lugar donde se preste especial atención a la jurisprudencia del TC que aborda las cuestiones de Derecho de la UE, quisiéramos indicar solamente otras tres resoluciones del TC en las que éste se ha apoyado en el Derecho de la UE. Se trata, en primer lugar, de un recurso de amparo sobre una supuesta vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva, a la presunción de inocencia y a la legalidad sancionadora (STC 2/2015, de 19 de enero, FJ 9); en segundo lugar, de un recurso de inconstitucionalidad respecto de diversos preceptos de la Ley 2/2004, de 27 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 2005, en el que el TC ha recordado que no le corresponde a él «contralar la adecuación de la actividad de los poderes públicos nacionales al Derecho comunitario europeo» (STC 44/2015, de 5 de marzo, FJ 5); y, en tercer lugar, de una cuestión de inconstitucionalidad en la que se plantean los principios de igualdad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, se invoca el art. 4 de la Directiva 79/7/CEE, del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, y se cita una abundante jurisprudencia del TJUE para que finalmente el TC desestime la cuestión (STC 110/2015, de 28 de mayo, FJ 11). Como apuntábamos, también el TS ha tenido una actividad intensa en este marco. Destacaremos, en particular, sentencias reseñables en dos ámbitos importantes, como son, por un lado, la *acumulación de condenas* dictadas por tribunales de otro Estado miembro (STS 471/2015, de 27 de enero, Sala de lo Penal, Sección 1.ª; STS 1238/2015, de 24 de marzo, Sala de lo Penal, Sección 1.ª; STS 1239/2015, de 24 de marzo, Sala de lo Penal, Sección 1.ª; STS 1905/2015, de 24 de marzo, Sala de lo Penal, Sección 1.ª; STS 2178/2015, de 8 de mayo, Sala de lo Penal, Sección 1.ª). Por otro lado, se plantearon dos casos sobre la *responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho de la Unión*. Si bien se trata de diferentes demandantes —laboratorios de dietética, cosmética y nutrición—, ambos casos (STS 1284/2015, de 24 de marzo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta; STS 2298/2015, de 26 de mayo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta) tienen origen en la Sentencia del TJUE de 5 de marzo de 2009 (C-88/2007), *Comisión c. España*, según la cual «el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 28 CE y 30 CE y de los artículos 1 y 4 de la Decisión n.º 3052/95/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre, por la que se establece un procedimiento de información mutua sobre las medidas nacionales de excepción al principio de libre circulación de mercancías en la Comunidad: al haber retirado del mercado productos elaborados a base de plantas medicinales legalmente fabricados o comercializados en otro Estado miembro [...]».

Belén SÁNCHEZ RAMOS

Universidad de Vigo

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.2.2015.3a.01>

3. COMENTARIOS DE SENTENCIAS

3.1. El Sáhara Occidental: procesamiento de altos mandos marroquíes por delito de genocidio y otros crímenes supuestamente cometidos contra el pueblo saharauí

SÁHARA OCCIDENTAL.—Derechos Humanos.—Delito de Genocidio.—Convención de Naciones Unidas para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1948.

Auto de la Audiencia Nacional (Juzgado Central de Instrucción núm. 5), de 9 de abril de 2015 (ROJ: AAN 56/2015). Ponente: Rafael Pablo Ruz Gutiérrez.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id. Cendoj) 28079270052015200008.

1. El Auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 5, de 9 de abril de 2015, objeto del presente comentario, forma parte de uno de los procesos iniciados en nuestro país en relación con los actos de genocidio y otros crímenes atroces perpetrados contra el pueblo saharauí. En virtud de este auto dictado en el seno de la instrucción del procedimiento ordinario (Sumario 1/2015), el Magistrado Pablo Ruz ordena el procesamiento de 11 altos mandos de las fuerzas militares y policiales de Marruecos por la supuesta comisión, entre noviembre de 1975 y abril de 1991, de un delito de genocidio en concurso real con 50 asesinatos consumados, 76 asesinatos en grado de tentativa, 208 detenciones ilegales, 23 delitos de torturas y, al menos, un delito contra la libertad sexual.

2. No se aborda en este pronunciamiento el tema de la jurisdicción española para conocer de estos delitos, ya que dicha cuestión fue objeto del Auto del mismo Juzgado Central de Instrucción de fecha 15 de abril de 2014 (ROJ: AAN 68/2014). El 29 de octubre de 2007 se había dictado, por parte de este JCI, un auto por el que acordaba la práctica de diligencias de instrucción en relación con presuntos delitos de genocidio y torturas cometidos en el Sáhara Occidental y se fundaba la jurisdicción de los tribunales españoles en el art. 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), dado que había víctimas de nacionalidad española y otros vínculos de conexión relevante con España sin que se hubiera iniciado ningún procedimiento en Marruecos que pudiera calificarse de persecución efectiva de los hechos (para un análisis de la jurisdicción de los tribunales españoles respecto de este proceso en base a la LOPJ tras su reforma de 2009, véase OLLÉ SESÉ, M., «Violación de los derechos humanos en el Sáhara Occidental y jurisdicción universal», en PALACIOS ROMERO, F., *El derecho a la libre determinación del pueblo del Sáhara Occidental. Del ius cogens al ius abutendi*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2013, pp. 337-376).

3. Al intervenir posteriormente la controvertida reforma del principio de jurisdicción universal contenido en el art. 23.4 de la LOPJ en virtud de la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo (BOE núm. 63, de 14 de marzo de 2014), el JCI dictó providencia por la que confería traslado al Ministerio Fiscal y a las demás partes para emitir informe al respecto. La DT Única de la referida LO 1/2014 obligaba al sobreseimiento de las causas que se encontraran en tramitación en el momento de la entrada en vigor de la reforma hasta que no se acreditase el cumplimiento de los nuevos requisitos establecidos en ella. Sin embargo, en el Auto de 15 de abril de 2014, el Magistrado Ruz decide no sobreseer las actuaciones por continuar siendo competente la jurisdicción española, esta vez, basándose en el principio de territorialidad consagrado en el art. 23.1 de la LOPJ. Entiende este último auto que los hechos objeto de las querellas interpuestas fueron cometidos, en parte, «en territorio que, a todos los efectos, debe tener la consideración de español en el momento de la comisión de aquéllos, tal y como se deriva de la legalidad y jurisprudencia nacional e internacional, en análisis contenido en el informe del Ministerio Fiscal» (RJ 1). Según este último, el Sáhara Occidental era territorio español cuando comenzaron a cometerse los delitos objeto del procedimiento, concretamente una provincia del Estado español como ponían de manifiesto diversas normas internas (el Decreto de 10 de enero de 1958, por el que se reorganiza el Gobierno del África Occidental española; la Ley 8/1961 sobre organización y régimen jurídico de la provincia del Sáhara; la Ley 1/1961 por la que se regula el abono de

servicios en campaña por las operaciones militares en Ifni y Sáhara o la Orden de 29 de noviembre de 1966 sobre el referéndum para la aprobación de la Ley Orgánica del Estado de 1967). Pese a que dicha calificación como provincia sólo podía mantenerse hasta el 28 de febrero de 1976, fecha en que se produjo el abandono total por España del Sáhara tras el Acuerdo de Madrid entre España, Marruecos y Mauritania de 14 de noviembre de 1975, los hechos acaecidos posteriormente entre febrero de 1976 y 1991 podían, no obstante, ser juzgados también en la medida en que resultaban conexos con los hechos anteriores, en virtud del art. 17 de la LECrim.

4. Estas apreciaciones sobre la jurisdicción de España en relación con los delitos de genocidio cometidos en el Sáhara Occidental contrastan con las sostenidas en otros procedimientos abiertos en el mismo Tribunal, en concreto el instruido por el JCI núm. 2 por delitos de lesa humanidad y genocidio imputables a las actuaciones de las fuerzas de seguridad del Reino de Marruecos durante el desalojo violento del asentamiento Gdeim Izik instalado junto a la ciudad del Aaiún, en los meses de octubre y noviembre de 2010, produciéndose desapariciones, agresiones físicas, torturas, asesinatos, incluida la muerte violenta del ciudadano español Baby Liamday Buyema. En el Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Sección 2.^a), de 4 de julio de 2014 (ROJ: AAN 256/2014), la jurisdicción de los tribunales españoles fue afirmada dado que «España de iure, aunque no de facto, sigue siendo la Potencia Administradora del territorio, y como tal, hasta que finalice el periodo de la descolonización, tiene las obligaciones recogidas en los artículos 73 y 74 de la Carta de Naciones Unidas, entre ellas dar protección, incluso jurisdiccional, a sus ciudadanos contra todo abuso, para lo cual debe extender su jurisdicción territorial» (Auto de la Sala de lo Penal de la AN, de 4 de julio de 2014, RJ 1).

5. Dicho auto y el criterio de jurisdicción que sostiene, basado en el principio de territorialidad, han sido objeto de atención y crítica en la Crónica anterior (véase TEJO GARCÍA, C., «El Sáhara Occidental: posibilidad de continuar instruyendo un proceso relativo a supuestas violaciones graves de derechos humanos», en OANTA, G. A. (coord.), *Jurisprudencia española en materia de Derecho internacional público*, RED I, vol. 67, Madrid, 2015, núm. 1, pp. 193-197), donde su autor no comparte que España pueda ser potencia administradora del Sáhara Occidental, se argumenta a favor de considerar aplicable la jurisdicción marroquí por ser la potencia ocupante del territorio y se alega la plausibilidad inicial de la jurisdicción universal que habría debido descartarse, sin embargo, tras la reforma introducida por la LO 1/2014. En efecto, el intenso recorte de la jurisdicción universal, acometido por la modificación, en 2014, de la LOPJ, no haría posible su aplicación a estos hechos ni a los que son objeto del auto que comentamos, dado que la jurisdicción española sólo sería competente para conocer de los hechos cometidos fuera de territorio nacional y constitutivos de delito de genocidio o de lesa humanidad cuando el procedimiento se dirija contra un español o ciudadano extranjero que resida habitualmente en España, o contra un extranjero que se encuentre en España y cuya extradición hubiera sido denegada [art. 23.4.a) de la LOPJ tras su reforma por la LO 1/2014], supuestos que no se cumplen en estos casos. Además, el apartado p) del art. 23.4 de la LOPJ tampoco resultaría de aplicación, puesto que la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948 (en vigor de forma general desde 12 de enero de 1951 y para España desde 13 de diciembre de 1968, BOE núm. 34, de 8 de febrero de 1969) no impone, en su art. VI, la persecución universal del delito en estos supuestos al declarar únicamente como obligatorios el principio de territorialidad y la competencia de la Corte Penal Internacional respecto de las Partes que hayan reconocido su jurisdicción (Marruecos no es Parte del Estatuto de Roma y éste, además, entró en vigor después de la comi-

sión de los hechos objeto del Auto de 9 de abril de 2015. No obstante, el art. VI de la Convención de 1948 no debe interpretarse en el sentido de excluir la posibilidad de aplicar el principio de jurisdicción universal. Véanse, entre otros, SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción universal penal y Derecho internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 164 y ss.; OLLÉ SESÉ, M., *Justicia Universal para Crímenes Internacionales*, Madrid, La Ley, 2008, pp. 437 y ss.).

6. En el caso de los delitos de tortura, la jurisdicción universal del art. 23.4.b) de la LOPJ no sería tampoco posible. Si bien las víctimas tenían nacionalidad española en el momento de la comisión de los hechos (hasta el Real Decreto 2258/1976, de 10 de agosto, por el que se concedió a los naturales del Sáhara, una vez que España abandonó el territorio, el derecho a optar por la nacionalidad española en el plazo de un año), las personas a las que se imputa la comisión de los delitos no se encuentran en España. El apartado p) del art. 23.4 de la LOPJ podría quizás conducir a la jurisdicción española obligatoria, si bien el art. 5.1 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de 1984 (en vigor de forma general desde el 26 de junio de 1987 y para España desde el 20 de noviembre de 1987, *BOE* núm. 268, de 9 de noviembre de 1987) sólo prevé que todo Estado Parte dispondrá lo necesario para conocer de los delitos en que la víctima sea nacional del Estado y éste lo considere apropiado, inciso este último que autoriza un cierto margen de apreciación (lo mismo dispone, respecto de las desapariciones forzadas, el art. 9.1 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de 2006, en vigor de forma general y para España desde el 23 de diciembre de 2010, *BOE* núm. 42, de 18 de febrero de 2011).

7. Aclarada entonces la jurisdicción de los tribunales españoles para conocer de los hechos que son objeto del procedimiento que comentamos, se observa cómo el Auto del JCI núm. 5, de 9 de abril de 2015, realiza un pormenorizado repaso de las circunstancias históricas relativas al Sáhara Occidental desde finales del siglo XIX hasta el 6 de septiembre de 1991, fecha del alto el fuego entre Marruecos y el Frente Polisario, incluyendo numerosas referencias a normas internacionales convencionales como la Carta de Naciones Unidas o el Tratado de París de 1900 entre España y Francia, a diversas resoluciones de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas relativas tanto al derecho de libre determinación como a su aplicación particular a la situación del Sáhara, así como al Dictamen de la CIJ de 16 de octubre de 1975 sobre el Sáhara Occidental (para un análisis pormenorizado de los acontecimientos acaecidos desde entonces, nos remitimos a RIQUELME CORTADO, R., «Marruecos frente a la (des)colonización del Sáhara Occidental», en REMIRO BROTONS, A. (dir.), MARTÍNEZ CAPDEVILA, C. (coord.), *Unión Europea - Marruecos. ¿Una vecindad privilegiada?*, Madrid, Academia Europea de Ciencias y Artes, 2012, pp. 409-531).

8. A continuación, tras describir pormenorizadamente los hechos concretos investigados y acreditados en el sumario, el auto objeto de nuestra atención aborda la calificación jurídica de los hechos, la participación de los procesados en las conductas descritas y los indicios de responsabilidad criminal que justifican el procesamiento. En el tratamiento de dichas cuestiones, vuelve a tomar relevancia el Derecho internacional respecto de tres cuestiones principalmente. En primer lugar, a la hora de calificar los hechos narrados como constitutivos de un delito de genocidio, el Magistrado recuerda que la introducción del art. 137 *bis* en la reforma de 1971 del Código Penal de 1944 y cuya redacción se mantuvo en el CP de 1973, aplicable a la fecha de los hechos, es consecuencia de la ratificación por España de la Convención de Naciones Unidas para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1948 y, en particular,

de su art. II, reproducido en el auto. La principal diferencia entre la norma interna y la norma internacional residía en la calificación del grupo, cuya destrucción total o parcial se persigue, como «social» en la primera en lugar de «racial», término que se introdujo posteriormente en la reforma del CP de 1983 (el actual art. 607 del CP se refiere a «grupo nacional, étnico, racial, religioso o determinado por la discapacidad de sus integrantes», habiéndose introducido la última calificación en la reforma del CP realizada por la LO 5/2010, de 22 de junio), sin que ello resulte, no obstante, relevante por cuanto el pueblo saharauí puede ser considerado un grupo nacional o étnico.

9. En segundo lugar, el auto se refiere a la Convención de Naciones Unidas sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad de 1968, tratado no ratificado por España y, por tanto, no aplicable para declarar el carácter no prescriptible del delito de genocidio que, según el CP español de 1973, contaba con un plazo de prescripción de veinte años. Será el CP de 1995 el que declare la imprescriptibilidad del delito de genocidio (actual art. 131.3), pero esta norma no podrá aplicarse con carácter retroactivo por ser más perjudicial para los imputados (actual art. 2.2 del CP). No obstante, el auto determina que, en el presente caso, el delito de genocidio no ha prescrito, debiendo distinguirse entre el delito de genocidio cometido, entre 1975 y 1992, por personas con capacidad de decisión y mando en los hechos y los delitos concretos perpetrados en ejecución del genocidio por militares y policías sin capacidad de decisión en el ataque al pueblo saharauí. Así, respecto del primero, se considera que nos hallamos ante un delito permanente, por lo que el plazo para la prescripción no empezará a correr hasta que se elimine la situación ilícita, momento que se sitúa en 1991 al producirse en ese año tanto el cese de hostilidades entre Marruecos y el Frente Polisario como la liberación de muchos de los desaparecidos forzados. El plazo de veinte años habría finalizado en 2011, pero se habría interrumpido con las querellas interpuestas en 2006 y el auto de concreción de imputaciones de 2007. En relación con los delitos de ejecución del genocidio, sin embargo, el plazo de prescripción empezaría a correr desde el momento de ejecución de los actos en cuestión, salvo por lo que respecta a las desapariciones forzadas en las que el plazo se iniciaría en el momento en que éstas cesan, tal y como establece nuestro CP y la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de 2006, ratificada por España en 2007 (BOE núm. 42, de 18 de febrero de 2011). En efecto, el art. 8.1.b) de la misma obliga a los Estados que apliquen un régimen de prescripción a este delito (si no lo han considerado imprescriptible en razón de su calificación como crimen de lesa humanidad, art. 5 de la Convención) a que el cómputo del plazo comience a partir del momento en que cesa la desaparición forzada, habida cuenta del carácter continuo del delito (de conformidad con el CP actual, la desaparición forzada no tendría plazo de prescripción por constituir un delito de lesa humanidad, en virtud del art. 131.3 en relación con el art. 607 bis). Sólo uno de los delitos abordados en el auto objeto de comentario habría prescrito, el delito de torturas cometido en 1977 por un funcionario de guardia del cuartel de Smara, sin capacidad de decisión sobre el delito de genocidio.

10. En tercer lugar, a la hora de examinar los indicios de responsabilidad criminal que recaen sobre los procesados, el auto analizado se refiere a numerosas leyes, decretos y órdenes ministeriales españoles, así como a tratados internacionales y resoluciones de órganos de Naciones Unidas. En particular, menciona el Convenio entre España y Francia para la delimitación de las posesiones respectivas en la costa del Sáhara y en la del Golfo de Guinea o Tratado de París de 1900; la Carta de Naciones Unidas de 1945 y, en particular, sus arts. 73 y 74 relativos a los territorios no autónomos y a la responsabilidad que asumen los Estados que administran dichos territorios

cuyos pueblos no han alcanzado todavía la plenitud de autogobierno; la Resolución de la AGNU 1514(XV) de 1960 acerca de la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales, por la que se proclama el derecho de todos los pueblos a la libre determinación, el cese de toda acción armada o medida represiva dirigida contra ellos y el respeto de la integridad de su territorio y la adopción de toda medida necesaria para el traspaso de poderes a los pueblos de territorios no autónomos sin condiciones, reservas, ni discriminación; las Resoluciones de la AGNU sobre la cuestión del Sáhara (2072(XX) de 1965, 2229(XXI) de 1966, 2354(XXII) de 1967, 2428(XXIII) de 1968, 2591(XXIV) de 1969, 2711(XXV) de 1970, 2983(XXVII) de 1972, 3162(XXVIII) de 1973, 3458(XXX) de 1975, 34/37 de 1979, 35/19 de 1980 y 43/33 de 1988); y las Resoluciones del Consejo de Seguridad 377 y 380(1975) en contra de la Marcha Verde y 690(1991) acordando el alto el fuego, el referéndum y el establecimiento de la MINURSO. Finalmente, el magistrado cita también el Dictamen de la CIJ de 16 de octubre de 1975 en el caso relativo al Sáhara Occidental, en el que, en respuesta a la solicitud de Opinión Consultiva de la AGNU, la Corte declara que el Sáhara no era *terra nullius* cuando España la colonizó, por lo que la adquisición de soberanía sobre el territorio no se produjo en virtud de una ocupación, sino por acuerdos concertados con los gobernantes locales, y que no existían entre el territorio del Sáhara Occidental y Marruecos o Mauritania vínculos de soberanía territorial, aunque sí ciertos vínculos jurídicos de subordinación entre ciertas tribus del Sáhara y el Sultán de Marruecos y derechos sobre la tierra en relación con Mauritania. Estas referencias contenidas en el auto resultan llamativas, pues son empleadas para la acreditación histórica de hechos de carácter general que pueden afectar a la calificación jurídica de los delitos objeto de la instrucción como, por ejemplo, los desplazamientos forzados, la caracterización del pueblo saharauí como grupo nacional o étnico, el propósito de su destrucción o el cálculo de los plazos de prescripción de los delitos, sin perjuicio de que, además, sirven para apoyar la jurisdicción de los tribunales españoles al permitir acreditar la colonización del Sáhara, su calificación como provincia española o su abandono por parte de España, aunque la cuestión jurisdiccional no sea objeto explícito del presente auto.

11. El auto finaliza con el requerimiento de ordenar la búsqueda, captura y detención de siete de los procesados, a través de órdenes internacionales de detención que permitan su ulterior extradición, y la remisión a las autoridades judiciales de Marruecos de la comisión rogatoria acordada por Auto de 2 de febrero de 2015 a fin de que faciliten la correcta identificación de los otros cuatro procesados. Dichos trámites deberían ser cumplidos por Marruecos en virtud del Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal firmado con España, el 24 de junio de 2009, de aplicación provisional desde la misma fecha y en vigor desde el 1 de enero de 2013 (BOE núm. 238, de 2 de octubre de 2009; norma convencional que reemplaza al Convenio sobre la misma materia de 30 de mayo de 1997), aunque el desarrollo de una cooperación judicial efectiva entre ambos países tenga pocas probabilidades de éxito.

12. En definitiva, nos hallamos ante un pequeño paso adelante en la respuesta judicial española contra la impunidad de las flagrantes violaciones de los derechos humanos presuntamente cometidas en el Sáhara Occidental (respecto de otros mecanismos para controlar su respeto, véase GONZÁLEZ VEGA, J. A., «El respeto de los derechos humanos en el Sáhara Occidental: cuestiones de derecho internacional», en PALACIOS ROMERO, F., *El derecho a la libre determinación del pueblo del Sáhara Occidental. Del ius cogens al ius abutendi*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2013, pp. 79-109), un territorio que sigue sometido, en los inicios del siglo XXI, a un proceso de descolonización que no logra poner fin a la vulneración del derecho a la libre determinación del

pueblo saharauí, presupuesto para el disfrute efectivo de los derechos humanos de los individuos que lo conforman.

Paula GARCÍA ANDRADE
Universidad Pontificia Comillas
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.2.2015.3a.02>

3.2. «Derecho al olvido» frente a Google

DERECHO AL OLVIDO.—Google.—Directiva 95/46/CE de Protección de datos.—Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.—Derecho a la protección de datos de carácter personal.—Derecho a la intimidad.

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.^a), de 29 de diciembre de 2014 (ROJ: SAN 5129/2014). Ponente: Fernando de Mateo Menéndez.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079230012014100421.

1. Esta importante sentencia aplica directamente la histórica pronunciada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el 13 de mayo de 2014, sobre el derecho al olvido en Internet. Sin duda, un cambio de época.

2. La enorme y rápida proliferación de las nuevas tecnologías en nuestra sociedad, apenas ha dado tiempo al legislador a adaptarse a los tiempos y garantizar normativamente la suficiente protección de los derechos de los ciudadanos europeos en este nuevo entorno. No es ningún misterio que derechos fundamentales tan importantes como la intimidad, el honor y la propia imagen, se ven amenazados de una manera importante por las recientes tecnologías de la información y de la comunicación.

3. Nuestro continente ha sido pionero en el reconocimiento jurídico de esta amenaza ya en el siglo pasado y ha desarrollado toda una normativa especial protectora encabezada por la Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y ampliamente transpuesta en todos los Estados miembros de la Unión Europea y tomada como modelo por países de otros continentes como Israel, Canadá, México o Argentina, por citar algunos. Dicha normativa sentó la base del reconocimiento de un nuevo derecho fundamental, reconocido por el art. 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, «la Carta»), como el derecho a la protección de datos de carácter personal o, también conocido como «derecho a la privacidad». Sin embargo, este importante nivel de protección de los derechos de los ciudadanos no es compartido por los Estados Unidos, país cuna de Internet y sede de las empresas más importantes de la Red. Este hecho, unido al imperante modelo de negocio de los actuales buscadores y redes sociales en este entorno que basan sus ingresos multimillonarios en el tratamiento masivo de información personal con fines comerciales sin apenas restricciones, ha provocado que los datos de millones de europeos se hayan visto totalmente desprotegidos en estos servicios. Ello no sólo ha provocado el replanteamiento de la normativa de protección de datos europea, sino que miles de europeos hayan solicitado auxilio de las autoridades competentes y, en última instancia, de los tribunales.

4. El caso que ha dado origen a la sentencia de la Audiencia Nacional, ha sido el causante, como decíamos, de una de las sentencias más importantes de la historia

del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE): nos referimos a la Sentencia TJUE, de 13 de mayo de 2014, pronunciada en el asunto C-131/12, entre *Google Spain, S. L. y Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y un particular*. Esta sentencia es también conocida como la «Sentencia del Derecho al Olvido», por ser la primera en reconocerlo aunque, como veremos, no es la parte más importante de dicho texto sino aquella en que se obliga a estas empresas extranjeras al cumplimiento inequívoco de la legislación europea en materia de protección de datos con relación a nuestros ciudadanos, como luego veremos.

5. Dicha sentencia del TJUE tiene su origen en una petición de decisión prejudicial presentada por parte de la Audiencia Nacional, en el caso de la sentencia ahora comentada, a raíz de una resolución de la Agencia Española de Protección de Datos que ordenaba a Google Inc. a adoptar las medidas oportunas para retirar los datos personales de un ciudadano particular del índice de su buscador e imposibilitar su acceso futuro, por previa solicitud del mismo. Dichos datos hacían referencia a una publicación antigua del diario de gran difusión *La Vanguardia* con un edicto relativo a un embargo y subasta de inmuebles en un asunto ya solucionado y extinguido hace años pero que, gracias a la labor indexadora del buscador de Google, se seguía mostrando de modo destacado al buscar el nombre del interesado, con grave perjuicio para su persona.

6. Tal como se explica en la aquí comentada Sentencia de la Audiencia Nacional, el particular ejerció su derecho de oposición tanto frente al periódico como frente a Google a fin de que sus datos fuesen eliminados tanto de la fuente original como de los resultados de búsqueda. Ante la negativa de dichos medios, el ciudadano acudió en amparo ante la Agencia Española de Protección de Datos la cual emitió resolución por la que, si bien niega tal derecho frente a la fuente original, sí lo estimó frente a Google, aludiendo al derecho al olvido e «instando a esta entidad para que adopte las medidas necesarias para retirar los datos de su índice e imposibilite el acceso futuro a los mismos» (FD 1, letra G). Es este último, tanto con su sede matriz como con su delegación con personalidad propia en España, el que recurrió tal resolución ante la Audiencia Nacional originando el presente caso.

7. Ante las dudas planteadas y los argumentos esgrimidos por ambas partes en el litigio respecto a la aplicabilidad de la normativa comunitaria en el presente asunto, la Audiencia Nacional acordó elevar una serie de cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea que se abordan en la sentencia aquí analizada.

8. Como se detalla en los Antecedentes de hecho de la sentencia —concretamente en su punto séptimo—, dicha cuestión prejudicial de interpretación fue planteada mediante Auto de la Sala de 27 de febrero de 2012, al amparo del art. 267 del Tratado de la Unión Europea. Las cuestiones planteadas al TJUE versaron, en esencia, sobre lo siguiente:

1) Si la indexación de contenidos de Internet por un buscador equivale a «tratamiento» de datos personales según se define en la Directiva 95/46/CE.

2) En su caso, si el gestor del buscador sería el «responsable» de dicho tratamiento conforme a dicha norma.

3) Sobre el ámbito de aplicación territorial de la Directiva en el caso concreto.

4) Respecto al alcance de la responsabilidad del gestor de un motor de búsqueda sobre los datos personales indexados.

5) Definición del alcance los derechos del interesado reconocidos por la Directiva y, en particular, reconocimiento del «derecho al olvido» frente a otros intereses y a la libertad de información.

9. A continuación, veremos lo dispuesto en la Sentencia del TJUE respecto a cada una de estas trascendentales cuestiones:

1) Respecto a la primera cuestión, se plantea si «el art. 2, letra b), de la Directiva 95/46 debe examinarse la actividad de un motor de búsqueda como proveedor de contenidos, que consiste en hallar información publicada o puesta en Internet por terceros, indexarla de manera automática, almacenarla temporalmente y, por último, ponerla a disposición de los internautas según un orden de preferencia determinado, debe calificarse de «tratamiento de datos personales» en el sentido de dicha disposición» (apdo. 21). En respuesta a esta pregunta, el Tribunal de Justicia no tiene dudas en asegurar que esta labor de indexación constituye, en efecto, un tratamiento de datos de carácter personal cuando los mismos están incluidos entre los contenidos capturados por los llamados «robots» o programas que rastrean Internet de manera automatizada, organizándolos y estructurándolos de forma activa e independiente de las fuentes originales. El alto Tribunal lo expone claramente del siguiente modo: «al explorar Internet de manera automatizada, constante y sistemática en busca de la información que allí se publica, el gestor de un motor de búsqueda «recoge» tales datos que «extrae», «registra» y «organiza» posteriormente en el marco de sus programas de indexación, «conserva» en sus servidores y, en su caso, «comunica» y «facilita el acceso» a sus usuarios en forma de listas de resultados de sus búsquedas. Ya que estas operaciones están recogidas de forma explícita e incondicional en el art. 2, letra b), de la Directiva 95/46, deben calificarse de «tratamiento» en el sentido de dicha disposición» (apdo. 28).

2) Con relación a la segunda cuestión aquí resumida, la Audiencia Nacional plantea «si la letra d) del mencionado art. 2 debe interpretarse en el sentido de que el gestor de un motor de búsqueda debe considerarse “responsable” de dicho tratamiento de datos personales, en el sentido de esa disposición» (apdo. 21, *in fine*). A este respecto, el Tribunal de Justicia responde igualmente de modo afirmativo ya que, según dispone expresamente, «el gestor del motor de búsqueda es quien determina los fines y los medios de esta actividad y, así, del tratamiento de datos personales que efectúa él mismo en el marco de ésta y, por consiguiente, debe considerarse “responsable” de dicho tratamiento en virtud del mencionado art. 2, letra d)» (apdo. 33).

3) Especialmente interesante es la tercera cuestión aquí resumida, en la que se plantea si es posible aplicar la norma nacional que traspone la Directiva 95/46/CE en circunstancias como las controvertidas en el litigio principal donde, recordemos, la actividad de gestión del buscador en sí es asumida por una empresa extracomunitaria, como Google Inc., dedicándose Google Spain únicamente a la promoción y venta de publicidad entre las empresas españolas. Cuestiona así la Audiencia Nacional «sobre el concepto de «establecimiento», en el sentido del art. 4, apartado 1, letra a), de la Directiva 95/46, y sobre el de «recurso a medios situados en el territorio de dicho Estado miembro», en el sentido del mencionado art. 4, apartado 1, letra c)» (apdo. 44). ¿Debe aplicarse la legislación europea de protección de datos a un proveedor con sede principal y de tratamiento en Estados Unidos? Pues la respuesta histórica del alto tribunal ha venido a ser afirmativa y ha supuesto una verdadera revolución en la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos europeos en Internet. Según argumentó el Tribunal de Justicia, «la actividad de promoción y venta de espacios publicitarios, de la que Google Spain es responsable para España, constituye la parte esencial de la actividad comercial del grupo Google y puede considerarse que está estrechamente vinculada a Google Search» (apdo. 46 *in fine*). Asimismo, «el art. 4, apartado 1, letra a), de la Directiva 95/46 no exige que el tratamiento de datos personales controvertido sea efectuado “por” el propio establecimiento en cuestión, sino que se realice “en el marco de las actividades” de éste» (apdo. 52) y, siguiendo este razona-

miento, «toda vez que dicha presentación de resultados (*de búsqueda*) está acompañada, en la misma página, de la presentación de publicidad vinculada a los términos de búsqueda, es obligado declarar que el tratamiento de datos personales controvertido se lleva a cabo en el marco de la actividad publicitaria y comercial del establecimiento» (apdo. 57). Este argumentario desmonta la principal defensa de Google Inc., respecto al tratamiento foráneo de los datos, de forma separada e independiente de la labor de sus filiales como Google Spain que, según afirmaban, no trataba dichos datos y, por tanto, no cabía aplicarle la normativa europea. Concluye, pues, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea «que el art. 4, apartado 1, letra a), de la Directiva 95/46 debe interpretarse en el sentido de que se lleva a cabo un tratamiento de datos personales en el marco de las actividades de un establecimiento del responsable de dicho tratamiento en territorio de un Estado miembro, en el sentido de dicha disposición, cuando el gestor de un motor de búsqueda crea en el Estado miembro una sucursal o una filial destinada a garantizar la promoción y la venta de espacios publicitarios propuestos por el mencionado motor y cuya actividad se dirige a los habitantes de este Estado miembro» (apdo. 60). Simplemente, demoledor y aplicable igualmente a la mayor parte de empresas de Internet extracomunitarias cuyo modelo de negocio de basa, principalmente, en el tratamiento masivo de datos personales con finalidad publicitaria, como las llamadas redes sociales, con Facebook a la cabeza.

4) Respecto a la cuarta cuestión, se plantea en definitiva si «el gestor de un motor de búsqueda está obligado a eliminar de la lista de resultados obtenida tras una búsqueda efectuada a partir del nombre de una persona vínculos a páginas web, publicadas por terceros y que contienen información relativa a esta persona, también en el supuesto de que este nombre o esta información no se borren previa o simultáneamente de estas páginas web, y, en su caso, aunque la publicación en sí misma en dichas páginas sea lícita» (apdo. 62). Respecto a esta cuestión, el alto tribunal no da una respuesta única aplicable a todos los casos, sino que estima que debe hacerse una ponderación concreta de todos los derechos, requisitos y libertades implicadas en cada asunto específico. Si bien, el interesado está en su derecho de solicitar al gestor del buscador la eliminación de sus datos en el mismo (derecho de cancelación u oposición), se atribuye a dicho gestor la potestad de valorar, en primera instancia, la conveniencia o no de dicha eliminación. Así, según se afirma en la sentencia, «en la medida en que la supresión de vínculos de la lista de resultados podría, en función de la información de que se trate, tener repercusiones en el interés legítimo de los internautas potencialmente interesados en tener acceso a la información en cuestión, es preciso buscar, en situaciones como las del litigio principal, un justo equilibrio, en particular entre este interés y los derechos fundamentales de la persona afectada con arreglo a los artículos 7 y 8 de la Carta. Aunque, ciertamente, los derechos de esa persona protegidos por dichos artículos prevalecen igualmente, con carácter general, sobre el mencionado interés de los internautas, no obstante este equilibrio puede depender, en supuestos específicos, de la naturaleza de la información de que se trate y del carácter sensible para la vida privada de la persona afectada y del interés del público en disponer de esta información, que puede variar, en particular, en función del papel que esta persona desempeñe en la vida pública» (apdo. 81). Sin embargo, es claro el Tribunal de Justicia al disponer que «la autoridad de control o el órgano jurisdiccional pueden ordenar a dicho gestor eliminar de la lista de resultados obtenida tras una búsqueda efectuada a partir del nombre de una persona vínculos a páginas web, publicadas por terceros y que contienen información relativa a esta persona, sin que una orden en dicho sentido presuponga que ese nombre o esa información sean, con la conformidad plena del editor o por orden de una de estas autoridades, elimi-

nados con carácter previo o simultáneamente de la página web en la que han sido publicados» (apdo. 82). En dichos casos, según se concluye, «el gestor de un motor de búsqueda está obligado a eliminar de la lista de resultados obtenida tras una búsqueda efectuada a partir del nombre de una persona vínculos a páginas web, publicadas por terceros y que contienen información relativa a esta persona» (apdo. 88).

5) En lo referente a la última cuestión, respecto al alcance de los derechos del interesado, se plantean los límites fácticos del llamado «derecho al olvido» y, en concreto, «si los artículos 12, letra b), y 14, párrafo primero, letra a), de la Directiva 95/46 deben interpretarse en el sentido de que permiten al interesado exigir al gestor de un motor de búsqueda eliminar de la lista de resultados [...] debido a que estos datos e información pueden perjudicarle o que desee que estos datos e información se «olviden» tras un determinado lapso de tiempo» (apdo. 89). Aquí el alto tribunal se remite nuevamente a la necesaria ponderación de derechos, requisitos y libertades aludidos en la anterior cuestión y afirma, para el caso concreto, que cuando dicha información personal «es inadecuada, no es pertinente, o ya no lo es, o es excesiva en relación con los fines del tratamiento en cuestión realizado por el motor de búsqueda, la información y los vínculos de dicha lista de que se trate deben eliminarse» (apdo. 94). En referencia a los derechos fundamentales reconocidos en los arts. 7 y 8 de la Carta, el Tribunal de Justicia concluye que «estos derechos prevalecen, en principio, no sólo sobre el interés económico del gestor del motor de búsqueda, sino también sobre el interés de dicho público en encontrar la mencionada información en una búsqueda que verse sobre el nombre de esa persona. Sin embargo, tal no sería el caso si resultara, por razones concretas, como el papel desempeñado por el mencionado interesado en la vida pública, que la injerencia en sus derechos fundamentales está justificada por el interés preponderante de dicho público en tener, a raíz de esta inclusión, acceso a la información de que se trate» (apdo. 97). Por tanto y aunque el alto tribunal reconoce sin paliativos el carácter efectivo y fundamental del llamado «derecho al olvido» en Internet, su prevalencia dependerá del análisis y la ponderación de derechos y circunstancias en cada caso concreto. Este análisis debe realizarse, en primer término, por el responsable del tratamiento, con el control ulterior de las autoridades de protección de datos y, en última instancia, de los tribunales competentes.

10. Cabe decir que, adicionalmente, las partes presentaron una serie de alegaciones frente a lo dispuesto en la Sentencia del TJUE tal y como se recoge en la aquí comentada Sentencia de la Audiencia Nacional, pero las presentadas por Google y su filial fueron totalmente desestimadas no sin antes ser analizadas de una manera detenida e interesante por el alto tribunal (FD 6 a 10). Por ejemplo, ante la alegada falta de legitimidad pasiva de la filial de Google, la sentencia afirma sin paliativos que «consideramos que Google Spain, S. L., también es responsable del tratamiento de datos, constituyendo ésta y Google Inc. una unidad material, además de reunir la características de un establecimiento de los referidos en el art. 4.1.a) de la Directiva 95/46/CE, en el que participa en el tratamiento de datos» (FD 9).

11. Destacamos igualmente el interesante análisis que realiza la Audiencia Nacional definiendo y distinguiendo claramente todos los derechos fundamentales implicados en el presente asunto, con base detallada en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y determinando una clara sumisión de los derechos de empresa a los mismos. Así, «la libertad de empresa cederá tanto ante el derecho a la intimidad como ante la protección de datos del denunciante y solicitante de la cancelación de los datos» (FD 11, *in fine*).

12. Alude igualmente la sentencia a la necesaria ponderación entre los propios derechos fundamentales implicados. En concreto, si bien reconoce el derecho funda-

mental a la protección de datos como un derecho autónomo de la intimidad y más amplio que aquél al «garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derechos del afectado» incluso sobre «aquellos datos personales públicos que, por el hecho de ser accesibles al conocimiento de cualquiera, no escapan al poder de disposición del afectado porque así lo garantiza su derecho a la protección de datos»; el mismo encuentra su límite con la libertad de expresión en información cuando «se ejerciten en conexión con asuntos que son de interés general, por las materias a que se refieren y por las personas que en ellos intervienen y contribuyan, en consecuencia, a la formación de la opinión pública, como ocurre cuando afectan a personas públicas, que ejercen funciones públicas o resultan implicadas en asuntos de relevancia pública, obligadas por ello a soportar un cierto riesgo de que sus derechos subjetivos de la personalidad resulten afectados por opiniones o informaciones de interés general» (FD 12).

13. Es por ello que también se deben de aplicar los criterios de ponderación aludidos por la referida sentencia del TJUE y aquí recordados nuevamente por la propia Audiencia Nacional en la sentencia comentada. Así, «la tutela del derecho de oposición del reclamante exigirá la adecuada ponderación de los derechos e intereses en conflicto con el fin de establecer si el derecho a la protección de datos debe prevalecer sobre otros derechos e intereses legítimos [...] ya sea por la naturaleza de la información y su carácter sensible para la vida privada del afectado, por la no necesidad de los datos en relación con los fines para los que se recogieron o por el tiempo transcurrido, entre otras razones» (FD 13).

14. Si bien, este derecho sí fue reconocido con total plenitud en el presente caso, ante la ausencia de notoriedad pública del interesado, ante el tiempo transcurrido y estimándose satisfecha la libertad de información por el mero hecho de conservarse la fuente intacta. Así, la Audiencia Nacional estimó en el presente asunto que el interesado «tiene derecho a que la información sobre a una subasta de inmuebles relacionada con un embargo derivado de deudas a la Seguridad Social ya no esté vinculada a su nombre por una lista de resultados obtenida tras una búsqueda efectuada a partir de sus datos personales» (FD 14), debiendo Google «adoptar las medidas necesarias para retirar o eliminar de la lista de resultados, obtenida tras una búsqueda efectuada a partir del nombre del reclamante, los vínculos a las páginas web objeto de reclamación» (FD 15 *in fine*) con aplicación análoga para otros cientos de casos similares planteados igualmente en nuestros tribunales. Un hito histórico, sin duda, para el reconocimiento del derecho a la privacidad de nuestros ciudadanos en Internet.

Víctor SALGADO SEGUÍN

Abogado especializado en Derecho TIC

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.2.2015.3a.03>

3.3. Las libertades de expresión e información y el derecho al honor

LAS LIBERTADES DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN.—Derecho al honor.—Delito de injurias graves con publicidad.—Juzgador.—Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala 1.^a) 65/2015, de 13 de abril de 2015.
Ponente: Francisco Pérez de los Cobos Orihuel. Votos particulares: Andrés Ollero Tassara y Juan Antonio Xiol Ríos.

1. El pasado 13 de abril de 2015, la Sala 1.^a del Tribunal Constitucional (TC) ha desestimado los recursos de amparo solicitados por dos portavoces de la Asociación Plataforma Aguilar Natural (Teruel) contra la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Teruel, de 10 de julio de 2012, mediante la cual se les había condenado como autores de un delito de injurias graves con publicidad, y también contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel, de 29 de enero de 2013, que confirmó el fallo anterior.

2. El origen del delito de injurias graves hechas con publicidad, incriminado en los arts. 208, 209, 211 y ss. del CP, se encuentra en una carta abierta remitida al director del *Diario de Teruel*, con fecha del 11 de marzo de 2010, en la que los solicitantes de amparo se dirigían a la magistrada-juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Teruel a la que consideraban que había demostrado parcialidad y falta de competencia en el pleito entre una empresa y el Ayuntamiento de Aguilar de Alfambra (Teruel) en relación con un proyecto de extracción de minerales en el territorio de este ayuntamiento.

3. La magistrada-juez afectada remitió dicha carta al Ministerio Fiscal al considerar que había sido víctima de sendos delitos de calumnia e injuria, y solicitó que la Fiscalía procediese de oficio a tenor de las disposiciones del art. 215 del CP. Acto seguido, el Ministerio Fiscal formuló acusación penal contra los demandantes de amparo a los que se les imputaba un delito de injurias graves con publicidad, abriendo un procedimiento abreviado. En la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Teruel, de 10 de julio de 2012, se condenó a los dos portavoces de la Asociación Plataforma Aguilar Natural por un delito de injurias graves hechas con publicidad al estimarse que había sido lesionado el derecho al honor, previsto por el art. 18.1 de la CE, de la magistrada-juez. La condena consistía en el pago de una multa de ocho euros diarios durante diez meses, así como de una indemnización a la víctima de 3.000 euros por los daños morales sufridos. Contra esta sentencia, los dos condenados interpusieron un recurso de apelación que, finalmente, fue desestimado mediante la Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel, de 29 de enero de 2013, y, por tanto, la sentencia impugnada fue confirmada.

4. El interés jurídico de esta sentencia del TC consiste en el hecho de que este órgano judicial vuelve en esta resolución sobre su jurisprudencia general en relación con dos categorías de derechos fundamentales, que son colindantes en su definición constitucional y que a menudo entran en conflicto: por un lado, el derecho al honor previsto en el art. 18.1 de la CE, y por otro lado, las libertades de expresión y de información estipuladas en los apartados 1.a) y d) y 4 del art. 20 de la CE (para un estudio detallado de estas disposiciones de la CE, véase PADILLA RUIZ, P., «El conflicto entre el derecho al honor y la libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2011, núm. 4, pp. 2-23). En efecto, el TC ha considerado que los presentes recursos de amparo presentaban una especial trascendencia constitucional, y que su jurisprudencia desarrollada hasta entonces en estos ámbitos necesitaba ser perfilada y, en su caso, adecuarse a las peculiaridades presentadas por los supuestos planteados en estos dos recursos (FJ 1).

5. Los dos solicitantes de amparo alegaron que las dos sentencias impugnadas les habían violado sus libertades de expresión y de información. En relación con ello, cabe señalar que se ha de distinguir entre, por un lado, el derecho de una persona a expresar y difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones mediante un medio de reproducción (por ejemplo, la palabra o el escrito), y, por otro lado, la libre comunicación de información veraz por cualquier medio de difusión. El TC ha considerado

que la carta remitida al director del *Diario de Teruel* en marzo de 2010 no describía o resumía el pleito, sino que fijaba la posición y valoraba dicha resolución judicial en opinión de la asociación que representaban. De ahí que incluía esta actuación de los solicitantes de amparo en el ámbito de la libertad de expresión (FJ 2).

6. Como es conocido, la libertad de expresión de la que es beneficiaria toda persona (art. 10.1 del CEDH) conoce determinados límites fijados o fundamentados en la CE, e implica deberes y responsabilidades. Tal y como lo afirma el TEDH en sus Sentencias, entre otras, de 1 de marzo de 2007, caso *Pedersen et Baadsgaard* y caso *Tønsbergs Blad A.S. et Haukom c. Norvège*, y de 24 de febrero de 2015, caso *Haldimann y otros c. Suiza*, el respeto al honor ajeno se encuentra entre los límites de la libertad de expresión, y los periodistas, a pesar de su papel esencial en una sociedad democrática, tienen el deber de respetar las leyes penales de Derecho común.

7. En relación con ello, hay que señalar que es doctrina consolidada del TC que la libertad de expresión no puede amparar «las expresiones absolutamente vejatorias, es decir, las que [...] sean ofensivas o ultrajantes y resulten impertinentes para expresar las opiniones o informaciones de que se trate» (STC 216/2013, FJ 5). Además, los titulares de los órganos judiciales, a diferencia de otras autoridades públicas, respecto del ejercicio de su función, se encuentran en una situación singular pues pueden sufrir un daño a su honor personal, además de que la confianza de todas las personas en la justicia pueda verse afectada (STC 65/2015, FJ 3).

8. Este posicionamiento del TC, respecto de la necesidad de los jueces de disponer de una protección superior a la de los otros cargos públicos frente al ejercicio del derecho a la libertad de expresión, ha sido criticado por dos magistrados de este asunto en sus sendos votos particulares. Así, el Magistrado Andrés Ollero Tassara considera que ello representa un canon novedoso de constitucionalidad adicional, «que convertiría a los jueces y magistrados en peculiares ciudadanos que, lejos de gozar de menor protección (como miembros de un poder público), contarían con un amparo más exhaustivo». Canon que, de hecho, es contrario a la doctrina del propio TC sobre la legitimidad de la crítica a las resoluciones judiciales (punto 2). Por su parte, el Magistrado Juan Antonio Xiol Ríos aprecia que la labor de los jueces «es una manifestación más del ejercicio de un poder del Estado y, como tal, está sometida a crítica y escrutinio por parte de la ciudadanía». Para apoyar su afirmación, este magistrado recuerda la STEDH de 21 de octubre de 2014, caso *Murat Mural c. Turquía*, en la que este Tribunal encontró que el poder judicial debía «soportar la crítica con un idéntico nivel de tolerancia incluyendo las críticas ofensivas, lacerantes o perturbadoras». Además, según las SSTEDH de 1 de junio de 2010, caso *Gutiérrez Suárez c. España*, y de 15 de marzo de 2011, caso *Otegi Mondragon c. España*, estas críticas podrían «incluir una determinada dosis de exageración o incluso de provocación» (punto 3.i).

9. Si bien es verdad que el TEDH ha afirmado reiteradamente el importante papel de la prensa escrita y de las asociaciones ciudadanas [entre otras: Sentencia de 22 de abril de 2013, caso *Animal Defenders International c. Reino Unido*; Sentencia de 29 de noviembre de 2013, caso *Österreichische Vereinigung zur Erhaltung, Stärkung und Schaffung c. Austria*; Sentencia de 17 de febrero de 2015, caso *Guseva c. Bulgaria*; STC 65/2015, FJ 4.a)], y que la actividad de los órganos judiciales puede ser objeto de crítica pública por parte de los ciudadanos [Sentencias de 26 de abril de 1995, caso *Prager and Oberschlick c. Austria*, y de 18 de septiembre de 2012, caso *Falter Zeitschriften GmbH c. Austria*; STC 65/2015, FJ 4.b)], la libertad de expresión respecto de las resoluciones judiciales es limitada y sujeta a determinadas condiciones. Se trata de una cuestión delicada puesto que «las críticas desmedidas y carentes de todo fundamento

pueden llegar a afectar» no solamente a la honorabilidad profesional de un juez, sino, también, «a la confianza misma en la justicia [...] que es uno de los pilares existenciales del Estado de Derecho» [STC 65/2015, FJ 4.c)]. En relación con los recursos de amparo interpuestos en esta ocasión, el TC ha encontrado que la libertad de expresión de los recurrentes no les habilitaba formular, sin apoyarse en argumentos pertinentes y bien fundamentados, las acusaciones de parcialidad o falta de probidad del juzgador en el caso planteado (STC 65/2015, FJ 5).

10. Como es conocido, la imparcialidad judicial del juzgador se presume siempre, es un elemento estructural de todo proceso y, por tanto, se integra en el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías previsto en el art. 24.2 de la CE. Negar su existencia en público supondría un grave menosprecio del honor profesional del juzgador. Y, cuando se ponga en entredicho en público la imparcialidad judicial, se deben aportar datos o argumentos aptos para justificar tales acusaciones. Lo que no es el caso, según el TC, en los recursos de amparo interpuestos pues la carta remitida en su momento por los demandantes de amparo no había contribuido, por ejemplo, a formar una opinión pública sobre las cuestiones planteadas (FJ 5).

11. Finalmente, el TC ha desestimado los dos recursos de amparo objeto de atención en este comentario, y, por tanto, este órgano judicial ha decidido prevalecer el derecho al honor de un representante del poder judicial sobre la libertad de expresión de los ciudadanos.

12. En definitiva, consideramos que estamos ante un fallo que sienta doctrina, y que será seguido por los órganos judiciales españoles en los próximos años a la hora de pronunciarse sobre el posible conflicto entre la libertad de expresión de los ciudadanos, por un lado, y el derecho al honor de los jueces en el ejercicio de sus funciones, por otro lado.

Gabriela A. OANTA

Universidade da Coruña

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.2.2015.3a.04>

3.4. Responsabilidad patrimonial del Estado

RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.—Supuesta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.—Doble instancia penal.—Consideración del Dictamen del Comité de Derechos Humanos.—Art. 24 de la CE y art. 14.5 del PIDCP.

Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2015, Sala de lo Contencioso, Sección 4.^a (ROJ STS 507/2015). Ponente: María del Pilar Teso Gamella.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id. Cendoj) 28079130042015100048.

1. Mediante Sentencia de 31 de marzo de 2000, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional absuelve al recurrente de un delito de apropiación indebida por entender que había prescrito. Dos años después, el 29 de julio de 2002, la Sala 2.^a del Tribunal Supremo aprecia una interpretación normativa incorrecta de la sala de instancia y, sin revisar los hechos de la mencionada sentencia, condena al recurrente como responsable de un delito de apropiación indebida a una pena de cuatro años de prisión menor, más la accesoria de suspensión para todo cargo público durante el tiempo de la condena y la indemnización al Banco Español de Crédito de la suma de 1.344 millones de pesetas.

2. El condenado recurre en amparo ante el TC fundamentalmente sobre la base de dos motivos. En primer lugar, alega que la sentencia impugnada ha interpretado que el criterio para determinar el momento en el que se interrumpe la prescripción consiste en la interposición de una querrela contra una persona jurídica. Que ello tenga efectos directos contra el recurrente contradice, según éste, el principio de legalidad en materia procesal penal. En segundo lugar, y más importante a efectos de este comentario, el interesado invoca su derecho a la tutela judicial efectiva, puesto que al haber sido condenado en segunda instancia, tras la absolución previa, se vio privado del derecho a recurrir contra la única sentencia condenatoria. Dicho en otras palabras, invoca el derecho a la doble instancia penal recogido en el art. 14.5 del PIDCP que dispone que «toda persona declarada culpable de un delito tiene el derecho a que el fallo condenatorio y la pena sean sometidos a un tribunal superior conforme a lo previsto en la ley». El TC inadmite el recurso de amparo bajo el argumento de que «la condena fue pronunciada en segunda instancia tras una absolución anterior», además de que la pena «había sido impuesta por la más alta instancia judicial» (FJ 1 del ATC 127/2004, de 19 de abril de 2004).

3. El TC ya había señalado, entre otras, en la STC 64/2001, de 17 de marzo (FJ 5), que «el derecho a someter el fallo condenatorio y la pena ante un tribunal superior, si bien no tiene un reconocimiento expreso en la Constitución, integra el derecho al proceso con todas las garantías reconocido en el art. 24.2 CE». Incluso había admitido que, «en la concreción del contenido del derecho constitucional al doble grado de jurisdicción, le ha correspondido un importante papel al PIDCP, en atención al mandato del art. 10.2 CE».

4. Dicho esto, el TC hizo dos precisiones sobre el reconocimiento de tal derecho en el Derecho internacional de los derechos humanos. En primer lugar, en relación con el referido Pacto Internacional, indicó que las reservas formuladas por otros Estados a la aplicación del art. 14.5 no fueron objetadas por otros Estados contratantes ni cuestionadas por el Comité de Derechos Humanos de la ONU. La segunda precisión se refiere al Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales hecho en Roma en 1950: pese a que su art. 6 no enuncia expresamente el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, sí lo reconoce en el Protocolo núm. 7 a este Convenio del que España es parte, pero estableciendo una excepción significativa en su art. 2.2, que permite que las legislaciones de los Estados contratantes lo excluyan, entre otros supuestos, «cuando el interesado haya sido declarado culpable y condenado a resultados de un recurso contra su absolución».

5. A lo largo de este íter procedimental, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas establecido por el Protocolo adicional del PIDCP considera que España viola el art. 14.5 del Pacto referido, dado que no respeta el derecho a que la condena, impuesta por vez primera por el Tribunal Supremo en apelación, sea revisada por un tribunal superior. Añade que España no introdujo reserva alguna al art. 14.5 del Pacto para excluir su aplicación a los casos de condenas impuestas por primera vez por un tribunal en apelación tras una absolución en primera instancia. Además, invoca las decisiones precedentes del mismo Comité en las Comunicaciones 986/2001 y 1007/2001 en las que éste estima que la revisión del Tribunal Supremo no había sido íntegra y se había producido una vulneración del art. 14.5 del Pacto, y que el recurrente gozaba del derecho a la revisión del fallo y la pena por un tribunal superior (Dictamen de 25 de julio de 2007).

6. No obstante, la Sala 2.^a del TS, mediante Auto de 14 de diciembre de 2007 y, posteriormente, por Auto de 28 de enero de 2008, deniega la revisión de la condena

y la nulidad de la sentencia condenatoria pretendida por el recurrente. Ante ello, el interesado, sin acusar aún fatiga procesal, presenta su solicitud de indemnización, entre otros motivos, por responsabilidad del Estado legislador, que resulta inadmitida por el Ministerio de Justicia, mediante resolución del secretario de Estado de 21 de noviembre de 2008. Los recursos posteriores ante la Audiencia Nacional y el Consejo de Ministros también son inadmitidos (Sentencia de 30 de enero de 2012, recurso de casación núm. 5352/2010 y Resolución de 22 de noviembre de 2013 respectivamente).

7. El recurso contencioso administrativo que da lugar a la Sentencia del TS comentada, de 6 de febrero de 2015, se interpuso contra la denegación del Consejo de Ministros de la reclamación de indemnización solicitada. Dicha reclamación apelaba a la responsabilidad del Estado por haber incumplido el deber de desarrollo normativo sobre la doble instancia penal, lo que causó daños y perjuicios al recurrente. El TS estima que no resulta posible construir la responsabilidad patrimonial del Estado legislador sobre una omisión legislativa, pues no aprecia lesión alguna de las normas convencionales ni consuetudinarias en materia de derechos humanos.

8. En el plano del Derecho internacional, se suscita un doble problema: en primer orden, el del valor concedido por los tribunales nacionales a los dictámenes del Comité de Derechos Humanos; y en segundo orden, el de la doble instancia y el notorio y sistemático incumplimiento por los tribunales españoles del art. 14.5 del PIDCP, que consagra el derecho a que el fallo condenatorio y la pena sean sometidos a un tribunal superior, y del art. 13 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950, que reconoce el derecho a un recurso judicial efectivo.

9. El objeto central del presente comentario es ahondar en el alcance que los tribunales nacionales implicados en el caso conceden al dictamen del Comité de Derechos Humanos que condena a España. En este orden de cosas, tanto la Sala de lo Contencioso del TS como el abogado del Estado se encargan de desvirtuar la fuerza vinculante del Dictamen. Manifiestan rotundamente que «los dictámenes del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas no tienen carácter vinculante, pues el PIDCP, cuando regula, en los artículos 28 y siguientes, al citado Comité, especialmente en los arts. 41 y 42, no diseña un órgano jurisdiccional, con facultades de carácter jurisdiccional, es decir, para determinar el Derecho de forma definitiva en caso de conflicto e imponerse frente a todos» (FFJJ 1 y 8).

10. A la vista de todo lo anterior, cabe recordar que el PIDCP identifica un conjunto de derechos civiles y políticos que los Estados se comprometen a respetar y proteger. Con tal fin, el PIDCP establece un Comité al que le asignan una serie de competencias: la de examinar los informes periódicos sometidos por los Estados; la de conocer de las demandas interestatales que se le presenten; y en el caso de España, como de otros 115 Estados que en el momento actual han ratificado el Protocolo Primero, opcional, también se atribuyen al Comité las funciones de recibir y valorar las comunicaciones individuales presentadas por los individuos que consideran que sus derechos han sido vulnerados.

11. El problema es que los órganos de los tratados de derechos humanos no emiten sentencias declarativas sobre la violación de los derechos. A esto se añade que el Pacto no alude al coste que para el Estado tendría el no cumplimiento de las obligaciones contenidas en el tratado. Es decir, la responsabilidad de asegurar el cumplimiento del Pacto por parte de los Estados se infiere de un lenguaje laxo a lo largo del texto, que compromete a los Estados más a presentar informes sobre «el progreso hacia» el cumplimiento de los derechos que sobre «el progreso real».

12. Ahora bien, entre otros, Scheinin aduce que la ausencia de previsiones específicas sobre la naturaleza jurídica vinculante de las Conclusiones Generales o de los dictámenes de los Comités no significa que sean meras «recomendaciones». Las propias provisiones de los tratados son jurídicamente vinculantes, y el órgano establecido por el tratado es precisamente un intérprete autorizado del mismo [SCHEININ, M., «International Mechanisms and Procedures for Implementation», en HANSKI, R. y SUKSI, M. (eds.), *An Introduction to the International Protection of Human Rights*, Instituto de Derechos Humanos, 1997].

13. El Comité de Derechos Humanos, como los demás órganos de los tratados, supervisa la aplicación de un convenio vinculante ratificado sobre la base del consentimiento libre del Estado a sabiendas de que asumen obligaciones jurídicas a través del proceso de ratificación. Si no fuera así, la ratificación sería un «gesto vacío», sin correlación entre la manifestación del consentimiento y resultados específicos en materia de protección y tutela de los derechos recogidos en el PIDPC.

14. Sin perjuicio de lo previsto en el art. 10.2 de la CE, la interpretación de los tratados de derechos humanos en tanto que tratados internacionales debería abordarse desde una perspectiva jurídica formal, como sucede con los tratados internacionales en general, en la que se tuviera en consideración el art. 31.3 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que dispone que juntamente con el contexto se habrá de tener presente «toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por el cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado». En esta línea, la práctica seguida por el Comité de Derechos Humanos es la que brinda las pautas de una interpretación acorde a derecho.

15. En este orden de cosas, la aprobación en España de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, dejó pasar la oportunidad de haber introducido, en su art. 35 sobre las reglas de interpretación, una referencia a los dictámenes de los órganos de los tratados de derechos humanos.

16. Es preciso tener en cuenta también el carácter generalista de los tratados de derechos humanos, que es el resultado de la búsqueda de consensos que permitan la amplia participación estatal, de ahí que la interpretación de las provisiones de los tratados de derechos humanos resulte compleja, puesto que éstos tienden a ser abiertos y generales en cuanto a su alcance. Por estas razones, la labor de los órganos de los tratados se hace determinante a la hora de precisar su contenido real.

17. En conclusión, la sentencia analizada no sólo es relevante y sorprendente porque sostiene completamente la doctrina constitucional previa sobre el carácter no vinculante de los dictámenes del Comité de Derechos Humanos, sino que también lo es porque no acepta, bajo ningún punto de vista, que de acuerdo con reiterados dictámenes del Comité con relación a España (son ya más de 15 emitidos desde el año 2000), la segunda instancia penal exige una revisión íntegra del fallo y la condena para que sea conforme con la expresión del art. 14.5 del PIDCP que describe «el sometimiento a un tribunal superior». También la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015 (Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril) fue una oportunidad perdida para instaurar plenamente la doble instancia, corregir la inadecuación y ajustarnos al Derecho internacional convencional, que al fin y al cabo tiene rango de Derecho infraconstitucional y suprallegal a la vez.

18. Los dos problemas planteados, el de la naturaleza de los dictámenes de los órganos de los tratados de derechos humanos y el de la doble instancia penal, muy probablemente se plantearán una y otra vez en el ámbito de nuestro ordenamiento.

Sería deseable que los órganos nacionales profundizaran en el conocimiento y recepción de las decisiones de ciertos órganos internacionales, sobre todo cuando éstos los interpelan de manera tan reiterada.

Joana ABRISKETA

Universidad de Deusto

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.2.2015.3a.05>

3.5. «Devoluciones en caliente»: sobreseimiento del proceso iniciado contra el coronel jefe de la Comandancia de la Guardia Civil de Melilla

«DEVOLUCIONES EN CALIENTE» en la frontera hispano-marroquí.—Concepto de frontera.—Legislación de extranjería.—Delito de prevaricación administrativa.— Art. 404 del Código Penal.

Auto de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 7.ª de Melilla), de 7 de abril de 2015 (ROJ: AAP ML 1/2015). Ponente: Miguel Ángel García Gutiérrez.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id. Cendoj) 52001370072015200001.

1. Las «devoluciones en caliente» practicadas por las autoridades españolas en la frontera hispano-marroquí de las ciudades de Ceuta y Melilla y el concepto operativo de frontera defendido por el Gobierno español a estos efectos han seguido presentes en la práctica judicial de este primer semestre del año 2015, como pone de manifiesto el Auto de la Audiencia Provincial de Málaga, de 7 de abril, objeto de nuestro comentario en las páginas siguientes. En la Crónica anterior, dedicamos nuestra atención al Auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Melilla, de 11 de septiembre de 2014 (ROJ: AJPII 14/2014), por el que se procedía a la imputación del coronel jefe de la Comandancia de la Guardia Civil de Melilla, Ambrosio Martín Villaseñor, por un supuesto delito de prevaricación, al haber sido la persona que dictó la Orden de Servicio 6/2014 en la que se define el concepto operativo de frontera claramente contrario a la legalidad interna e internacional y por estar al mando del dispositivo que procedió a la ejecución de los rechazos en la frontera, en concreto, los días 18 de junio y 13 de agosto de 2014, de ciudadanos extranjeros sin seguir procedimiento alguno ni observar las garantías aplicables (GARCÍA ANDRADE, P., «Devoluciones en caliente de ciudadanos extranjeros a Marruecos», OANTA, G. A., *Jurisprudencia española en materia de Derecho internacional público*, REDI, vol. 67, 2015, núm. 1, pp. 214-220). El mencionado Auto del JPII de Melilla destacaba por su cuidada fundamentación en el Derecho internacional aplicable, característica que contrasta con la argumentación contenida en el auto que nos proponemos analizar a continuación.

2. El Auto de la AP de Málaga (Sección 7.ª de Melilla), de 7 de abril de 2015, resuelve el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal y la Abogacía del Estado en defensa de Ambrosio Martín contra el Auto del JPII de Melilla de 17 de noviembre de 2014, que había desestimado la petición de sobreseimiento provisional del procedimiento en el que se dictó el Auto de imputación de 11 de septiembre, ya comentado. La motivación del recurso se basa en la no concurrencia de los elementos del delito de prevaricación administrativa del art. 404 del Código Penal en la conducta del coronel jefe de la Comandancia de la Guardia Civil de Melilla, lo cual es admitido por la AP de Málaga estimando así el recurso planteado.

3. Asumiendo que la mera ilegalidad o contradicción con el Derecho de las órdenes dictadas por Ambrosio Martín por las que se ejecutaron las «devoluciones en

caliente» no bastan para caracterizar el delito de prevaricación, el auto se extiende en determinar si tales órdenes suponen o no un ataque arbitrario, consciente y grave a los intereses protegidos por las normas infringidas. De este modo, la AP valora la conformidad de las «devoluciones en caliente» y el concepto operativo de frontera, por el que será la valla interna del dispositivo fronterizo la que materializa la línea de delimitación del territorio nacional a efectos de extranjería, con el ordenamiento interno e internacional, de un modo un tanto superficial y, en algunos puntos, incongruente.

4. Del pronunciamiento del JPPI de Melilla, de 11 de septiembre de 2014, se infería que la práctica de las «devoluciones en caliente», por las que se rechaza a los inmigrantes que cruzan la valla fronteriza hispano-marroquí entregándolos a las autoridades marroquíes sin seguir ningún tipo de procedimiento ni respetar las garantías pertinentes, resulta contraria a los tratados de delimitación fronteriza entre España y Marruecos y al Acuerdo de readmisión de 1992 entre ambos países, además de vulnerar la legislación española de extranjería, diversas obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos asumidas por España y normas de Derecho de la UE adoptadas en el seno de la política europea de inmigración y asilo (véase MARTÍNEZ ESCAMILLA *et al.*, «*Expulsiones en caliente*»: Cuando el Estado actúa al margen de la ley, 27 de junio de 2014, disponible en <http://eprints.ucm.es/25993/>). El Auto de la AP de Málaga asume, en efecto, que la devolución o rechazo de los inmigrantes se ejecuta con omisión de las garantías previstas para la figura de la devolución en la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (modificada sucesivamente por las LO 8/2000, 14/2003 y 2/2009, en adelante LOEx) y, en particular, en su art. 26.2, negándoles el derecho a una resolución motivada y a un recurso efectivo contra la misma, el derecho de asistencia letrada y a un intérprete, conculcando igualmente el ejercicio del derecho a solicitar asilo y la prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros. Sin embargo, entiende la AP que diversos factores difuminan la arbitrariedad de las órdenes que prevén la ejecución de estas devoluciones sumarias, excluyéndolas, por tanto, de la esfera penal.

5. En efecto, el auto considera que el ejercicio de un control efectivo por parte de las autoridades españolas sobre los inmigrantes en la zona intermedia entre las vallas externa e interna de la frontera determina forzosamente la aplicación del ordenamiento jurídico español y afirma que el rechazo de los inmigrantes sin observar las garantías previstas por nuestra legislación constituye una «decisión contraria a Derecho» [en particular, las «devoluciones en caliente» no sólo vulneran la LOEx, sino también las obligaciones internacionales asumidas por España en virtud de los arts. 3 y 13 del CEDH, art. 4 del Protocolo núm. 4 al CEDH relativo a las expulsiones colectivas, la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, así como diversos preceptos de la CDFUE. Asimismo, esta práctica resulta contraria a varias normas de Derecho derivado de la UE como el Reglamento núm. 562/2006 por el que se establece el Código de Fronteras Schengen, la Directiva 2008/115 en materia de retorno de nacionales de terceros países en situación irregular, o la Directiva 2013/32 sobre procedimientos comunes para la concesión o retirada de la protección internacional (véase nuestro comentario publicado en la Crónica anterior; citado *supra*)].

6. A pesar de ello, en el auto, se indica a continuación que la valla y el concepto operativo de frontera que la sustenta «crean una situación no prevista por la legislación nacional e internacional en materia de extranjería», un concepto «criticado, pero no prohibido». En este punto comienzan las incoherencias, pues una misma realidad no puede contradecir el ordenamiento jurídico y, simultáneamente, no estar prohibida por el mismo por obedecer a una falta de previsión o regulación. Más adelante, el

auto volverá a contradecirse, al afirmar que la definición de frontera, defendida por el Gobierno, no está prohibida, no es arbitraria en sí misma y se adecúa a la finalidad de control fronterizo al que está destinada la valla, aunque restrinja los derechos de los inmigrantes. Si bien —continúa el auto— la opción por este concepto de frontera que excluye la aplicación de la legislación de extranjería cuando sólo se traspase la valla externa de la misma y no la interna no resulta aceptable, la contrariedad con el Derecho no constituye una grosera infracción intencional del ordenamiento jurídico. Se añade además en el auto que España no es el único país que ha optado por la construcción de vallas como alternativa de control de fronteras, sino que Estados miembros como Bulgaria y Grecia —que cuentan en su haber con un notorio registro de vulneraciones de derechos humanos de los inmigrantes— también han tomado esta opción (en relación con las vallas construidas respectivamente por ambos países en sus fronteras con Turquía, véase, por ejemplo, PAULASKAS, S., «Bulgaria: otra valla contra la inmigración», *CaféBabel*, 10 de diciembre de 2013, <http://www.cafebabel.es/sociedad/articulo/bulgaria-otra-valla-contra-la-inmigracion.html>).

7. La argumentación desarrollada posteriormente abunda en la idea de que la regulación de la entrada y estancia de extranjeros constituye una competencia exclusiva del Estado inherente a su soberanía territorial, si bien el Derecho internacional impone límites en la materia vinculados a la protección de los derechos humanos. Cita a estos efectos instrumentos internacionales como la Convención de Ginebra de 1951 relativa al Estatuto de los Refugiados, el Protocolo de Nueva York de 1967, pero, junto al CEDH, se refiere el auto también a tratados de extradición, de tránsito, de readmisión y de asilo, «en particular el Convenio de Dublín (Convenio de 1990)». Esta última mención resulta especialmente sorprendente, no sólo porque el citado Convenio haya sido reemplazado en las relaciones entre los Estados miembros de la UE, excepto Dinamarca, por el Reglamento del Consejo núm. 343/2003 por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país, ahora sustituido por el Reglamento núm. 604/2013 (el Convenio de Dublín dejó de ser aplicable desde el 1 de abril de 2006, fecha de entrada en vigor del Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca por el que se extiende a Dinamarca lo dispuesto en el Reglamento 343/2003, *DO L 66*, de 8 de marzo de 2006, p. 37), sino además porque no es precisamente una norma cuya aplicación práctica permita, en la actualidad, reforzar la protección de los derechos de los solicitantes de asilo [véanse, entre otros, EUROPEAN COUNCIL ON REFUGEES AND EXILES (ECRE), «Dublin II Regulation: Lives on Hold», febrero 2013, disponible en <http://www.ecre.org/component/content/article/56-ecreactions/317-dublin-ii-%20regulation-lives-on-hold>, los conocidos pronunciamientos de los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo en los casos *M. S. S. c. Bélgica y Grecia* (núm. 30696/09, de 21 de enero de 2011) y *N. S., M. E. y otros* (C-411/10 y C-493/10, de 21 de diciembre de 2011), respectivamente, así como jurisprudencia más reciente de estos Tribunales en relación con la aplicación de las reglas de Dublín].

8. Entiende el auto analizado que las resoluciones atribuibles al coronel jefe de la Comandancia de la Guardia Civil se enmarcan en la política europea de inmigración que describe en su argumentación [cita, por ejemplo, de modo extenso las «Conclusiones del Consejo sobre 29 medidas destinadas al refuerzo de la protección de las fronteras exteriores y a la lucha contra la inmigración ilegal», adoptadas por el Consejo JAI en su sesión de 25-26 de febrero de 2010 (doc. núm. 6975/10, de 1 de marzo)] y en la política española desplegada durante años en la frontera sur de Ceuta y Melilla. Ambas buscan —señala el auto— el equilibrio entre el derecho a rechazar a ciudadanos

de terceros países que no cumplan los requisitos de entrada y el cumplimiento de las obligaciones de asilo, refiriéndose en numerosas ocasiones al «Derecho humanitario» y no al Derecho internacional de los derechos humanos como fuente de las mismas.

9. Destaca también el auto que la infracción de la legislación nacional que las «devoluciones en caliente» pueden suponer generaría responsabilidad, «pero ésta se sitúa en el ámbito internacional y podría originar, en su caso, la responsabilidad del Estado ante los organismos internacionales competentes». Este razonamiento evidencia que el propósito del esfuerzo argumentativo de la AP no es tanto enjuiciar la conformidad de la práctica seguida por las autoridades españolas respecto de las obligaciones internacionales asumidas por España, sino determinar la posible responsabilidad penal individual del coronel jefe de la Comandancia de la Guardia Civil de Melilla por haber dictado resoluciones arbitrarias en las que pudiera concurrir un especial desprecio por la legalidad. Ello no es óbice, sin embargo, a que la argumentación seguida en el auto que comentamos sea criticable desde la perspectiva del Derecho internacional, como venimos mostrando.

10. En este sentido, resulta sorprendente también que el auto intente ponderar la gravedad de la injusticia de las resoluciones controvertidas con el propósito de entrada ilegal violenta de los inmigrantes y la buena disposición de las autoridades españolas para tramitar las solicitudes de entrada y de asilo en los puestos fronterizos habilitados para ello y próximos a los lugares donde se producen las entradas ilegales, lo que «pone de manifiesto la menor entidad de la contravención del derecho humanitario derivado del rechazo en línea fronteriza sin observancia de las garantías exigidas». En consecuencia, se desprende del pronunciamiento de la AP que la conducta de los ciudadanos extranjeros y el cumplimiento de las obligaciones internas e internacionales por parte de las autoridades españolas en otros supuestos podrían justificar el no respeto de dichas obligaciones en situaciones distintas.

11. Para terminar, el auto finaliza su argumentación indicando que la tramitación de la reforma de la LOEx a través de la enmienda contenida en la Ley de Seguridad Ciudadana dota de cobertura legal a las decisiones relacionadas con las «devoluciones en caliente» e imputadas a título de prevaricación, lo que, según la AP, manifiesta que dichas decisiones podían acomodarse a cánones interpretativos admisibles, aunque, en nuestra opinión, su introducción en la legislación de extranjería demuestre más bien que no cabía un acomodo interpretativo en el seno de la misma. En efecto, tras una controvertida tramitación, el pasado 30 de marzo fue aprobada la Ley Orgánica 4/2015 de protección de la seguridad ciudadana, por la que se incluye, a través de su DF 1.^a, una modificación a la LOEx en forma de Disposición adicional décima relativa a un «régimen especial de Ceuta y Melilla» (BOE núm. 77, de 3 de marzo de 2015. Mientras la LO 4/2015 entraba en vigor el 1 de julio de 2015, la disposición final primera sería efectiva desde el 1 de abril). En ella, se indica que «los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera podrán ser rechazados a fin de impedir su entrada ilegal en España». De este modo, la reforma introduce una nueva figura, el «rechazo en frontera», que parece consistir en obligar al extranjero a retroceder, impidiéndole entrar en territorio nacional. La enmienda a la LOEx no aclara, sin embargo, qué ha de entenderse por línea fronteriza, ni tampoco prevé garantía jurídica alguna a respetar en tales supuestos. La redacción final de la mencionada enmienda, además de suprimir los términos «intenten superar, en grupo» que resultaban frontalmente contrarios a la prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros,

específica —como recuerda el auto comentado— que «en todo caso, el rechazo se realizará respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte». Esta condición sería inoperante, teniendo en cuenta que las «devoluciones en caliente» o ahora denominadas rechazos en frontera no son respetuosas con las obligaciones internacionales asumidas por España. Si, por el contrario, la inclusión de esta salvedad en la reforma supone que tales rechazos respetarán los compromisos internacionales en materia de protección de derechos humanos, entonces la práctica de las «devoluciones en caliente», por las que se imputaba a título de prevaricación en este proceso, no obtiene cobertura legal en la LOEx. Las autoridades competentes tendrán que arbitrar, por tanto, mecanismos que permitan que los rechazos en frontera aseguren el ejercicio del derecho a solicitar protección internacional, el derecho a asistencia letrada e intérprete, el derecho a recurrir la decisión adoptada y otras garantías exigibles en virtud de las obligaciones internacionales de España, o lo que es lo mismo, las autoridades competentes tendrán que aplicar la figura de la devolución en tales supuestos. El Tribunal Constitucional tendrá ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión, en respuesta al recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra diversos preceptos de la LO 4/2015, incluida su disposición final primera relativa a los controvertidos rechazos en frontera (admitido a trámite por providencia del Pleno del TC de 9 de junio de 2015, *BOE* núm. 143, de 16 de junio de 2015). Nos queda confiar en que el Alto Tribunal devuelva algo de cordura a una política española de inmigración que olvida los compromisos que el Derecho internacional le impone respetar.

Paula GARCÍA ANDRADE

Universidad Pontificia Comillas

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.2.2015.3a.06>

3.6. Piratería marítima en el Océano Índico

PIRATERÍA MARÍTIMA.—Somalia.—Abordaje buque atunero español «Izurdia».—Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar.—Consejo de Seguridad.—Operación ATALANTA.—Art. 616 ter del Código Penal.

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 3.ª), de 2 de febrero de 2015 (ROJ: SAN 74/2015). Ponente: Fermín Javier Echarri Casi.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id. Cendoj) 28079220032015100001.

1. La sentencia objeto de comentario versa sobre el intento de abordaje por presuntos piratas, ciudadanos somalíes, desde una embarcación tipo esquiife, al buque atunero congelador de bandera español «Izurdia». La importancia de esta sentencia se deriva del análisis que realiza de la piratería marítima y, más concretamente, de la piratería en el Océano Índico, frente a las costas de Somalia. En este sentido encontramos un interesante recorrido por cuestiones clave tales como la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de 10 de diciembre de 1982; las características de la piratería en esta zona —de hecho, como veremos, a los «piratas» se les acusa tanto de un delito de piratería como de pertenencia a organización criminal—, así como la respuesta de la Comunidad Internacional a un problema que «sobrepasa» al propio Estado ribereño que se refleja, básicamente, en diversas Resoluciones del Consejo de Seguridad así como a las operaciones navales desplegadas en la zona —principalmente de la Unión Europea y la OTAN—.

2. Antes de acercarnos a las cuestiones mencionadas, cabe apuntar que en esta Sentencia la AN no dirime su jurisdicción y competencia, dado que en una Resolución anterior (de 12 de octubre de 2012) el Juzgado Central de Instrucción núm. 3 de la Audiencia Nacional declaró la jurisdicción española y la competencia de dicho órgano para el conocimiento de los hechos objeto de denuncia «sobre la base del art. 23.4 apartado c) LOPJ, en esos momentos vigente, al concurrir el vínculo de la nacionalidad, por ser el pesquero atacado de bandera española, al igual que parte de su tripulación (principio de la personalidad pasiva) jurisdicción y competencia que por otro lado, no ha sido objeto de discusión por ninguna de las partes. Además, el barco de guerra de la Real Marina de los Países Bajos “HNLMS Rotterdam” que intervino en la persecución y detención del esquiife pirata, el día 11 de octubre de 2012, tal y como ha quedado acreditado, actuaba bajo el mandato de la Fuerza Naval de la Unión Europea, en el marco de la Operación ATALANTA, así como el barco de guerra de la Armada española “BAA Castilla2 al que traspasaron los detenidos”» (FJ 2 *in fine*).

3. Centrándonos en las que hemos denominado «cuestiones claves», lo primero es preguntarse qué entendemos por piratería marítima (cuestión que la sentencia analiza en su FJ 2). Como es sabido, la CONVEMAR establece en su art. 101 que «constituye piratería cualquiera de los siguientes actos siguientes: a) todo acto ilegal de violencia o de detención o todo acto de depredación cometidos con un propósito personal por la tripulación o los pasajeros de un buque privado o de una aeronave privada y dirigidos: i) contra un buque o una aeronave en el alta mar o contra personas o bienes a bordo de ellos, ii) contra un buque o una aeronave, personas o bienes que se encuentren en un lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado; b) todo acto de participación voluntaria en la utilización de un buque o de una aeronave, cuando el que lo realice tenga conocimiento de hechos que den a dicho buque o aeronave el carácter de buque o aeronave pirata; c) todo acto que tenga por objeto incitar a los actos definidos en el apartado a) o en el apartado b) o facilitarlos internacionalmente». Conforme a la citada disposición, para poder hablar de piratería, en sentido estricto, deben darse tres presupuestos: a) actos ilegales de violencia, detención o depredación cometidos en alta mar o en un espacio no sometido a la jurisdicción de un Estado; b) con fines privados; c) por la tripulación o pasajeros de un buque contra la tripulación, pasajeros o propiedades de otro buque. Si se dan estos presupuestos, y al amparo del deber de cooperar de todos los Estados para la represión de la piratería —tal y como establece el art. 100 de la CONVEMAR—, cualquier Estado podrá apresar un buque o aeronave pirata, incautar los bienes que se encuentren a bordo, detener a los piratas y someterlos a su jurisdicción —imponiéndole, por tanto, las penas que para dicho delito se contemplen en su derecho interno— independientemente de la nacionalidad de éstos, estableciendo así una excepción al principio de jurisdicción exclusiva del Estado del pabellón sobre los buques de su nacionalidad, excepción fundamentada en que la piratería es un delito *ius gentium*. Sin embargo, si conjugamos dichos requisitos con las características que suelen reunir la mayoría de los ataques que se producen hoy en día, veremos como estos quedan fuera de la noción de piratería que nos ofrece la CONVEMAR —las costas de Somalia o el Estrecho de Malaca son dos ejemplos claros—. Y ello porque la mencionada disposición presenta tres importantes limitaciones a la hora de poder calificar un acto ilegal como piratería: 1) por el lugar en el que se debe cometer el delito: el art. 101 circunscribe el delito de piratería exclusivamente al alta mar o zonas no sujetas a la jurisdicción de ningún Estado, por lo que, consecuentemente, no serán calificados como «piratería» los delitos que, aún compartiendo las mismas características que aquellos, sin embargo, tengan lugar en

las aguas territoriales del Estado ribereño, donde, paradójicamente, se producen hoy en día el mayor número de ataques, decayendo consecuentemente, en estos casos, tanto la jurisdicción universal como la posibilidad de apresamiento por un buque de cualquier otro Estado; 2) por el número de embarcaciones: dado que la CONVEMAR habla de la existencia de dos buques; 3) por la finalidad del acto, que debe ser cometido por un «propósito personal» y, por tanto, no se contemplan aquellos actos ilícitos que se realizan, por ejemplo, con una finalidad política o que se configuran como actos terroristas o delincuencia organizada transnacional [véase, entre otros, SOBRINO HEREDIA, J. M., «Piratería y terrorismo en el mar», *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2008, pp. 84-147; KEUYAN, Z., «New developments in the International law of piracy», *Chinese Journal of International Law*, vol. 8, 2009, núm. 2; TREVES, T., «Piracy, law of the sea and use of force: Developments off the Coast of Somalia», *EIJL*, 2009, núm. 20; SÁNCHEZ RAMOS, B., «Action undertaken by the international maritime organization in the struggle against maritime piracy and armed robbery», en SOBRINO HEREDIA, J. M. (dir.), *Maritime Security and Violence at Sea*, Bruselas, Bruylant, 2011, pp. 211-233]. De hecho, la sentencia apunta alguna de estas limitaciones al establecer que «[...] en aguas sometidas a soberanía o jurisdicción, según el Derecho internacional, sólo el Estado ribereño podrá ejercer las funciones de policía y luchar contra los actos de violencia, detención o depredación, cometidos contra los buques. El problema surge, cuando estos hechos acontecen en aguas territoriales del Estados incapaces de garantizar la seguridad marítima, como es el caso de Somalia» (FJ 2).

4. En cuanto al papel que juega el Consejo de Seguridad en este escenario, la sentencia recuerda que éste «consciente de esta problemática, a través de diversas Resoluciones, habilita a buques de terceros Estados a ejercer funciones de policía en aguas territoriales somalíes, como medida temporal y excepcional, a la vista de las circunstancias sociopolíticas por las que atraviesa dicho Estado africano» (FJ 2). Y, efectivamente, debe destacarse la labor desarrollada en este caso por el Consejo de Seguridad dado que «los incidentes de piratería y robo a mano armada contra los buques en las aguas territoriales de Somalia y en un alta mar frente a la costa de Somalia [...] constituyen una amenaza para la paz y Seguridad internacionales» [Resolución 1816 (2008)]. Esta Resolución del Consejo de Seguridad cobra una importancia especial dado que adopta una serie de medidas concretas orientadas, exclusivamente, a la situación de Somalia con la finalidad de sortear y superar las dificultades que el Derecho internacional presenta en la lucha contra estos actos, y que, en cierta medida, hacen posible que la AN conozca de este asunto, dado que: 1) permite a los Estados y Organizaciones Internacionales que colaboren con el Gobierno Federal de Transición a entrar en las aguas territoriales —ampliándose incluso posteriormente al espacio terrestre— de Somalia con la finalidad de reprimir los actos de piratería y robo a mano armada, si bien en la sentencia objeto de comentario el ataque se produce en alta mar, más allá de las 200 millas; 2) busca evitar la impunidad de los presuntos piratas, dado que las acciones emprendidas para la lucha contra la piratería quedarían estériles si no van acompañadas de la posibilidad de enjuiciar y, en su caso, encarcelar a los presuntos piratas; 3) invita tanto a los Estados como a las Organizaciones Internacionales a cooperar tanto mediante intercambio de información, asistencia, así como el despliegue de operaciones navales en la Zona. De hecho, con base en esta Resolución se ha desplegado tanto la operación naval de la Unión Europea, ATALANTA, para la detención, prevención y represión de actos de piratería en las costas de Somalia, como de la OTAN (*Ocean Shield*) (véase SÁNCHEZ RAMOS, B., «La respuesta multilateral a la lucha contra la piratería y el robo a mano armada frente a las costas de Somalia»,

Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense, 2011, pp. 407-425). De hecho, en el asunto que nos ocupa, la detención de los piratas por el abordaje al buque atunero español la lleva a cabo un barco de guerra holandés que actuaba bajo mandato de la operación ATALANTA, siendo, posteriormente, puestos a disposición del buque de la Armada española «B.A.A. Castilla» integrado también en la operación ATALANTA, desde donde fueron trasladados a la AN.

5. La sentencia también destaca el *modus operandi* de estos piratas. Y es que los «piratas» de hoy en día están muy lejos de esa clásica imagen cinematográfica del pirata con camisa de rayas, loro en el hombro y pata de palo. Hoy en día, los piratas están cada vez más especializados y, por tanto, capacitados para ejecutar acciones cada vez más violentas. La sentencia —hechos probados— describe así el *modus operandi*: «El grupo estaba dotado de equipamiento que le aportaba la capacidad necesaria para el logro de sus fines, tecnología (armas de alto poder destructivo y capacidad de alcance, gasolina, telecomunicaciones) y operativa (empleo de un esquife, medios de escalo para el abordaje, uso de motores fuera borda) y gozaba de una organización interna (jerarquía y reparto de papeles) y profesional (uso de armas de fuego, ataque por la zona ciega del pesquero, elusión de la intervención de las armas que repelían la agresión, munición, armas...)». Además, hoy en día, como ha destacado el Prof. Sobrino Heredia, muchas veces las acciones de piratería se enmarcan en un contexto más amplio, de terrorismo internacional, calificando estas acciones como para-piratería (SOBRINO HEREDIA, J. M., *op. cit.*, pp. 92-93).

6. Por último, cabe acercarse a la calificación jurídica de los hechos —el intento de abordaje al buque atunero «Izurdia» desde una embarcación tipo esquife que se dirigía a alta velocidad hacia el buque abriendo fuego contra ellos, empleando fusiles de asalto AK 47, estando además en posesión de un lanzagranadas que no consta que fuese utilizado—, lo que, implica, necesariamente una remisión al derecho interno, dado que la CONVENMAR en su art. 105 establece que «[...] Los Tribunales del Estado que haya efectuado el apresamiento podrán decidir las penas que deben imponerse y las medidas que deban tomarse respecto de los buques, las aeronaves o los bienes, sin perjuicio de los derechos de los terceros de buena fe». Afortunadamente, en este caso, los hechos pudieron tipificarse como un delito de piratería recogido en el art. 616 ter del Código Penal tras la redacción dada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que introdujo de nuevo, como es sabido, el delito de piratería «tras manifestarse las carencias punitivas surgidas como consecuencia de un supuesto típico de piratería como el caso «Alakrana» que no pudo sancionarse como tal por su inexistencia». Lo cierto es que es difícil comprender por qué el legislador español decidió retirar este tipo delictivo del Código Penal, dado que si bien es cierto que la piratería marítima entra de nuevo «en escena» con las acciones que se producen frente a las costas de Somalia, ésta nunca llegó a desaparecer, tal y como se recoge en los diferentes informes de la Organización Marítima Internacional (OMI). Es más, tanto la Naciones Unidas como la OMI hablan de la necesidad de que los Estados adopten en sus legislaciones los cambios pertinentes con la finalidad de poder detener y procesar a las personas que cometan este tipo de delitos. Además, a la vista de los hechos, en este caso también se les condena por pertenencia a organización criminal [art. 570 *bis* 1, 2. *b*) y 3 del Código Penal al quedar probado que nos «encontramos ante un conjunto de personas que forma parte de manera permanente, o al menos con esa voluntad, integran un entramado (célula activa) dedicada a actividades de piratería, como la que es objeto de enjuiciamiento, con distribución de funciones precisas, necesaria jerarquización, financiación y utilización de armas de guerra, para vencer así la resistencia de los obstáculos que pudieran hacerles frente» (FJ 3 *in fine*)].

7. En definitiva, consideramos que nos encontramos ante una sentencia con un correcto análisis de los diferentes instrumentos y acciones internacionales para la lucha contra la piratería marítima, que, conjugado con la aplicación de las disposiciones de nuestro Código Penal ha cumplido uno de los principales objetivos que ponen de manifiesto las sucesivas Resoluciones que el Consejo de Seguridad ha adoptado para la lucha contra la piratería en Somalia: evitar la impunidad de los presuntos piratas.

Belén SÁNCHEZ RAMOS

Universidad de Vigo

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.2.2015.3a.07>

3.7. Inmunidad de Jurisdicción del Estado

INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN.—Límites a la inmunidad de jurisdicción.—Actos *iure imperii* y *iure gestionis*.—Convención de Naciones Unidas Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes de 2 de diciembre de 2004.—Contrato de trabajo.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social, Sección 5.^a) de 9 de diciembre de 2014 (ROJ: STSJ M 15671/2014). Ponente: José Ignacio de Oro-Pulido Sanz.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id. Cendoj) 28079340052014101016.

1. La sentencia aquí analizada versa sobre una institución jurídica derivada directamente de la noción básica de soberanía: la inmunidad jurisdiccional del Estado. Se trata de un principio vertebrador de la estructura jurídica clásica del Derecho internacional, cuyo arquetipo ahonda sus raíces en las nociones de igualdad soberana y reciprocidad. La reciente decisión corrobora sólidamente la existencia de algunas limitaciones intrínsecas al principio consuetudinario de inmunidad absoluta del Estado mediante el recurso a una suerte de *judicial cross-fertilisation* (*Ex multis* YANG, X., *The State Immunity in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 7). En el entramado de la decisión resulta evidente, además, cómo este mecanismo de conversación judicial sea intrínsecamente connatural al propio principio en cuestión, así como la interrelación entre normas internas (procesales y sustanciales) y el mencionado principio de Derecho internacional.

2. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección 5.^a de lo Social, dicta, en efecto, Sentencia en el recurso de suplicación contra el pronunciamiento de fecha 25 de abril de 2014, dictaminada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Madrid en sus Autos núm. 1308/13. Esta decisión asume una particular dimensión internacionalista, pues las demandantes, ambas de nacionalidad italiana, habían venido prestando servicios como profesoras de las asignaturas Educación Física y de Inglés, por cuenta de la entidad demandada (*Scuola Statale Italiana*), domiciliada en Madrid y dependiente de la República Italiana. Las actoras no fueron llamadas a realizar sus actividades laborales para el curso escolar 2013/2014, a diferencia de lo que había ocurrido en los años precedentes, por lo que en los días inmediatos al 9 de septiembre de 2013 las docentes italianas se pusieron en contacto personalmente con directivos de la entidad demandada, recibiendo comunicación por parte del Ministerio italiano en la que se disponía que no se las contrataría en dicho curso escolar.

3. El Juzgado de lo Social de Madrid, investido de la causa tendente a la declaración de nulidad o subsidiaria improcedencia de los despidos, declaró improcedente

el despido de las actoras. Frente a la sentencia de instancia que estimó la demanda formulada por las demandantes, la *Scuola Statale Italiana* interpuso recurso de suplicación, objeto de la decisión aquí comentada.

4. A propósito de las excepciones de jurisdicción, competencia basadas en el carácter *iure imperii* de las decisiones adoptadas por la *Scuola Statale Italiana*, esta institución lamentaba la infracción del art. 12.5 del Código Civil y de acuerdo con el referido precepto la infracción de los arts. 1, 2 y 4 del Decreto del Ministerio de Asuntos Exteriores, sobre la atribución de interinidades para los puestos de carácter estatal en las instituciones e iniciativas académicas en el extranjero previstas por el Decreto Legislativo núm. 297/94 y sus sucesivas modificaciones, y de los arts. 1 y 2 del Convenio Cultural entre España e Italia, «por entender que los referidos preceptos evidenciarían el carácter público de la relación, la naturaleza pública de las instituciones y la concurrencia de las excepciones de jurisdicción, competencia y *iure imperii*». Las cuestiones abordadas por el juez madrileño habían sido previamente examinadas en la sentencia «gemela» del Tribunal Superior de Cataluña, de 25 de junio de 2014, Rec. 1557/2014, en la que se recalca que la análoga pretensión allí planteada siempre en base con el principio de inmunidad de jurisdicción, «no puede, en caso alguno, entenderse, ser aceptada. Conviene recordar cómo la denominada “inmunidad de jurisdicción”, una institución de Derecho internacional que tiene un inequívoco carácter consuetudinario y que se fundamenta en el principio de igualdad soberana de los Estados, ha sufrido a lo largo de la Historia en su propia definición una importante evolución». Tras haber nítidamente trazado el tránsito jurídico-conceptual desde la idea decimonónica de inmunidad absoluta de los Estados a una concepción mucho más limitada o restringida relativa a asuntos de carácter civil y mercantil, el juez catalán aseveraba que actualmente «en la comunidad internacional se hablará ahora, antes y al contrario, de una inmunidad de los Estados restringida que pasa o exige distinguir entre los actos que los Estados extranjeros hayan realizado a través de sus poderes públicos (se hablará de *actos de iure imperii*) y los actos de carácter civil y mercantil (*actos de iure gestionis*) [...]. En esta línea, y por lo que se refiere a la materia que nos interesa, no podemos sino recordar cómo el art. 11 de la Convención de Naciones Unidas Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes de 2 de diciembre de 2004, que se abrió a la firma el 17 de enero de 2005 recoge inequívocamente esa tendencia».

5. Hasta aquí las dos cortes españolas explicitan no sólo el alcance de la norma consuetudinaria mayoritariamente aceptada por la jurisprudencia y doctrina internacionales, sino también la correspondiente cristalización del principio de inmunidad en la codificación internacional de 2004. A continuación los dos tribunales entroncan esta regla en el derecho interno, donde el art. 21.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial procede a incorporar las normas de Derecho internacional público en materia de excepciones o inmunidades jurisdiccionales. Estos preceptos, como ha apuntado una buena parte de la doctrina, no disciernen entre actos que se pueden calificar *iure imperii* y actos definibles en términos de *iure gestionis*. La jurisprudencia de los tribunales españoles, desde el año 1986 (entre otras, STS de 10 de febrero de 1986), participa y acoge la tesis de la inmunidad restringida en cuanto que afirma, por ejemplo, la existencia de jurisdicción respecto a Estados extranjeros en litigios sobre despido de personal localmente contratado para prestar servicios en misiones diplomáticas y oficinas consulares calificando que el acto se encuentra dentro del *iure gestionis*. Tal *judge made law* español está plenamente en línea, desde una óptica comparada, con la práctica del «Derecho internacional vigente y *por venir*» (cursiva añadida). En

relación con la temática de los horizontes del principio de inmunidad habría que plantear la cuestión de la importancia del Derecho comparado en la construcción *de iure condendo* del principio en cuestión máxime en relación con eventuales colisiones con puntos-clave del Derecho internacional público actual, como las violaciones de derechos fundamentales.

6. Veamos sintéticamente primero cómo se va desarrollando un ejemplo de judicial *cross-fertilization*, partiendo de la situación hodierna para luego otear horizontes futuros.

Para avalar su tesis, la corte madrileña, a la par del tribunal catalán antes mencionado, trae a colación la decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), de 19 de julio de 2012, C-154/11, *Mahamdia*, relativa a la actuación de una embajada diplomática. Si bien resultaría oportuno discernir entre el principio de inmunidad jurisdiccional del Estado y las inmunidades de las que goza una embajada de conformidad con el Convenio de Viena de 1961, esta sentencia precisa que «en el ejercicio de esas funciones, la embajada, como cualquier otra entidad pública, puede actuar *iure gestionis* y ser titular de derechos y obligaciones de carácter civil, especialmente a raíz de la celebración de contratos de Derecho privado».

La conclusión esgrimida por el Tribunal Superior de Madrid, en perfecta línea con la doctrina mayoritaria, la jurisprudencia internacional, europea y con la propia codificación internacional de 2004, es clara: «Por consiguiente, insistimos, puede afirmarse que el contenido del mencionado principio de Derecho internacional consuetudinario sobre la inmunidad jurisdiccional de los Estados no puede oponerse en el caso enjuiciado a la aplicación de las disposiciones que sobre competencia judicial internacional contienen las normas de nuestro derecho interno (art. 25 LOPJ) y comunitario [Reglamento (CE) n.º 44/2001] dado que, insistimos también, los demandantes no hacen sino impugnar la decisión extintiva de los contratos de trabajo temporales que habían celebrado con una Institución ciertamente dependiente del Estado italiano, pero en el que las funciones que ejercían y desarrollaban los mencionados trabajadores en nuestro país no formaban parte del ejercicio del poder público del mencionado Estado, estando comprendido pues, el presente litigio, dentro del ámbito de aplicación material del Reglamento n.º 44/2001».

7. Hasta aquí, las consideraciones del Tribunal Superior de Madrid, a la par del Tribunal Superior de Cataluña de 25 de junio de 2014, rec. 1557/2014, discurren en la misma dirección trazada desde hace tiempo por los tribunales nacionales e internacionales y recientemente cristalizada en la codificación internacional de 2004. *Formante* doctrinal, jurisprudencial y legislativo (SACCO, R., «A Dynamic Approach to Comparative Law», en *American Journal of Comparative Law*, vol. 39, primavera 1991, núm. 2, pp. 343-401) internacionales y nacionales parecen *mutandis mutandis* reconducir el principio de mutuo respeto de la soberanía nacional a un cauce más circunscrito en relación a determinadas actividades comerciales.

8. *De iure condendo* se divisan sintéticamente dos horizontes en el territorio del formante sacchiano legislativo interno (SACCO, R., «A Dynamic Approach to Comparative Law», *op. cit.*, p. 380) y jurisprudencial internacional acerca de la inmunidad jurisdiccional del Estado.

Desde la primera óptica, se destaca la elaboración de un Anteproyecto de Ley Orgánica sobre inmunidades de los Estados extranjeros y organizaciones internacionales, que vertebraría en ámbito interno la codificación internacional de la citada Convención de la ONU de 2004 sobre inmunidades estatales.

El informe aprobado por el Consejo General del Poder Judicial en fecha 28 de mayo de 2015 plantea sugerencias encaminadas a tratar de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva respecto de la violación de derechos fundamentales «por acciones u omisiones presuntamente imputables a un Estado extranjero que constituyen violaciones de normas internacionales de obligado cumplimiento, de cuyo conocimiento resulten competentes los tribunales españoles». En este relevante supuesto la delimitación del principio de inmunidad estatal asume una honda significación en el propio conjunto del Derecho internacional, ya no relacionada con la conducta *iure privatorum* del Estado, sino intrínseca a los valores del sistema iusinternacionalista. De hecho, el informe del Consejo General, del que ha sido ponente la vocal Nuria Díaz Abad, propone articular una vía frente a la regla general de la inmunidad de jurisdicción de los Estados que ampare los casos en que se ejerciten en España acciones indemnizatorias por lesiones o daños causados por el Estado extranjero que puedan considerarse violaciones graves de las normas internacionales antes citadas.

9. El documento aprobado por la institución de autogobierno de los jueces acoge plenamente la otra perspectiva arriba mencionada (es decir, la nueva temática jurisprudencial), que se ha abierto a raíz de la decisión de la *Corte Costituzionale* italiana núm. 238/2014 sobre el alcance del principio de inmunidad jurisdiccional frente a la violación de derechos humanos. Esta histórica decisión procede a limitar los efectos de la sentencia del Tribunal Internacional de Justicia del 3 de febrero de 2012 en tema de inmunidad de jurisdicción en relación con actos cometidos *iure imperii* por el Tercer Reich, allí donde colisionen con los principios constitucionales de tutela judicial efectiva.

10. Siempre en una visión *de iure condendo*, en efecto, la corte italiana dibuja nuevas perspectivas acerca de la difusión mediante *cross-fertilization* judicial de nuevos límites al principio de inmunidad jurisdiccional frente a violaciones del denominado *ius cogens*, apoyándose significativamente en sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre los denominados *contralimiti* internos al sistema jurídico europeo (*in primis* Tribunal de Justicia, 3 de septiembre 2008, C-402/05 P y C-415/05, *P. Kadi*). Observado a contraluz, la nueva tendencia inaugurada por la Corte italiana traza el contorno de un posible conflicto entre dos distintas arquitecturas del Derecho internacional. La primera de ellas resulta anclada a una visión independentista/aislacionista de la soberanía nacional, ya agudamente identificada por el juez Marshall [se considera unánimemente la primera sentencia donde se afronta *apertis verbis* el principio de inmunidad la decisión *The Schooner Exchange v. McFaddon*, *US Supreme Court*, 11 US (7 *Cranch*) 116 (1812)] y defendida repetidamente por el Tribunal Internacional de Justicia en sus decisiones *Bélgica c. Congo*, de 14 de febrero de 2002 y el citado *Alemania c. Italia*, de 12 de febrero de 2012. Otra concepción diferente de los valores identitarios del Derecho internacional podría surgir de la afirmación del límite interno al propio principio de inmunidad estatal, allí donde afecte un umbral axiológicamente relevante en la sociedad y el Derecho internacional, como es la tutela de los derechos humanos (véanse *Humanización, democracia y Estado de derecho en el ordenamiento internacional*, discurso de recepción de la académica de pronunciado por Araceli Mangas Martín, sesión del 8 de abril de 2014, Madrid, y CEBADA, A., «El Derecho internacional global: una retórica útil para una transformación necesaria», en vol. LXV, *REDI*, 2013, núm. 1). En este último ámbito absolutamente relevante será la construcción multinivel [nacional, europeas, internacional (véase LAZARI, A., «Diálogo judicial y resolución de las controversias internacionales», en VÁZQUEZ GÓMEZ, E. M., ADAM MUÑOZ, M. D. y CORNAGO PRIETO, N. (coords.), *El arreglo pacífico de las controversias internacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 169-184)] de normas imperativas de Derecho internacional, ca-

paces de constituir un renovado cauce interno al principio consuetudinario de inmutabilidad jurisdiccional del Estado.

Antonio LAZARI
Universidad Pablo de Olavide
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.2.2015.3a.08>

3.8. Transposición de directivas, alcance de la normativa estatal básica y afectación de las competencias autonómicas en el ámbito de la gestión de los residuos de industrias extractivas y la rehabilitación de espacios afectados por actividades mineras

CONFLICTO POSITIVO DE COMPETENCIAS.—Transposición de Directivas.—Medio Ambiente.—Gestión de residuos.—Actividades mineras.

Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) 45/2015, de 5 de marzo de 2015 (BOE núm. 85, de 9 de abril de 2015). Ponente: Andrés Ollero Tassara.

1. Esta sentencia resuelve el conflicto positivo de competencia interpuesto por la Xunta de Galicia contra el Real Decreto 975/2009, de 12 de junio, sobre gestión de los residuos de las industrias extractivas y rehabilitación del espacio afectado por actividades mineras por vulneración de los arts. 9 y 149.1.23, 25 y 11 de la Constitución, de los arts. 27.30 y 28.3 del Estatuto de Autonomía de Galicia y de la Ley Orgánica 6/1999, de 6 de abril, de transferencia de competencias de desarrollo legislativo y ejecución en materia de ordenación del crédito, banca y seguros.

2. La inclusión en esta crónica se justifica porque la resolución incide sobre el tópico de la relación triangular que se establece entre las Directivas comunitarias, la legislación básica del Estado y las competencias autonómicas, de desarrollo normativo y de ejecución, que pudieran resultar eventualmente jibarizadas en el proceso de transposición del Derecho de la UE. La doctrina ha dedicado bastantes páginas al análisis de esta cuestión [de forma temprana, MANGAS, A., «La aplicación del Derecho comunitario por las Comunidades Autónomas», en *Relaciones internacionales y Comunidades Autónomas*, Barcelona, Institut d'Estudis Autònemics; y, para una exhaustiva y actualizada revisión del problema, véase por todos ARZOZ, X. (coord.), *Transposición de directivas y autogobierno: el desarrollo normativo del derecho de la Unión Europea en el Estado autonómico*, Barcelona, Institut d'Estudis Autònemics, 2013] y el propio Consejo de Estado ha admitido que «*de facto*, es el Estado el que con carácter general asume sin más la labor de transposición y la participación autonómica se verifica en la tramitación de las concretas normas que la llevan a cabo, ya sea en el marco de la audiencia pública ya sea mediante la integración de los representantes autonómicos en el correspondiente órgano de coordinación» (CONSEJO DE ESTADO, *El informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español*, Consejo de Estado-CEPC, 2008, p. 118).

3. El carácter detallado de la mayoría de las directivas medioambientales contribuye, no obstante, a que la litigiosidad respecto a su incorporación por parte del Estado sea inferior a la que generan las normas comunitarias que inciden sobre otros ámbitos como pueden ser la regulación de actividades económicas o el mercado interior. La generalizada pasividad autonómica (con la salvedad de algunas comunidades) respecto a la identificación de las directivas medioambientales con las bases normativas estatales permite afirmar, en las conclusiones de un estudio empírico so-

bre las normas de incorporación, que «la transposición se efectúa forzando, a nuestro juicio, el reparto interno de competencias pero, también es preciso decirlo, sin que las Comunidades Autónomas hayan discutido de forma significativa esta pauta» (NOGUEIRA, A., «La transposición de directivas ambientales en el Estado autonómico», en ARZÓZ, X. (coord.), *op. cit.*, p. 338). Pues bien, la sentencia aquí reseñada supone una manifestación de lo contrario puesto que la recurrente pretende oponerse, si bien lo hace de forma infructuosa, a la presunta extralimitación de la normativa de base en el proceso de incorporación de una directiva.

4. Concretamente, el Real Decreto impugnado nace bajo la premisa de incorporar al ordenamiento español la Directiva 2006/21/CE sobre gestión de los residuos que derivan de las industrias extractivas y rehabilitación de las zonas afectadas por estas actividades. El Estado otorgó carácter básico a esta regulación apoyándose en sus competencias en materia de: *a)* medio ambiente (art. 149.1.23 de la CE), en general; *b)* minas (art. 149.1.25 de la CE), respecto de los arts. 2, 4, 5, 7, 8, 9, 10, 11, 13, 14, 15, 36, 44, 45 y 46, DDAA 3.^a y 4.^a y DDTT 2.^a y 3.^a del Real Decreto impugnado, y *c)* seguros (art. 149.1.11 del CE), con relación al Título II de la disposición impugnada, que regula las garantías financieras que la entidad explotadora de la actividad minera debe constituir para garantizar la efectividad del plan de restauración del espacio afectado. Para la Xunta de Galicia, el Gobierno se excedió en el ejercicio de sus competencias en estos ámbitos materiales, sin que la aplicación del Derecho europeo justificase la asunción por el Estado de competencias de las que no dispone. Sin embargo, en este caso el TC ha desestimado, por unanimidad, todas y cada una de las alegaciones de la demandante y, en consecuencia, el recurso.

5. En primer lugar, la Xunta solicitaba la declaración de inconstitucionalidad y la nulidad global del Real Decreto porque éste carece del rango legal que debiera exigirse, con carácter general, a toda legislación básica, así como porque la norma supone un desarrollo reglamentario de carácter básico que se realiza a partir de una ley preconstitucional (la 22/1973, de 21 de julio, de Minas). El TC rechaza que la normativa básica esté vedada al reglamento sólo porque la legislación desarrollada sea preconstitucional señalando que, en particular en materia de minas, se ha procedido a deducir a partir de esa legislación normas básicas de protección medioambiental (al respecto, véase también VALENCIA, G., «Jurisprudencia ambiental del Tribunal Constitucional», en LÓPEZ, F., *Observatorio de políticas ambientales 1978-2006*, Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2006). Por otra parte, aunque admite que la norma de rango legal es el instrumento idóneo para establecer bases, el TC recuerda que esta exigencia no es absoluta al afirmar que el uso del reglamento «resultaría acorde con los preceptos constitucionales si, primeramente, resultara de una habilitación legal, y, en segundo lugar, si su rango reglamentario viniera justificado por tratarse de materias cuya naturaleza exigiera un tratamiento para el que las normas legales resultarían inadecuadas por sus mismas características» (FJ 4). En este caso, el Real Decreto controvertido posee dicha base legal, puesto que se dicta en desarrollo de las Leyes 22/1973, de minas, 10/1998, de residuos y 26/2007, de responsabilidad medioambiental y contiene, además, en el marco de la incorporación de la Directiva 2006/21/CE, una regulación marcadamente técnica por lo que cumple con los requisitos exigidos por la doctrina constitucional sobre la dimensión formal de las bases.

6. En segundo término, la demanda de la Xunta de Galicia impugnaba subsidiariamente una nutrida serie de preceptos del Real Decreto al considerar que se extralimitaban respecto al ámbito competencial de lo básico. El TC rechaza las alegaciones del ejecutivo gallego mediante una argumentación en dos tiempos. Primero, de mane-

ra genérica, analiza los títulos competenciales de base que subyacen al asunto —medio ambiente y régimen minero— para señalar la prevalencia del primero de ellos en la controversia e insistir en la *vis expansiva* que tiene la normativa básica en materia medioambiental. Y, en segundo lugar, evalúa, ya de forma específica, las disposiciones del Real Decreto en las que existen, a juicio de la demandante, excesivo detalle regulatorio y, en consecuencia, extralimitación sobre el contenido de lo básico.

7. Aunque el Estado dispone de competencias para adoptar legislación básica tanto sobre minas como sobre medio ambiente (apdos. 25 y 23, respectivamente, del art. 149.1 de la CE) para el TC no resulta irrelevante determinar la categoría específica, de entre las dos en liza, «a la que primordialmente se reconducen las competencias controvertidas» (STC 80/1985, de 4 de julio, FJ 1) puesto que el alcance de las exigencias impuestas al legislador básico puede ser diferente «en función del subsector» de que se trate (SSTC 31/2010, de 28 de junio, FJ 60; 184/2012, de 17 de octubre, FJ 3). El TC señala, en este sentido, que la conexión entre la protección del medio ambiente y la gestión de residuos es manifiesta (remitiendo en esto a la STC 102/1995, de 26 de junio, FJ 7) como se explicita en la exposición de motivos del Real Decreto que se refiere a la «filosofía protectora del medio ambiente» enraizada en la Directiva 2006/21/CE. A partir de ese criterio, el TC concluye que «no cabe duda de que el título competencial específico y prevalente en el que se enmarca la presente controversia es «legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección» (art. 149.1.23 CE)» (FJ 3).

8. El encuadramiento preferente de la controversia en el título competencial de medio ambiente no es baladí, puesto que supone el punto de apoyo para avalar una interpretación extensiva de las bases normativas estatales. Recuperando argumentos ya expuestos en su Sentencia 69/2013, de 14 de marzo [FFJJ 1 y 2.b)], el TC subraya la idea de que «corresponde al Estado imponer el “encuadramiento de una política global en materia de medio ambiente”, teniendo en cuenta el alcance no ya nacional, sino internacional que tiene la regulación de esta materia [...]. De ahí también que la intervención estatal pueda ser “singularmente intensa”, que la “piedra de toque” para calificar de básica la norma medioambiental sea más su “finalidad tuitiva” que su carácter genérico o detallado, abstracto o concreto. El deber del legislador básico estatal de dejar un margen a la normativa autonómica será “menor que en otros ámbitos”, aunque no pueda llegar “a tal grado de detalle que no permita desarrollo legislativo alguno de las Comunidades Autónomas con competencias en materia de medio ambiente, vaciándolas así de contenido”» (FJ 5).

9. A partir de esta premisa, el análisis subsiguiente que realiza el TC de todas las impugnaciones hechas por la parte demandante respecto a las disposiciones concretas del Real Decreto en las que se podría materializar la extralimitación sobre las bases estatales viene a desembocar en la misma conclusión: no existe invasión de las competencias autonómicas. En primer lugar, el TC se refiere al art. 2 del Real Decreto, que aborda la obligación para la entidad que realice actividades de investigación y aprovechamiento minero de realizar trabajos de rehabilitación en el espacio natural afectado, y al art. 46 que aborda el régimen sancionador. En este caso, la Xunta de Galicia no cuestiona que el contenido de los artículos sea excesivamente detallado o agotador sino que estima que tales previsiones desbordarían el ámbito material de lo básico únicamente por el hecho de silenciar la posibilidad de un desarrollo autonómico. Para el TC la ausencia de una referencia expresa a las atribuciones estatutarias de las Comunidades Autónomas no conlleva vulneración competencial alguna puesto

que «el Estado, en el ejercicio de sus competencias, no viene obligado a reservar, mediante una cláusula de salvaguardia, las competencias que puedan tener las Comunidades Autónomas en la respectiva materia» (STC 112/2014, de 7 de julio, FJ 4).

10. En relación con la DA 2.^a, que regula el inventario de instalaciones clausuradas que tengan impacto medioambiental y que —a juicio de la demandante— invade las competencias de ejecución autonómicas, el TC señala que «es constitucionalmente posible la creación de un Registro único para todo el Estado que garantice la centralización de todos los datos a los estrictos efectos de información y publicidad» (STC 197/1996, de 28 de noviembre, FJ 12) y que la creación de tal registro no conlleva facultades ejecutivas para el Estado, que sí excederían de su ámbito de actuación competencialmente posible [FJ 6.a)]. Por tanto, esta disposición no atribuye a órganos estatales funciones de gestión que corresponden a las Comunidades Autónomas, ni los apodera específicamente para recopilar directamente información sino que establece de forma explícita que la creación del indicado inventario debe hacerse «en colaboración con las Comunidades Autónomas».

11. Respecto a la impugnación de varios preceptos relativos al diseño, objetivos y contenidos del plan de restauración, así como a la inspección de las actividades de vertido, la recurrente alegaba que incurrían en un detallismo excesivo. En este punto es donde cobra valor la tesis de que en materia medioambiental las bases estatales pueden ser singularmente intensas, por su valor protector, y que desempeñan una función de común denominador susceptible de ampliación por parte de las Comunidades Autónomas. De este modo, afirma el TC que «todas las previsiones impugnadas responden clara y directamente a cualificadas finalidades medioambientales, lo que es relevante a efectos de nuestro enjuiciamiento; según hemos recordado ya, para determinar el alcance de lo básico en esta materia la piedra de toque es la finalidad tuitiva de la norma, más que el nivel de concreción o detalle»; en consecuencia, el plan de restauración de minas no agota la regulación de la materia, sino que describe contenidos y objetivos expresamente calificados de «mínimos». La precisión de algunos preceptos, por tanto, no excluye el desarrollo autonómico de otros aspectos y «responde a los enormes riesgos para el entorno natural, la biodiversidad y la salud humana involucrados» [FJ 6.b)].

12. Con un enfoque similar, insistiendo sobre el excesivo nivel de detalle, la Xunta de Galicia había recurrido también las disposiciones del Real Decreto relativas a la autorización del «plan de restauración» minero (arts. 4.3, 5 y 6.3), si bien en este caso el reproche era más acusado puesto que en estos preceptos se establecen adicionalmente normas de carácter procedimental que debieran, bajo el criterio de la recurrente, haber sido encuadradas en la competencia sobre procedimiento administrativo común del art. 149.1.18 de la CE y que, además, extralimitaban dicha competencia. Sobre este aspecto, el TC matiza que el procedimiento de autorización del plan de restauración no forma parte del procedimiento administrativo común sino que constituye un procedimiento especial y recuerda que la competencia sobre procedimientos especiales es conexas a la ostentada para la regulación del régimen sustantivo de cada actividad o servicio de la Administración (STC 227/1988, FJ 32). A partir de ese criterio, el Tribunal proyecta sobre las disposiciones impugnadas su doctrina de que las bases medioambientales pueden alcanzar algún aspecto relativo a estos procedimientos especiales, si imponen criterios directamente vinculados a los objetivos sustantivos de la legislación estatal sin descender a la previsión de trámites de pura gestión, concluyendo que en este ámbito el Real Decreto tampoco impide el ejercicio de competencias autonómicas [FJ 6.c)].

13. En el recurso de la Xunta de Galicia se impugnaba también el Anexo III, que regula el «organismo de control» que debe verificar el cumplimiento del Real Decreto mediante auditorías e inspecciones, denunciando el excesivo detalle que implica tanto exigir que dicho organismo se encuentre, con carácter previo, acreditado por la Entidad Nacional de Acreditación como afirmar el carácter renovable de la autorización autonómica. Para el TC el funcionamiento del organismo de control resulta esencial para garantizar la efectividad del plan de restauración por lo que tales previsiones responden claramente a finalidades ambientales y a la necesaria homogeneidad que éstas requieren, considerando además que en la disposición se respeta la competencia autonómica para establecer el procedimiento de autorización del organismos de control [FJ 6.d)].

14. La última de las alegaciones del recurso que ha desestimado el TC se refiere a la impugnación del Título II sobre las garantías financieras que la entidad explotadora de la actividad minera debe constituir para garantizar la efectividad del plan de restauración. La disposición final segunda del Real Decreto 975/2009 ampara formalmente estas previsiones en la competencia estatal de ordenación de seguros (art. 149.1.11 de la CE) pero en el contexto del reglamento controvertido funcionan como un instrumento que traduce técnicamente en el sector minero el imperativo constitucional de defensa y restauración del medio ambiente (art. 45.2 de la CE) y sirven, por tanto, como mecanismo disuasorio de conductas potencialmente nocivas para el entorno y la biodiversidad, en consonancia con el principio de «quien contamina paga». En consecuencia, parece lógico que el TC recurra, una vez más, a la *vis atractiva* de la competencia sobre medio ambiente para señalar que «a la vista de su finalidad, cabe considerar que la controversia debe encuadrarse en este punto en el art. 149.1.23 CE».

15. Para concluir cabe señalar que la sentencia merece una valoración positiva. Resulta claro que una pulsión expansiva de los títulos estatales latía originariamente en el Real Decreto 975/2009 impugnado por la Xunta de Galicia. De hecho, éste ha sido modificado por el Real Decreto 777/2012, de 4 de mayo, en cuya exposición de motivos se deja constancia de que «con relación al requerimiento de incompetencia formulado por la Xunta de Galicia respecto al Real Decreto 975/2009, de 12 de junio, mediante Acuerdo de Consejo de Ministros de fecha de 28 de agosto de 2009 se admitió que la DF 2.^a del mencionado real decreto no debe incluir el carácter básico de su Anexo V». Por tanto, el propio Ejecutivo ha reconocido que las «Normas para la elaboración de los planes de explotación en la minería del carbón a cielo abierto» que se establecían el mencionado Anexo V carecían de carácter básico. Sin embargo, el razonamiento del TC respecto al resto de disposiciones impugnadas, tomando apoyo en la intensidad que debe reunir la normativa medioambiental básica del Estado por su carácter tuitivo y en la posibilidad de desarrollo complementario en sede autonómica, resulta coherente con la obligación estatal de garantizar el cumplimiento del Derecho de la UE.

Carlos TEIJO GARCÍA

Universidad de Santiago de Compostela

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.67.2.2015.3a.09>