

A) JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA EN MATERIA DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO *

Coordinación a cargo de

Cristina IZQUIERDO SANS

Profesora Titular de Derecho internacional público
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. PRESENTACIÓN GENERAL.—3. COMENTARIOS DE SENTENCIAS.—3.1. Extradición de ciudadano portugués a Hong Kong.—3.2. Extranjería. Constitucionalidad de la Ley Orgánica 14/2003 de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.—3.3. Tratos inhumanos o degradantes en su vertiente procesal en una interpretación conforme con la jurisprudencia del TEDH.—3.4. Competencias autonómicas sobre el mar territorial.—3.5. Anulación parcial del Real Decreto 557/2011 por el que se aprueba el Reglamento de extranjería.—3.6. La evaluación y determinación del interés superior del niño.—3.7. Jurisdicción universal: Guantánamo.—3.8. Doble instancia penal. Protocolo 7 al CEDH.—3.9. La persecución extraterritorial de la mutilación genital femenina.—3.10. Libertad religiosa. Velo integral.—3.11. Contaminación acústica: tráfico aeroportuario.—3.12. Aplicación e interpretación del Convenio de Montreal para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional.—3.13. Bombardeos de la aviación italiana sobre Barcelona en 1938.

1. INTRODUCCIÓN

1. La presente crónica abarca la jurisprudencia recaída desde enero hasta junio de 2013 y sigue los criterios aplicados desde el número 2012.1, es decir, incluye

* Desde el núm. 2 de 2012, esta crónica de jurisprudencia está a cargo de un equipo compuesto por cuatro coordinadores: Jessica Almqvist (Investigadora Ramón y Cajal en la Universidad Autónoma de Madrid), Alberto Arrufat (Profesor Contratado Doctor, Agregado en la Universidad Católica de Valencia), Cristina Izquierdo (Profesora Titular en la Universidad Autónoma de Madrid) y Ana Peyró (Profesora Titular e Investigadora Ramón y Cajal en las Universidades de Cergy-Pontoise y Jaume I), bajo la dirección de los Catedráticos Jorge Cardona (Universidad de Valencia) y Javier Díez-Hochleitner (Universidad Autónoma de Madrid). Cada crónica se elabora bajo la responsabilidad principal de uno de los coordinadores.

las referencias a los pronunciamientos del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional que contienen elementos de Derecho internacional público. En concreto, en esta crónica, se hace referencia a jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional, como del Tribunal Supremo, la Audiencia Nacional y algunas Audiencias Provinciales.

2. La crónica incluye el índice que precede a esta introducción y está agrupada por voces temáticas, una presentación general de todos los pronunciamientos reseñables y, finalmente, un comentario más desarrollado de la jurisprudencia que tiene especial interés y resulta más destacable. Inevitablemente, como estamos habituados, el mayor número de pronunciamientos tienen que ver con el Derecho internacional de los derechos fundamentales, si bien no obstante, en este número hay pronunciamientos reseñables sobre las competencias del Estado; por un lado, sobre los espacios marinos y, por otro, sobre las personas, donde se ubican sentencias en materia de extranjería, asilo o jurisdicción universal.

2. PRESENTACIÓN GENERAL

1. Durante el primer semestre de 2013 los tribunales españoles han continuado su labor de aplicadores del ordenamiento internacional como parte del ordenamiento interno. No se trata de las sentencias que ofrezcan un cambio jurisprudencial relevante o un tratamiento de cuestiones nuevas por nuestros tribunales; sin embargo, sí se presenta en esta sección un conjunto de pronunciamientos judiciales que conforman una rica presencia del ordenamiento internacional, especialmente en materia de derechos fundamentales, en la jurisprudencia de los tribunales españoles.

2. Los *derechos de los extranjeros* han sido objeto de atención por el Tribunal Constitucional en la medida en que se tuvo que pronunciar sobre el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento Vasco con respecto a diversos preceptos de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (STC 17/2013). Se enjuicia la constitucionalidad de diversos preceptos de la Ley de extranjería que regulan la comunicación y la cesión de datos de carácter personal de extranjeros tanto por transportistas como por las Administraciones públicas; las especialidades en los procedimientos administrativos de extranjería (comparecencia personal en diversos trámites administrativos y causas de inadmisión de la solicitud); los efectos de la devolución que se equiparan a la expulsión; y las medidas de vigilancia y seguridad en los centros de internamiento de extranjeros (medidas de registro y contención física personal o separación preventiva). Esta Sentencia es objeto de comentario en el apdo. 3.2 de esta crónica.

3. Además del Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo también ha tenido ocasión de pronunciarse en materia de extranjería. Se trata de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS de 12 de marzo, relativa al Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Esta sentencia, que es objeto de un comentario más extenso en el apdo. 3.5 de esta sección, contiene amplios desarrollos sobre la Directiva 2008/115/CE, de 16 de diciembre de 2008, del Parlamento Europeo y el Consejo, relativa a las normas y procedimientos en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, así como sobre la interpretación que sobre ella ha dado el TJUE.

4. También durante el periodo estudiado han sido varias las sentencias recaídas en el marco del procedimiento de *expulsión de extranjeros* que hacen mención al art. 8.1 CEDH (véanse TSJCL 23/2013, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, de 18 de enero; TSJM 42/2013, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9.ª, de 24 de enero). Conviene destacar entre ellas, la recaída el 8 de marzo en el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (TSJCL 92/2013, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) relativa a un recurso contencioso-administrativo formulado contra la Resolución de la Delegación del Gobierno que ordena la expulsión del territorio español con prohibición de entrada de un inmigrante irregular. En la misma, el Tribunal considera que la ausencia de motivación en la sentencia recurrida resulta especialmente evidente toda vez que pese a la insistencia del recurrente en alegar tener pareja estable y cuatro hijos menores de edad escolarizados en Pamplona, la única respuesta obtenida de la Delegación fue que las circunstancias personales eran absolutamente irrelevantes en este tipo de expedientes. El TSJCL en su sentencia, se hace eco de la jurisprudencia del TEDH (SSTEDH de 2 de agosto de 2001, caso *Boultif c. Suiza*, y de 17 de abril de 2003, caso *Yılmaz c. Alemania*) que ha reiterado que en los supuestos de expulsión, el arraigo familiar puede actuar como límite a la expulsión, porque la ejecución de la misma podría no resultar proporcionada al fin legítimo perseguido por la medida, esto es la garantía del orden público, vulnerando de ese modo el derecho a la vida privada y familiar reconocido en el art. 8.1 CEDH.

5. Como viene siendo habitual, gran parte de la actividad jurisdiccional del Tribunal Supremo que contiene referencias al Derecho internacional público nos viene dada a través de los recursos interpuestos en el marco de las solicitudes de asilo. En el periodo de referencia, son varias las sentencias del Tribunal Supremo al respecto tales como las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 8 de abril (ROJ: STS 1579/2013) y de 6 de mayo (ROJ: STS 2112/2013) que, si bien no cambian la jurisprudencia anterior de dicho Tribunal, merecen reseñarse en la medida en que siguen refiriéndose de manera pormenorizada a la regulación internacional existente, tanto a nivel general como en el marco de la Unión Europea. Por ejemplo, cabe destacar las referencias por parte del Tribunal Supremo a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE, Gran Sala, de 2 de marzo de 2010, asuntos acumulados C-175/08, C-176/08 y C-179/08) en la que este último, tras señalar que existen dos regímenes distintos de protección (el estatuto de refugiado y el estatuto que confiere la protección subsidiaria), cuyos ámbitos respectivos de protección no deben equipararse, precisa que la diferente caracterización del reconocimiento del derecho de asilo y de la autorización de permanencia por razones humanitarias se pone de relieve por la diferente perspectiva de examen y valoración de las circunstancias concurrentes que han de emplearse en uno y otro caso. De ahí que el TS, tal y como ya señaló en una sentencia de 21 de septiembre de 2012 (rec. 75/2012, a la que nos referimos en la introducción del número anterior de esta *Revista*), haya considerado que a la hora de valorar la concesión del asilo y el consiguiente reconocimiento del derecho a la obtención del estatuto de refugiado, «adquiere una relevancia primordial la valoración del relato personal de persecución expuesto por el solicitante de asilo, pues según jurisprudencia constante las situaciones de guerra civil o de conflicto interno generalizado en el país de origen del solicitante no dan lugar a la concesión de la condición de refugiado si no van acompañadas del temor fundado a sufrir persecución personal por alguno de aquellos motivos, pues de otro modo todo ciudadano de un país en que se produzcan graves trastornos sociales, con muerte de personas civiles y ausencia de protección de los derechos básicos del hombre, tendría automáticamente derecho a la concesión del asilo, lo que no es, desde luego, la finalidad de la institución. Cuando

se trata, por el contrario, de valorar la autorización de permanencia en España por razones humanitarias, no se requiere la constatación de una persecución individual (que en caso de acreditarse suficientemente daría lugar sin más a la concesión del asilo), sino que cobra más relieve el análisis del conflicto social y del modo en que éste afecta a la persona inmersa en él, que puede ser acreditado a través de la información detallada sobre la evolución del país de origen, que permitirá aportar datos idóneos para valorar la posible aplicación de la situación de los «conflictos o disturbios graves de carácter político, étnico o religioso» a que se refiere la Sentencia de esta Sala de 8 de julio de 2011 (rec. 1587/2010), en referencia al artículo 17.2». También merece ser mencionada, por una parte, la STS (Sala de lo Contencioso), de 27 de marzo de 2013 (ROJ: STS 1957/2013), en la que el Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por una mujer saharahuí solicitante de asilo y ordena que se proceda a la admisión a trámite y estudio de su solicitud de protección internacional. Para ello, toma en consideración un informe de ACNUR en el que se analiza la situación de la solicitante desde una perspectiva de género, en la medida en que fue víctima de violación y objeto de un matrimonio de conveniencia, señalando que, por lo general, las mujeres que han sido víctimas de violencia sexual son muy reacias a exponer la dimensión real de la persecución sufrida.

6. Por lo que se refiere a las competencias de los órganos judiciales en virtud del *principio de jurisdicción universal*, cabe destacar el Auto del TS (Sala de lo Penal) de 20 de diciembre de 2013, en el que le correspondió al Tribunal Supremo pronunciarse sobre un recurso de casación interpuesto por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en relación con la no aplicación del art. 23.4 de la LOPJ. El Tribunal Supremo, en el auto que es objeto de un comentario más extenso en el apdo. 3.7 de esta crónica, va a desestimar el recurso, considerando, en aplicación del art. 23.4 LOPJ, que ya ha existido investigación efectiva de los hechos objeto de la querrela (Guantánamo) en otro país competente, Estados Unidos. Es la continuación de la línea marcada por la Audiencia Nacional, en el Auto de la Audiencia Nacional 29/2012, de 23 de marzo de 2012, que ya se comentó en la *REDI*, vol. LXIV, 2012 (PEYRÓ, A., «Jurisdicción universal y justificación jurídica de los medios empleados para la lucha contra el terrorismo, en particular en Guantánamo», pp. 191-194). El Tribunal Supremo también se ha referido asimismo a la circunstancia de haberse seguido un procedimiento penal en otro Estado (en este caso en el Reino Unido) por la misma operación en un asunto de tráfico ilícito de estupefacientes. El Tribunal Supremo, en su STS 2930/2013, de 9 de junio, reitera jurisprudencia anterior (en particular su STS 1359/2004, de 15 de noviembre) según la cual «es plenamente legítimo que se sigan varios procedimientos en países distintos cuando por unos mismos hechos, ocurridos en todos esos países, se han producido actuaciones policiales y judiciales que han desembocado en sendos procesos penales con las consiguientes condenas o absoluciones, máxime cuando se trata de delitos que pueden y deben perseguirse por cualquier Estado cualquiera que hubiera sido el lugar donde se hubieran cometido, por lo acordado en tratados internacionales y por las normas de derecho interno que así lo mandan para determinadas infracciones penales, en virtud del llamado principio de justicia universal o foro universal, que es lo que ocurre con los delitos de tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas o estupefacientes».

7. En materia de jurisdicción universal merecen igualmente destacarse las Sentencias de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal), de 4 de abril de 2013 y de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 9.^a), de 13 de mayo de 2013, en relación con el delito de mutilación genital femenina, a las que dedicamos un extenso comentario en el apdo. 3.11 de esta crónica. También nos remitimos al comentario que

en el apdo. 3.13 se ofrece de un Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 10.^a), de 22 de enero de 2013 en relación con los bombardeos de la aviación italiana a Barcelona en 1938.

8. Sobre el ejercicio de *competencias del Estado sobre los espacios marítimos*, hay que destacar tres sentencias del Tribunal Constitucional (SSTC 8/2013, 87/2013 y 99/2013) que resuelven diversos recursos de inconstitucionalidad interpuestos por el Gobierno de la Comunidad Autónoma de Canarias contra las disposiciones recogidas en varias leyes estatales que, al parecer de la Comunidad Autónoma, habían adjudicado al Estado la competencia sobre determinados espacios marinos de forma contraria a la Constitución y de su Estatuto de autonomía, habiendo asumido el Estado competencias que pertenecían a la Comunidad Autónoma Canaria. Estas sentencias son objeto de un comentario detenido en el apdo. 3.4 de esta crónica.

9. Ya sobre los denominados *derechos fundamentales* sustantivos, nos encontramos con pronunciamientos en materia de *libertad religiosa*, en los que se plantea la, adentrándonos en la jurisprudencia, limitación de dicha libertad derivada de la prohibición del uso del burka. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en una sentencia de 14 de febrero, que es objeto de comentario más detenido en el apdo. 3.10 de esta crónica, hace un análisis pormenorizado de lo dispuesto en instrumentos internacionales al respecto, refiriéndose en particular a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a un Dictamen del Comité de Derechos Humanos y a una recomendación del Consejo de Europea.

10. Continuando con el derecho a la libertad religiosa, debemos resaltar que el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de aplicar la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, respecto de la libertad religiosa en el caso del llamado «Cristo de Monteagudo» (estatua situada en la provincia de Murcia). La Sentencia del TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 4 de marzo de 2013 (ROJ: STS 3203/2013) se refiere en concreto a la sentencia *Lautsi y otros c. Italia* (TEDH, núm. 30814/06, de 18 de marzo de 2011) en la que el TEDH se pronunció sobre los símbolos religiosos en las aulas de educación, a la luz del art. 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, admitiendo que la muestra de símbolos religiosos en las aulas de educación era compatible con los derechos de libertad religiosa en sus vertientes positiva y negativa. El TS va a aprovechar este pronunciamiento del TEDH para considerar que si hay compatibilidad en el caso de las aulas de educación, a fortiori la hay «en espacios en los que en principio no se desarrolla una actuación del Estado más allá del mantenimiento en su caso de un patrimonio histórico, artístico o cultural preexistente» (FJ 7).

11. *La libertad de expresión y el derecho al honor* han provocado una muy interesante Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 3.^a), de 1 de febrero (s. 104/2013), que se pronuncia en relación con un recurso presentado por la Fiscalía y por uno de los acusados contra la sentencia de instancia condenatoria de un delito de difusión de ideas genocidas. Los hechos constitutivos de delito son la publicación de artículos de opinión en una publicación oficial, con una tirada bimensual de quinientas copias, adscrita a un partido político de carácter interno que es distribuida entre amigos, familiares, afiliados y personas del entorno, aunque no sean militantes afiliados, donde ridiculiza, trivializa y con ello justifica los hechos ocurridos en el holocausto nazi durante la Segunda Guerra Mundial, con referencias humillantes hacia el pueblo judío, habiendo otros que tienen un contenido que incita a la discriminación, exclusión y eliminación de distintos grupos raciales y a la exaltación y justificación de regímenes fascistas totalitarios. La sentencia es heredera de otras anteriores

recaídas en nuestros Tribunales (recuérdese la STC 214/1991, de 11 de noviembre asunto *Violeta Friedman* a propósito de las manifestaciones realizadas por León Degrelle; la STC 176/1995, de 11 de diciembre a propósito de la publicación del comic «Hitler=SS»; y la STS 259/2011, de 12 de abril sobre una librería de ideología próxima al nazismo en Barcelona) en las que éstos tuvieron que pronunciarse en relación con el límite entre la libertad de expresión y el discurso del odio. El Tribunal, recuerda en su fundamentación jurídica que el Código Penal, en cuanto regula derechos fundamentales, debe ser interpretado conforme a los tratados internacionales y recomendaciones de organismos internacionales en materia de derechos humanos, por lo que la interpretación restrictiva realizada por la Juzgadora en instancia es incompatible con las exigencias de los tratados y compromisos internacionales que tiene suscritos España, y contraria a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH de 16 de julio de 2009, asunto *Féret c. Bélgica*). El Tribunal realiza en su argumentación una extensa referencia a instrumentos internacionales (art. 20 PIDCP, la Convención Internacional de Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965 y las recomendaciones de diversos comités y organismos de seguimiento y control del cumplimiento de tratados de derechos humanos como las Recomendaciones Generales 31 y 15 del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, la Recomendación 97 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, o las Recomendaciones Políticas Generales 1 a 11 ECRI del Consejo de Europa).

12. Tres interesantes sentencias han sido dictadas por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en materia de *derechos del niño*, que son objeto de un mayor comentario en el apdo. 3.6 de esta crónica. El Tribunal Supremo se ha referido en concreto a la normativa internacional que autoriza la ausencia del menor en el proceso penal en los casos de delitos contra su libertad sexual, sin que ello suponga una vulneración del art. 14 PIDCP o del art. 6.3.d) CEDH, respecto del derecho de todo imputado a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él. Así, en sus sentencias de 20 de diciembre de 2012, de 9 de enero y de 5 de junio, se ha referido y ha avalado la sustitución de declaración en juicio por la reproducción videográfica del testimonio del menor llevado a cabo en la fase de instrucción.

13. Dando paso a la jurisprudencia dictada en los Tribunales Superiores de Justicia y las Audiencias Provinciales, conviene aquí destacar en materia de derechos del niño y de la infancia dos sentencias. La primera de ellas, dictada por la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, el 29 de enero, relativa a la modificación del convenio regulador del régimen de visitas de un progenitor respecto de sus hijos (S. 48/2013). El Tribunal se pronuncia sobre el recurso interpuesto por la madre contra la sentencia previa donde se aceptaba una ampliación de los días de pernocta en el domicilio paterno de los tres niños en función de dos argumentos: *a*) que el Tribunal no había resuelto en atención al interés superior del niño y *b*) que no se había tenido en cuenta la opinión manifestada por los niños. Efectivamente, en instancia el Tribunal acordó que los tres hermanos pernoctaran los martes en el domicilio paterno, apartándose la sentencia de la petición de la recurrente quien alegó que el padre no podía atender a los hijos pues trabajaba hasta tarde como profesor universitario y de la opinión declarada por el hijo mayor que consideraba dichas visitas poco adecuadas para los hermanos. La Audiencia resuelve afirmando que las medidas relativas al cuidado y educación de los hijos en situaciones de ruptura de la convivencia han de estar inspiradas por el principio del «*favor filii*», procurando ante todo el beneficio o interés material y moral de los menores en orden a su desarrollo personal y a la satisfacción de sus derechos recogidos en diversos Convenios

y Tratados Internacionales, como la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, que constituye un criterio teleológico de interpretación normativa expresamente reconocido constitucionalmente. No obstante, la Audiencia considera que «la voluntad de un niño de 11 años no puede imponerse sobre las pautas habituales de actuación de Juzgados y Tribunales, informadas en la necesidad de propiciar una relación lo más personal, natural e intensa posible entre los hijos y sus padres durante su infancia». Por ello en ausencia de otras pruebas objetivas —entiéndase al margen de la voluntad expresada por el hijo mayor—, estima parcialmente el recurso, manteniendo la pernocta de los hijos menores entre semana y revocándola para el mayor. La segunda sentencia es de 8 de febrero, de la Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 3.^a), que resolvía un recurso presentado por la Consejería de Igualdad y Empleo de la Junta de Extremadura contra una sentencia previa que estimaba el recurso presentado por una pareja contra la decisión administrativa de no idoneidad para la adopción internacional de un niño ruso (s. 29/2013). Debe indicarse que la decisión administrativa fue dictada apartándose de la opinión de la pericial del Ayuntamiento que consideraba a los padres aptos para la adopción dada su situación económico-social y familiar. Frente a ello, los técnicos de la Consejería declararon la no idoneidad para el caso concreto al encontrar un grave riesgo para la estabilidad e integración familiar del menor por el hecho de que el padre trabajara durante la semana en Madrid y no en Cáceres. Factor que, unido a los antecedentes complejos del niño y al hecho de que esta situación puede suscitar experiencia de abandono en el niño que requiere cuidados y presencia física constante de ambas figuras parentales, llevó a la Consejería a decidir la no idoneidad para esta adopción concreta. El juzgado de primera instancia no consideró estos razonamientos aceptables y declaró la idoneidad de los padres y la Audiencia confirma la sentencia recurrida considerando la decisión administrativa como errónea, infundada, arbitraria, discriminatoria y sobre todo no ajustada a la realidad social, pues son muchos los padres que trabajan en distintas ciudades y su aplicación supondría considerar como «no idóneos a numerosos padres de la sociedad en que vivimos, avocados por razones de trabajo intenso a permanecer largo tiempo fuera del hogar familiar, amén de la consideración de que entonces las viudas o mujeres que han decidido unilateralmente su maternidad mediante las técnicas de fecundación “in vitro”, se encontrarán en igual situación de no garantizar el desarrollo integral del niño». La Sala desestima el recurso considerando que los factores concurrentes de éxito son superiores al de riesgo. La sentencia recuerda que el interés superior del niño debe primar frente a los demás intereses legítimos existentes en la cuestión a la que se enfrenta conforme a la Convención de Derechos del Niño. El juzgador considera la determinación de dicho criterio como una decisión sometida a la prudente discrecionalidad judicial que, desde la inmediación de la prueba y descendiendo al caso concreto, debe decidir aquello que previsiblemente más le favorezca en aras a darle al niño seguridad y estabilidad emocional y familiar.

14. A pesar de que ambas sentencias argumentan en función del interés superior del niño, no parece que el razonamiento de la Audiencia Provincial se ajuste a lo que exige la Convención sobre Derechos del Niño y, por ende, nuestro ordenamiento jurídico. De acuerdo con diversas sentencias recientes de nuestro Tribunal Supremo sobre el interés superior del niño (véase apdo. 3.6 de esta sección), debe distinguirse entre la discrecionalidad inherente a la determinación por el juez de un concepto jurídico indeterminado, y la necesidad de evaluar y determinar dicho concepto en función de criterios objetivos, tal y como ha señalado el Comité de Derechos del Niño en su Comentario General 14 relativo al derecho del niño a que su interés su-

perior sea una consideración primordial en toda decisión que le afecte. Lo contrario puede llevar fácilmente a la arbitrariedad. Así, lo único que han considerado ambos tribunales es la circunstancia de los padres a la luz de las circunstancias generales de otros padres. Pero no se ha tenido en cuenta la opinión de los niños, ni, especialmente en el caso de la Audiencia Provincial de Badajoz, hay ni un solo argumento basado en las circunstancias concretas del niño que va a ser objeto de adopción. Ni un solo argumento basado en informes psicosociales sobre el niño, sus antecedentes y circunstancias. No es el interés superior del niño lo que parece haberse tenido en cuenta sino el de los padres, como si todos los niños fueran iguales. En este sentido, reafirmamos las conclusiones de Jorge Cardona y esperamos una mayor utilización del Comentario General 14 del Comité de Derechos del Niño sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial en las decisiones que le afectan. Por otra parte, ambas sentencias señaladas, como otras recaídas en el mismo periodo, ponen de manifiesto la prodigalidad con que nuestros tribunales recurren a la Convención de los Derechos del niño en la parte motivacional de sus pronunciamientos. No obstante, el error extendido y repetido en la jurisprudencia española (véase en este periodo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Les Illes Balears, Sección 4.ª, de 5 de febrero de 2013) de adelantar la fecha de adopción de la Convención treinta años, en lugar de fijarla en su correcto 20 de noviembre de 1989 lleva todavía más a preguntarse si dicha consideración por los jueces no es más formal que material.

15. En materia de extradición es muy interesante la STC 31/20013, de 11 de febrero, en la que se enjuicia si las resoluciones que acordaron la *extradición* del demandante a la Región Administrativa Especial de Hong Kong, por hechos constitutivos de robo y estafa según la legislación del lugar de comisión, vulneran los *derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a la legalidad penal*. Se estima el amparo, en el entendido que los argumentos en los que se asientan los autos impugnados no son compatibles ni con la garantía institucional básica del proceso extradicional, ni con la exigencia de una resolución fundada en Derecho pues, como se expone en el comentario a esta sentencia en el apdo. 3.1 de esta crónica, la Región Administrativa Especial de Hong Kong carece de capacidad para reclamar la entrega.

16. La *contaminación acústica* y el presunto *derecho a la inviolabilidad del domicilio* han dado lugar a una cadena de sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo comentadas en el apdo. 3.11 de esta crónica, en las que se desestiman las pretensiones de los recurrentes por cumplir la legislación vigente los niveles de ruido soportados.

17. Algunas cuestiones procesales también han sido objeto de atención por nuestros tribunales. Así, una vez más, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo tiene que pronunciarse sobre la situación de la *doble instancia* en España, ante recursos en los que se alega la violación del derecho a obtener tutela judicial efectiva, al considerar que la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal es contraria al art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Una primera Sentencia, de 21 de diciembre de 2012, es objeto de un comentario más extenso en el apdo. 3.8 de esta sección. Otra Sentencia de 4 de junio de 2013 (ROJ: 2881/2013), no presenta mayor interés jurídico en la medida en que remite a su jurisprudencia anterior para desestimar el motivo y el recurso. No obstante, contiene una velada crítica al legislador al decir que «[n]o le falta razón al recurrente cuando se queja de la situación actual a pesar de las previsiones de la Ley Orgánica 19/2003 sobre la segunda instancia, situación de la que se deduce una, por otro lado difícilmente comprensible, falta de interés legislativo en el desarrollo de aquellas previsiones legales».

18. De la mano de un delito de *torturas* se analiza la vertiente procesal del art. 3 del CEDH, en la STC 12/2013, de 28 de enero, comentada en el apdo. 3.3 de esta crónica. Contra la opinión del Fiscal y formalmente suscribiendo la jurisprudencia del TEDH, el TC desestima el amparo, en el entendido que los órganos judiciales no incumplieron con su deber de llevar a cabo una investigación efectiva, pues no había más indicios de malos tratos que las declaraciones vertidas por el recurrente en su demanda.

19. Por último, dedicamos el apdo. 3.12 de esta crónica a una Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.^a), de 8 de febrero de 2013, en que, a propósito de la aplicación del Convenio de Montreal para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, se plantean diversas cuestiones relativas a la *aplicabilidad de los tratados internacionales y su interpretación*.

3. COMENTARIOS DE SENTENCIAS

3.1. Extradición de ciudadano portugués a Hong Kong

SUJETOS DE DERECHO INTERNACIONAL.—Estatuto jurídico de Hong Kong.—Tratados internacionales.—Principio de legalidad extradicional (art. 13.3 CE).

Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2013 (Sala 2.^a), de 11 febrero. Ponente: Ramón Rodríguez Arribas. Voto particular formulado por el Magistrado Pablo Pérez Tremps.

1. En esta sentencia, el TC estima el amparo impetrado contra la decisión de la Audiencia Nacional (AN) de acceder a la extradición de un ciudadano portugués a Hong Kong por vulneración del principio de legalidad extradicional recogido en el art. 13.3 de nuestra Constitución, según el cual la extradición debe producirse en virtud de tratado o ley, atendido el principio de reciprocidad. La vía de acceso al amparo es la vulneración del derecho a la tutela judicial (en la dimensión del derecho a obtener una resolución fundada en derecho), de conformidad con la motivación reforzada que requiere la conexión de esta nueva *garantía institucional* con el derecho fundamental a la libertad.

2. Dejando de lado si había razones procesales o de fondo para inadmitir el recurso (el voto particular de Pérez Tremps es convincente en alguno de sus puntos), nos ocupamos en esta breve nota del aspecto internacional concernido, donde el TC, a mi modo de ver, no está desacertado en su enjuiciamiento, aunque no necesariamente utilice la argumentación jurídico-internacional más sólida o, al menos, la canónica. En efecto, la cuestión última está referida al estatuto jurídico de Hong Kong, de donde debería deducirse si posee en concreto capacidad para solicitar la extradición. Subyace a los pronunciamientos jurisdiccionales españoles cierta confusión entre estatuto jurídico-internacional de un territorio, personalidad jurídica internacional, cualidad estatal y capacidad para celebrar tratados internacionales. Esta confusión no venía justificada por la complejidad del litigio concreto. En efecto, no se encontraban las autoridades españolas en la incómoda situación de dirimir una diferencia entre Hong Kong y la República Popular China (RPC) sobre el alcance de dicho estatuto, sino ante la cuestión de determinar jurídicamente cuál es la vía que Hong Kong puede o debe utilizar para solicitar la extradición.

3. Los términos en que se produciría a partir de 1997 la devolución a China de Hong Kong quedaron definidos bilateralmente en la Declaración Conjunta de Gran

Bretaña y la República Popular China de 19 de diciembre de 1984. Este tratado bilateral establecía además el régimen jurídico que debería garantizar la RPC a Hong Kong de autonomía interna ejecutiva, legislativa e independencia judicial («un mismo país, dos sistemas»), el mantenimiento del sistema capitalista (autonomía fiscal, territorio aduanero, centro financiero y puerto franco), el respeto de los derechos humanos y la preservación de prerrogativas y derechos anteriores desde el punto de vista internacional, con la posibilidad de celebrar ciertos tratados, incluida la asistencia jurídica mutua (art. 3.2 y 10 de la Declaración y las Secciones I, II y XI de su Anexo I), entre muchas otras cuestiones (véase al respecto, RESS, G., «The Legal Status of Hong Kong after 1997. The Consequences of the Transfer of Sovereignty according to the Joint Declaration of December 19, 1984», *Z.a.ö.R.V.*, vol. 46, 1986, núm. 4, pp. 647-699). Con respecto de las obligaciones asumidas, las autoridades centrales chinas adoptan el 4 de abril de 1990 la Ley Básica de la Región Administrativa Especial de Hong Kong (RAEHK), cuyo art. 13 realiza una interesante distinción entre relaciones internacionales (competencia de la RPC) y relaciones exteriores (que la RAEHK podrá desarrollar en los términos establecidos en su Ley básica). Los arts. 96 y 150-157 regulan con minuciosidad la materia: celebración y aplicación a Hong Kong de tratados concluidos por la RPC, capacidad de la RAEHK para celebrar tratados con terceros, relaciones con organizaciones internacionales, etc. (véase SUN, Z., «International Legal Personality of the Hong Kong Special Administrative Region», *Chinese Journal of International Law*, vol. 7, 2008, núm. 2, pp. 339-352).

4. Volviendo al caso que comentamos, la AN había apreciado, de forma bastante ambigua, que la extradición se fundamentaba en dos tratados o, subsidiariamente, en la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de extradición pasiva (LEP). Los tratados internacionales mencionados eran el Tratado de Extradición entre España y la RPC de 14 de noviembre de 2005, en vigor desde el 4 de abril de 2007 (*BOE* núm. 75, de 28 de marzo de 2007) o la Convención de NNUU contra la corrupción de 31 de octubre de 2003 (en vigor, entre RPC y España desde el 19 de julio de 2006). Por su parte, la argumentación respecto de la aplicación subsidiaria de la LEP se apoyaba en el carácter de sujeto de Derecho internacional atípico, un casi Estado con capacidad para establecer, sin intermediación de la RPC, relaciones internacionales (también extradicionales) y su reconocimiento como tal de facto por la Comunidad internacional y por España (véase el Auto núm. 36/2011 de la AN (Sala de lo Penal, Sección 1.^a), de 27 de julio, *Westlaw* ARP2011\1412, FFJJ 2-5).

5. Al calificar jurídicamente la RAEHK, el TC opta por la posición más proclive a la RPC: Hong Kong no es un Estado, carece de soberanía y forma parte de China; su estatuto jurídico queda referido exclusivamente al Derecho interno (la Ley Básica) que confirma que, en materia de extradición, la actuación de Hong Kong debe ser autorizada por la RPC. Dejando de lado que los apodícticos términos formulados en el FJ 5 *in fine* son insostenibles, poca duda cabe de que, efectivamente, Hong Kong no es un Estado y se encuentra bajo la soberanía de la RPC. Ello no significa que la RAEHK no pueda poseer una cierta personalidad jurídica internacional derivada de su estatuto jurídico internacional, que vendría basado o tendría origen en un texto jurídico internacional (el Tratado bilateral sino-británico de 1984) que le otorgaría un alto grado de autonomía («un país, dos sistemas») y que la RPC estaría obligada a respetar por un periodo de, al menos, 50 años y del que, hipotéticamente, cabría deducir derechos para terceros Estados. Es ésta una cuestión extremadamente polémica que, en la línea de la AN, ni siquiera ha recibido una respuesta clara por parte de la doctrina que se ha acercado al tema (véase al respecto, además de los citados, LANGER, L., «Out of Joint? - Hong Kong's International Status from the Sino-British Joint Declaration to the Pre-

sent», *Archiv des Völkerrechts*, vol. 46, 2008, pp. 309-344), pero, tenga fundamento en el Derecho internacional o en su Ley Básica, está relativamente establecido en la práctica internacional que ésta implica una relevante capacidad para desplegar relaciones internacionales con una correlativa capacidad para celebrar tratados (*treaty-making power*), usando la denominación Hong Kong, China. Esta capacidad internacional presenta una clara inspiración funcional tendente a la preservación de la citada autonomía (un país, dos sistemas), pues podrá desarrollarla sin intermediación, de forma autónoma, en aquellos ámbitos mencionados en el art. 151 de la Ley Básica (económico, comercial, financiero, monetario, cultural, etc.), mientras que otros le son vedados (relaciones diplomáticas y defensa) o sujetos a autorización o asistencia por parte de la RPC, como es el caso de la asistencia jurídica internacional (art. 96). En efecto, no cabe duda de que Hong Kong tiene competencia para celebrar tratados en este ámbito con la autorización de China, como aquéllos sobre extradición firmados con Estados Unidos, Portugal, Reino Unido, Corea, Alemania o Canadá (véase www.legislation.gov.hk/table4ti.htm), o el firmado el 15 de diciembre de 2012 con España sobre asistencia judicial en materia penal (cuya prestación del consentimiento ha sido apenas autorizada por las Cortes Generales y cuyo texto puede consultarse en el *BOCG*, Senado, X Legislatura, núm. 163, de 20 de marzo de 2013, p. 19). La clave está en que el TC no ha deducido ninguna consecuencia de esta autonomía y personalidad jurídica *sui generis*, sino que en un movimiento rayano en la interpretación de la legislación ordinaria (competencia de la jurisdicción) ha sentado que la LEP configura la extradición como un acto de soberanía, un acto que sólo puede ser solicitada por un Estado y sólo es Estado aquél que es soberano. Esta afirmación, naturalmente, tiene sus aristas tanto tomada en términos generales como en el caso, pues, en puridad, reconduce el problema a una cuestión de representación internacional del Estado.

6. Esa visión excesivamente estatista debería haber obligado al TC a lidiar en su rechazo a la aplicabilidad de los dos tratados mencionados con la regla de Derecho internacional general, según la cual un tratado es obligatorio en la totalidad del territorio de las partes contratantes, salvo que otra intención se desprenda de él (art. 29 del Convenio de Viena de 1969). Ni el Tratado bilateral de extradición con China ni la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción establecen tal regla especial. Aquí el TC sólo mantiene su coherencia a medias. Resuelve la inaplicación respecto de la Convención de Naciones Unidas afirmando que Hong Kong no es parte (*sic*), mientras que cuando aborda el Tratado bilateral de extradición con la RPC se contenta con señalar que no le era aplicable (como reconoció Hong Kong), por más que haya resultado, a fin de cuentas, la base para una ulterior petición de extradición (véase el FJ 6 *in fine*). Es cierto que ello se debe a que el interés del TC era mostrar que se carecía de fundamento extradicional en el caso (no se había aplicado ni ley ni tratado y, por tanto, en tanto que pura entrega gubernativa era contraria al art. 13.3 y al derecho a una resolución fundada en Derecho). Haber tenido en cuenta esa personalidad jurídica internacional *sui generis* de Hong Kong (que se traduce igualmente en el art. 153 de su Ley Básica y en la propia práctica internacional de la RPC) podría haber servido de mejor argumentación (oponible a terceros desde la perspectiva internacional, lo que no es predicable *tout court* del Derecho interno) para justificar que la aplicación a Hong Kong (o Macao) de todo tratado celebrado por la RPC requerirá que así sea comunicado por la RPC en su instrumento de ratificación (véase *ad ex.*, el Protocolo a la Convención de 2000 contra el crimen organizado o la Convención marco sobre el cambio climático o el Protocolo de Kyoto, entre muchos otros).

Pablo MARTÍN RODRÍGUEZ
Universidad de Almería

3.2. Extranjería. Constitucionalidad de la Ley Orgánica 14/2003 de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social

CONTROL DE ENTRADA.—Permanencia de extranjeros en España.—Protección de datos de carácter personal.

Sentencia del Tribunal Constitucional 17/2013 (Pleno), de 31 de enero. Ponente: Ramón Rodríguez Arribas. Voto particular formulado por el Magistrado Pablo Pérez Tremps, al que se adhieren las Magistradas Adela Asúa y Encarnación Roca y el Magistrado Fernando Valdés Ré.

1. La Sentencia 17/2013, de 31 de enero, resuelve las dudas de constitucionalidad que el Parlamento Vasco planteó en relación a determinados aspectos relacionados con la legislación sobre extranjería. En el presente comentario nos limitaremos a reseñar las cuestiones más discutidas; debemos señalar de inicio que la Sentencia cuenta con un voto particular discrepante suscrito por cuatro Magistrados, lo que pone de manifiesto la controversia que siempre suscita la delimitación de los derechos fundamentales de los extranjeros en España.

2. La primera cuestión debatida se centraba en determinar si la obligación que la nueva regulación impone a toda empresa de transporte de remitir a las autoridades españolas encargadas del control de entrada la información relativa a los pasajeros que vayan a ser trasladados «cuando así lo determinen las autoridades españolas respecto de las rutas procedentes de fuera del Espacio Schengen», afecta al derecho a la protección de los datos de carácter personal recogido en el art. 18.4 de la Constitución. La sentencia destaca que tal obligación se relaciona con lo dispuesto en convenios internacionales ratificados por España, así como en la propia normativa comunitaria, por lo que viene a dar respuesta a compromisos asumidos por España en el ámbito de la Unión Europea. Recuerda el Tribunal que el derecho a la protección de datos de carácter personal pertenece a los extranjeros en las mismas condiciones que a los nacionales, puesto que ni la Constitución ni la Ley establecen diferencia alguna en cuanto a su titularidad. Además, constata que la obligación de suministro de información que asumen los transportistas respecto a las personas que transporten procedentes de fuera del espacio Schengen, se ha fijado por el legislador, no por la administración; que el fin que persigue tal limitación del derecho —control de flujos migratorios— responden a una finalidad legítima; y que, aun cuando los datos se recaben en el marco de una actividad que da derecho al usuario a una prestación de servicios, lo cierto es que la recogida de datos viene establecida en la propia Ley Orgánica de derechos y libertades de los extranjeros. Por dichos motivos, considera que tal obligación no es contraria al art. 18.4 CE, recordando la importancia de las garantías que para el titular del derecho establece la Ley Orgánica de Protección de los Datos de Carácter Personal.

3. Descarta también el Tribunal las quejas suscitadas en relación con la posibilidad de cesión de los datos entre las Administraciones públicas que establece la nueva regulación; considera que la norma impugnada contiene un mandato de colaboración dirigido a la totalidad de las Administraciones públicas para que las mismas, en su ámbito competencial propio y con pleno respeto a la legalidad, colaboren en la cesión de datos relativos a las personas que tengan la condición de interesados en los procedimientos en materia de extranjería. En tal sentido, estima el Tribunal que ningún

reproche procede hacer a este precepto desde la perspectiva del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal puesto que el mismo formula una concreción, para el ámbito de la extranjería, del principio general de colaboración interadministrativa plasmado con carácter general en el art. 4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.

4. Uno de los puntos más polémicos de la sentencia se refiere a la nueva disposición adicional séptima de la Ley de Bases de Régimen Local, que dispone que, para la exclusiva finalidad del ejercicio de las competencias establecidas en la Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social sobre control y permanencia de extranjeros en España, la Dirección General de la Policía accederá a los datos de inscripción padronal de los extranjeros existentes en los Padrones Municipales, preferentemente por vía telemática. Explica la sentencia que la ley prevé una posibilidad diferenciada de acceso al padrón, que viene delimitada por la naturaleza del cesionario (la Dirección General de la Policía), la finalidad que justifica el acceso (el ejercicio por la misma de las competencias específicamente atribuidas por la legislación sobre extranjería) y el alcance de los datos que podrán ser objeto de cesión (exclusivamente los referidos a la inscripción de los extranjeros existentes en los padrones municipales), adoptando como cautela que los accesos se realicen con las máximas medidas de seguridad, para lo cual quedará constancia de cada acceso, la identificación del usuario, fecha y hora en que se realizó así como de los datos consultados.

5. Destaca el Tribunal en primer lugar, que el precepto legal establece la finalidad perseguida por el mismo, circunscrita al ejercicio de las competencias sobre control y permanencia de extranjeros en España —que guarda directa relación con lo dispuesto en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de fuerzas y cuerpos de seguridad—; en segundo lugar, que la habilitación de acceso policial al padrón municipal respeta la exigencia de que la omisión del consentimiento del afectado para la cesión de sus datos de carácter personal se establezca en una norma con rango de ley; en tercer lugar, en cuanto al juicio de ponderación entre el derecho fundamental afectado y el interés constitucionalmente protegido y perseguido, aprecia el Tribunal que el legislador, al objeto de que los mismos surtan efecto en una actividad administrativa dirigida a garantizar que la entrada legal de emigrantes y su permanencia en España se produce de modo ordenado, ha determinado quién y para qué se van a utilizar esos datos, los cuales son necesarios y adecuados para la finalidad perseguida: la gestión del sistema de control de entrada y permanencia de extranjeros en España a fin de evitar el fenómeno de la inmigración irregular. Por tanto, afirma el Tribunal, no cabe dudar ni de la legitimidad de la finalidad perseguida, ni de la idoneidad de la medida controvertida en relación con la antedicha finalidad, ni tampoco de su necesidad. Ahora bien, dicha previsión legal, dice el Tribunal, ha de ser entendida de forma acorde con las exigencias de proporcionalidad que la doctrina constitucional exige en la limitación del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal. Eso significa que la cesión de datos, que el acceso regulado por el precepto supone, ha de venir rodeado de una serie de garantías específicas, garantías que, cumplimentadas por el órgano administrativo al que el precepto hace referencia, son, evidentemente, susceptibles de control. Entre ellas se encuentra la necesidad de motivar y justificar expresamente tanto la concreta atribución de la condición de usuario para el acceso telemático a los datos del padrón que el precepto prevé, como los concretos accesos de que se trate, evitando que se produzca tanto un uso torticero de dicha facultad como accesos indiscriminados o masivos. Resulta de ello que el

acceso solamente será posible cuando el concreto dato en cuestión resulte pertinente y necesario en relación con la finalidad que ha justificado el acceso, quedando garantizada la posibilidad de analizar si, en cada caso concreto, el acceso tenía amparo en lo establecido en la ley pues, en caso contrario, no resultará posible su uso. Con tales garantías el acceso regulado en la disposición cuestionada resulta ser proporcionado en relación con la finalidad perseguida. En suma, considera el Tribunal que interpretado en los términos expuestos, la disposición adicional séptima cuestionada no vulnera la Constitución.

6. En cuanto a la prohibición de entrada que el legislador anudaba a las devoluciones de los extranjeros a su país de origen, afirma el Tribunal que es posible deducir que tal prohibición de entrada no forma parte, en sí misma, de la decisión administrativa que se expresa en la orden de devolución y presenta, por ello, una naturaleza diferente, propia de una sanción administrativa impuesta como consecuencia de una concreta conducta, el incumplimiento de las condiciones para la entrada y permanencia en España. Por ello, en el examen de la queja de constitucionalidad suscitada en relación con este inciso —la vulneración del art. 24 CE, por entender que la prohibición se impone en ausencia de expediente administrativo y, por tanto, sin audiencia al interesado que queda colocado en una situación de total indefensión— explica el Tribunal que es doctrina reiterada que las garantías procesales establecidas en el art. 24 CE son aplicables también a los procedimientos administrativos sancionadores, en cuanto que son manifestación de la potestad punitiva del Estado. Por ello, concluye que el hecho de que la devolución acordada lleve consigo la prohibición de entrada en territorio español por un plazo máximo de tres años, no respeta la exigencia constitucional de que toda sanción administrativa se adopte a través de un procedimiento que respete los principios esenciales reflejados en el art. 24 CE, y es por ello inconstitucional.

7. Por último, no considera contrarias a la Constitución las medidas de seguridad establecidas en la norma impugnada (que permite, siempre que sea necesario para la seguridad en los centros, registros de personas, ropas y enseres de los extranjeros internados), ya que considera el Tribunal que las restricciones que el derecho a la intimidad puede sufrir como consecuencia de tales medidas estarían justificadas por la preservación de otros derechos. Explica que el derecho a la intimidad puede verse afectado por el mero hecho del ingreso del extranjero en un centro de internamiento, habida cuenta de las necesidades de organización y seguridad del mismo, por lo que la cuestión radica en determinar qué grado de afectación de su derecho constitucional a la intimidad puede verse justificado en razón de la situación del extranjero, teniendo en cuenta que su internamiento, al consistir en una privación de libertad, debe regirse por el principio de excepcionalidad, sin menoscabo de su configuración como medida cautelar. Declara que esta medida únicamente podrá adoptarse cuando resulte imprescindible ante concretas situaciones que pongan en riesgo la seguridad del establecimiento, viniendo obligada la Administración a justificar en cada caso la adopción de la medida y su alcance, así como a informar al afectado de la dimensión y la intensidad del registro. Interpretación que es llevada al fallo de la Sentencia.

8. También considera conforme con la Constitución la eventual utilización de medios de contención física personal o separación preventiva del agresor en habitación individual prevista en la norma; recuerda que, conforme a la doctrina constitucional, el control judicial sobre las condiciones de internamiento es permanente mientras el extranjero se encuentra en un centro de esas características, debiendo ser

informada la autoridad judicial de cualquier circunstancia que afecte al extranjero y pudiendo visitar tales centros cuando conozca algún incumplimiento grave o lo considere conveniente. Destaca también que el precepto impugnado delimita los supuestos que determinan la posibilidad de utilizar medios de contención física personal o separación preventiva de los internados y dispone que, en cualquier caso, su uso deberá ajustarse al principio de proporcionalidad, excluyendo expresamente tanto su naturaleza sancionatoria como la posibilidad de mantener las medidas por más tiempo del estrictamente necesario para poner fin a la situación que motivó su adopción. Aclara el Tribunal que son medidas previstas para casos concretos —actos de violencia o lesiones de los extranjeros, fuga de los mismos, daños en las instalaciones del centro o resistencia al personal del mismo en el ejercicio legítimo de su cargo— legalmente definidos en atención a ciertas conductas de los internos que la Administración está obligada a impedir. Considera que la medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto, se adecua al principio de proporcionalidad y está circunscrita al restablecimiento de la normalidad en el centro.

Carlos ORTEGA CARBALLO
Letrado del Tribunal de Cuentas
Letrado del Tribunal Constitucional

3.3. Tratos inhumanos o degradantes en su vertiente procesal en una interpretación conforme con la jurisprudencia del TEDH

DERECHOS HUMANOS.—Torturas y tratos inhumanos o degradantes en su vertiente procesal.—Interpretación conforme con la jurisprudencia del TEDH (art. 15 CE y art. 3 CEDH).—Deber de investigación efectiva.

Sentencia del Tribunal Constitucional 12/2013 (Sala 2.^a). Ponente: Francisco José Hernando Santiago. Voto particular de Pablo Pérez Tremps.

1. El recurrente fundamenta su demanda de amparo en la vulneración de los derechos fundamentales a la integridad física y moral (art. 15 CE) y a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con el derecho a un proceso con todas las garantías y el derecho a la prueba (art. 24.2 CE). Aduce vulneración de su derecho a no ser sometido a torturas y tratos inhumanos o degradantes frente a lo cual los órganos judiciales no articularon un procedimiento judicial que permitiera una reparación jurídica suficiente del derecho fundamental a la integridad física y moral y se vulneró la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que sólo se satisface si se produce una investigación suficiente y efectiva de lo denunciado.

2. La sentencia dedica todo su fundamento jurídico segundo a enumerar los textos internacionales universalmente aplicables destinados a la protección de todas las personas contra la tortura o los tratos crueles, inhumanos o degradantes, así como a explicar la jurisprudencia del TEDH relativa a la vertiente procesal del art. 3 del CEDH que supone que cuando la imposibilidad de determinar más allá de toda duda razonable que el demandante fue sometido a malos tratos contrarios al art. 3 del Convenio europeo «se desprende en gran medida de la ausencia de una investigación profunda y efectiva por las autoridades nacionales tras la denuncia presentada por el demandante por malos tratos», el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declara violado el art. 3 del Convenio en su parte procesal (STEDH de 8 de marzo de 2011, *Beristain Ukar c. España*, §§ 39, 41 y 42; STEDH de 28 de sep-

tiembre de 2010, *San Argimiro Isasa c. España*, § 65; y STEDH de 2 de noviembre de 2004, *Martínez Sala y otros c. España*, §§ 156 y 160). El Tribunal Constitucional declara que su jurisprudencia es coincidente con la del TEDH y que corresponde al órgano judicial examinar en cada caso los elementos que permitan apreciar la concurrencia de que existe sospecha razonable de que se ha podido cometer el delito de torturas, así como que las sospechas se pueden despejar mediante una investigación eficaz. No obstante ello, el TC llega a la conclusión de que, en el caso concreto, el denunciante no aporta ningún indicio, más allá de sus afirmaciones en la denuncia, que sea potencialmente indicativo de la veracidad de lo denunciado, utilizando los siguientes argumentos: 1) en los informes médicos no se reflejan indicios de maltrato físico ni psíquico; 2) el detenido no alegó malos tratos cuando fue puesto a disposición judicial ni ofrece explicación posterior alguna acerca de las razones por las que obró de este modo; 3) el recurrente tardó tres meses en presentar la denuncia y no ha aportado explicación que justifique el retraso de la misma. Sobre estas bases el TC declara que no se puede reprochar a las autoridades judiciales haber incumplido el deber de llevar a cabo una investigación efectiva puesto que las acusaciones del demandante no se pueden considerar defendibles y desestima el recurso de amparo.

3. El Tribunal Constitucional deniega el amparo pese a que el Ministerio Fiscal interpuso el otorgamiento del mismo sobre la base de la jurisprudencia del TEDH, afirmando que se había incumplido con el deber de profundizar en la investigación. Para el Fiscal, se ha producido en este supuesto la creación de un ambiente o clima de intimidación e inseguridad, explícita o implícita, incrementando así la vulnerabilidad del denunciante, que se encuentra detenido e incommunicado, debilitando su resistencia y voluntad a la hora de efectuar una declaración. Tal circunstancia determina la dificultad de detectar y evidenciar este tipo de situaciones, y por ello condiciona los medios de investigación que deben dirigirse, en la medida de lo posible, a resaltar aspectos o signos psicológicos que permanecen ocultos por su propia naturaleza. A su parecer, no resulta razonable exigir una expresa manifestación sobre malos tratos a quien se encuentra bajo absoluto control policial, detenido e incommunicado, situación en la que se justifica el temor a un posible riesgo cuando se encuentre exclusiva y nuevamente ante los responsables de su custodia. Consideración que, a su entender, también resulta aplicable a la declaración judicial, por la eventual persistencia de esa «virtualidad coactiva». Tampoco es suficiente para descartar los malos tratos la ausencia en los reconocimientos médico-forenses de cualquier síntoma o estado compatible con las amenazas e intimidaciones, pues todos los reconocimientos médicos se realizan en situación de detención judicial y, por tanto, siempre bajo directo control policial, en situación de detención e incommunicado. En tercer lugar, declara que el órgano judicial ha desconocido que la evaluación de la falta de credibilidad del denunciante requiere que se efectúe con una declaración en presencia judicial, que debe dar ocasión para evaluar contradicciones, matizaciones, aclaraciones, incluso signos de comunicación no verbal, lo que adquiere particular importancia cuando, como en el caso presente, el propio órgano judicial afirma que el único indicio lo ofrece la versión del denunciante, lo que exigiría, al igual que en otro tipo de figuras delictivas en las que aparece dicha circunstancia, profundizar todo lo posible con esta clase de diligencia, en lugar de descartarla ab initio. Finalmente, recuerda el Ministerio Fiscal que el transcurso de tres meses en presentar la denuncia es irrelevante, pues así lo ha manifestado el TEDH.

Cristina IZQUIERDO SANS
Letrada del Tribunal Constitucional

3.4. Competencias autonómicas sobre el mar territorial

DERECHO DEL MAR.—Mar territorial.—Reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas (Comunidad Autónoma de Canarias).—Archipiélago.—Hidrocarburos.—Medio ambiente.

Sentencia del Tribunal Constitucional 8/2013 (Pleno), de 17 de enero. Ponente: Encarnación Roca Trías.

Sentencia del Tribunal Constitucional 87/2013, de 11 de abril. Ponente: Francisco Pérez de los Cobos Orihuel.

Sentencia del Tribunal Constitucional 99/2013, de 23 de abril. Ponente: Pascual Sala Sánchez.

1. Durante el primer semestre de 2013 el Tribunal Constitucional (TC) ha resuelto tres recursos de inconstitucionalidad interpuestos todos ellos por el Gobierno de la Comunidad Autónoma (CA) de Canarias contra diversas disposiciones recogidas en varias leyes estatales. En los tres casos el Gobierno de Canarias consideraba que las leyes estatales habían adjudicado la competencia al Estado de forma contraria a la Constitución y a su Estatuto de Autonomía, por corresponder éstas a la CA de Canarias.

2. En la STC 8/2013 el recurso de inconstitucionalidad se planteó contra el artículo único, apartado uno de la Ley 12/2007, de 2 de julio, por la que se modifica la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, con el fin de adaptarla a lo dispuesto en la Directiva 2003/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural, en cuya virtud se modifica el art. 3.2.b) de la Ley mencionada. En este caso, aunque el Gobierno canario admitió que la competencia para dictar legislación básica en materia de régimen minero y energético es del Estado, consideró que el otorgamiento de autorizaciones de explotación y permisos de investigación en los términos que contempla el artículo impugnado es, por su propia naturaleza, una competencia ejecutiva que corresponde a la Comunidad Autónoma.

3. Por lo que acontece a la STC 87/2013, se impugnó el art. 36.1 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, de patrimonio natural y de la biodiversidad, que establece que «corresponde a las Comunidades Autónomas la declaración y la determinación de la fórmula de gestión de los espacios naturales protegidos en su ámbito territorial y en las aguas marinas cuando, para estas últimas, en cada caso, exista continuidad ecológica del ecosistema marino con el espacio natural terrestre objeto de protección, avalada por la mejor evidencia científica existente». De nuevo, el Gobierno de Canarias no cuestionaba que la legislación básica sobre protección del medio ambiente sea de competencia estatal, pero consideró que este precepto vulneraba las competencias autonómicas ejecutivas en materia de espacios naturales al limitar indebidamente sus competencias sobre los espacios naturales protegidos marinos a aquéllos en los que exista continuidad del ecosistema marino con el espacio natural terrestre objeto de protección.

4. Por último, en la STC 99/2013 se trató de la impugnación del art. 16.2 de la Ley 5/2007, de 3 de abril, de la red de parques naturales, según el cual: «corresponderá a la Administración General del Estado la gestión de los Parques Nacionales declara-

dos sobre aguas marinas bajo soberanía o jurisdicción nacional, cuando el ecosistema protegido carezca de continuidad ecológica con la parte terrestre o la zona marítimo-terrestre situadas en la Comunidad Autónoma». Sin embargo, el Gobierno de Canarias consideró que la gestión de los parques nacionales ubicados en su territorio es una actividad de ejecución que se encuadra en la competencia exclusiva en materia de espacios nacionales protegidos que ostenta la Comunidad Autónoma *ex art.* 30.16 de su Estatuto de Autonomía.

5. El tratamiento unitario de estos pronunciamientos también se justifica por el hecho de que todos los recursos se han basado en el convencimiento de que el mar territorial (MT) adyacente a las Islas Canarias forma parte del territorio canario. Para sostener esta idea se han invocado los siguientes argumentos comunes a los tres recursos: *a)* el TC no se ha pronunciado claramente sobre si el MT no puede pertenecer a una CA; *b)* las Islas Canarias tienen un régimen especial derivado de su condición de «archipiélago», en cuyo concepto se incluye el MT adyacente; y *c)* la doctrina del TC sobre la excepcionalidad del ejercicio de las competencias autonómicas en el MT no se aplica a la CA de Canarias por su especial condición insular. Relevante a efectos de este comentario es que la CA de Canarias invocó la regulación de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar para sostener sus pretensiones, aunque sin mucho éxito, como veremos. A continuación se examinarán los diferentes argumentos y la solución que aporta el TC que es la misma para los tres casos (por lo general, en sus dos últimas sentencias se remiten a lo recogido por la primera en el tiempo).

a) El MT no pertenece al territorio de Canarias

6. En relación con este primer argumento, el Gobierno de Canarias cuestionó que el MT no formara parte del territorio de las CCAA puesto que, en su opinión, el TC no se había pronunciado de forma directa sobre la cuestión. Ahora bien, si se entendiera que el MT no forma parte del territorio de las CCAA, la parte recurrente entendía que esto no debería ser de aplicación a las Islas Canarias.

7. De esta manera, partiendo de la base de que el MT forma parte del territorio de la CA de Canarias, la recurrente consideró que a esta CA debe corresponder la competencia ejecutiva para otorgar las autorizaciones de explotación y permisos de investigación cuando afecten a su ámbito territorial (STC 8/2013); así como para gestionar los espacios naturales protegidos y los parques nacionales ubicados en su ámbito territorial, resultando irrelevante que el ecosistema marino a proteger tenga continuidad ecológica o no con el espacio terrestre, pues tanto en uno como en otro caso, estarían ubicados en el territorio de Canarias (SSTC 87/2013 y 99/2013). Es más, aunque se trata de aguas bajo la soberanía española y sobre las que el Estado tiene competencia en materia de delimitación y definición de su régimen jurídico, ello no impide el hecho de que las CCAA puedan ejercer competencias sobre ellas.

8. A este respecto, el TC recordó que las competencias de las CCAA se circunscriben a su territorio (STC 8/2013, FJ 4). Si bien el MT es parte del «dominio público estatal» en virtud del art. 132.2 de la CE y el Estado tiene atribuida la competencia exclusiva sobre la pesca marítima, ello no es óbice, en principio, para que el MT pudiera pertenecer a una CA. Esta posibilidad ha quedado excluida, no obstante, tras el Informe del Consejo de Estado 2/2005 de 19 julio de 2006 (disponible en <http://www.consejo-estado.es/pdf/Especies%20marinas.pdf>), que aclaró que el territorio autonómico se extiende exclusivamente al ámbito de los municipios y éstos nunca se han extendido al MT. Por otro lado, aunque también es cierto que el hecho insular da

lugar a particularidades (como por ejemplo, la garantía del principio de solidaridad), éstas nunca se han referido a lo que ha de constituir el ámbito territorial de las CCAA (STC 8/2013, FJ 5).

9. Y prosiguió el TC aclarando que, precisamente porque el mar no forma parte del territorio de las CCAA, sólo excepcionalmente pueden llegar a ejercerse competencias autonómicas sobre el MT (citando las SSTC 38/2002, de 14 de febrero, FJ 6 y 31/2010, de 28 de junio, FJ 92). A esta doctrina sobre la excepcionalidad del ejercicio de las competencias autonómicas nos referiremos más adelante. Por todo ello, El TC, siguiendo también los argumentos del Abogado del Estado, afirmó que el MT no forma parte del territorio de las CCAA, y en este punto las Islas Canarias no son una excepción.

b) *La condición de «archipiélago» de las Islas Canarias*

10. En cuanto a este segundo argumento, el Gobierno de Canarias trajo a colación la consideración de «archipiélago», empleado en el art. 2 del Estatuto de Autonomía de la CA de Canarias (EACan) para delimitar el territorio de Canarias. Por contraste con otros Estatutos basados en las provincias, la definición del territorio a partir del término «archipiélago» ha de entenderse que éste comprende las aguas que lo rodean. Para sostener esta argumentación, el Gobierno de Canarias recurrió principalmente a los debates parlamentarios que tuvieron lugar en el procedimiento legislativo de aprobación del Estatuto y a la definición de archipiélago en el Derecho internacional. A continuación se examinan estos dos extremos.

11. Según el Gobierno de Canarias, el hecho de que el Estatuto originario de Canarias sólo hacía referencia a los «territorios insulares» y que tras su modificación por la Ley Orgánica 4/1996, de 30 de diciembre, estas palabras se sustituyeron por el término «archipiélago», significa un reconocimiento de que las aguas marítimas formaban parte del territorio de la CA. Dado que el diccionario de la Real Academia Española define «archipiélago» como «conjunto generalmente numeroso de islas agrupadas en una superficie más o menos extensa de mar», este concepto no sólo incluye las siete islas que forman parte de su territorio y que menciona expresamente el art. 2 del EACan, sino también el mar. Si bien es cierto que en versiones anteriores se hacía una referencia expresa a la competencia autonómica sobre las aguas que finalmente acabó desapareciendo, ello no sucedió porque se pretendiera excluirlas del territorio, sino porque se entendió que era redundante.

12. Esta interpretación también se deducía, según la parte recurrente, del art. 40 del EACan que, tras señalar que las competencias se refieren a todo el ámbito territorial y, por tanto, a las islas y al mar, salva expresamente la competencia exclusiva del Estado sobre las aguas jurisdiccionales. La alusión a la reserva de competencias al Estado sobre las aguas jurisdiccionales españolas no tendría sentido si no se entendiese que las demás forman parte del territorio de Canarias. Es más, de no formar parte las aguas jurisdiccionales del territorio de la Comunidad Autónoma, esta cautela sería innecesaria.

13. El TC, siguiendo al Abogado del Estado, consideró que los debates parlamentarios no son suficientes para contradecir el tenor literal del texto que resultó finalmente aprobado. Así, afirmó que aunque el término «territorios insulares» ha desaparecido del EACan y ha sido sustituido por el término «archipiélago», la definición del territorio autonómico viene dada, en ambas regulaciones, por las islas («el archipié-

lago canario integrado por las siete islas»), sin que se incluya una referencia explícita al mar que las rodea. El término «archipiélago» se limita a indicar que las islas deben estar agrupadas en el mar, más o menos próximas entre ellas. Además, la previsión del proyecto de reforma del EACan de que las competencias de Canarias se ejercerían en las aguas de competencia española que rodean las islas, «no sólo ha desaparecido del Estatuto vigente [...] sino que se ha introducido una cláusula de salvaguardia expresa de las exclusivas del Estado sobre las aguas jurisdiccionales» (STC 8/2013, FJ 6, las SSTC 87/2013 y 99/2013 se remiten a ésta). Así pues, según el TC carece de relevancia que se utilice «archipiélago» o «territorio insular», pues la definición sigue siendo la misma en el Estatuto: las siete islas, sin mencionar el MT adyacente.

14. Por otra parte, según la parte recurrente, el hecho de que la CA sea un «archipiélago», en virtud del Estatuto de Autonomía, implica que no sólo comprende las islas sino también el mar entre ellas y así queda también claro del concepto jurídico de «archipiélago» recogido en la Convención de las Naciones Unidas del Derecho del Mar, de 10 de diciembre de 1982 (CONVEMAR). Recordemos que el art. 46.b) de la CONVEMAR, define el archipiélago como «un grupo de islas, incluidas partes de islas, las aguas que las conectan y otros elementos naturales, que estén tan estrechamente relacionados entre sí que tales islas, aguas y elementos naturales formen una entidad geográfica y política intrínseca o que históricamente hayan sido considerados como tal».

15. Sin embargo, el TC, siguiendo al Abogado del Estado, consideró que no cabe deducir que la inclusión del término «archipiélago» en el art. 2 del EACan conlleva que el territorio de la Comunidad canaria comprenda las aguas marinas, como consecuencia necesaria de la definición que la CONVEMAR haga de este término. El concepto de archipiélago recogido en la CONVEMAR no es aplicable en este caso porque se trata de una definición hecha a los solos efectos de la CONVEMAR y resulta de aplicación únicamente a los Estados archipelágicos, no a los archipiélagos de Estado (STC 8/2013, FJ 7, las SSTC 87/2013 y 99/2013 se remiten a ésta). Efectivamente, la definición de archipiélago que contiene el art. 46 de la CONVEMAR se dio a los efectos del trazado de las líneas de base que constituyen el límite interior del MT, que sirven para delimitar la zona económica exclusiva y la plataforma continental, que sólo resulta aplicable a los Estados archipelágicos —aquellos Estados constituidos totalmente por uno o varios archipiélagos—. Esta regulación no es de aplicación a los archipiélagos dependientes de los Estados mixtos, categoría a la que pertenece Canarias (aquí el TC citó de nuevo el Informe 2/2005 del Consejo de Estado). El Abogado de Estado también invocó en este punto la STS de 2 de marzo de 2003 en la que se determinó que las Islas Canarias no tienen reconocidas aguas interiores archipelágicas por no constituir un Estado archipelágico.

16. Así pues, la incorporación del término «archipiélago» en el art. 2 del EACan no permite justificar en modo alguno la extensión al MT del territorio autonómico ni puede utilizarse la definición de la CONVEMAR como criterio relevante para distribuir las competencias entre el Estado español y las CCAA (STC 8/2013, FJ 7).

c) *Excepcionalidad del ejercicio de las competencias autonómicas en el MT*

17. La doctrina en materia de excepcionalidad del ejercicio de las competencias autonómicas es la asentada por el TC en su STC 38/2002. Se trata de una doctrina adoptada en relación con las competencias ejercidas sobre los «espacios naturales protegidos», por lo que ha tenido mayor protagonismo en las SSTC 87/2013

y 99/2013, dado que en estos casos también se disputaba el ejercicio de competencias ambientales.

18. En dicho pronunciamiento el TC afirmó que las competencias de las CCAA se circunscriben a su ámbito territorial, lo que no impide que el ejercicio de las competencias de una CA pueda tener repercusiones fuera de su territorio. De hecho, en el MT pueden ejercerse competencias autonómicas, si bien, éstas serán excepcionales y podrán afirmarse cuando se cumplan una serie de circunstancias: i) que haya un explícito reconocimiento estatutario —p. ej. vertidos industriales o contaminantes en aguas territoriales y salvamento marítimo, previstas en los art. 17.6 y 11 del EA para Andalucía, respectivamente—; ii) lo exija la propia naturaleza de la competencia, tal como resulta de la interpretación del bloque de la constitucionalidad —como sucede con actividades tales como la acuicultura, la ordenación del sector pesquero y el marisqueo—; o iii) cuando concurran circunstancias excepcionales que exigieran el ejercicio extraterritorial de la competencia autonómica. Tratándose de la protección de espacios naturales, tales circunstancias se darían en el caso, por ejemplo, en el que exista una continuidad y unidad del espacio natural protegido. En definitiva, de no concurrir ninguna de estas circunstancias, la competencia ejecutiva corresponderá al Estado conforme al art. 149.3, en relación con el art. 149.1.23 CE (STC 8/2013, FJ 5, STC 87/2013, FJ 6, STC 99/2013, FFJJ 8 y 9).

19. Según el Gobierno de Canarias, la doctrina del TC limitadora de las competencias de la CA en el mar no se aplica a las Islas Canarias porque el MT forma parte estatutariamente de su territorio. Pero incluso en el supuesto que las aguas no se entendieran que forman parte del territorio canario, ello no obsta para que esta CA pudiera tener competencia sobre las mismas. De hecho, existe un sinfín de competencias autonómicas sobre el mar. Así, sostuvo que la doctrina del TC restrictiva en cuanto a las competencias ambientales en el MT no es de aplicación a esta CA debido a su especificidad, y que el TC tenía la ocasión de precisar y revisar esta doctrina en lo relativo a la protección de los espacios naturales, por tratarse de una competencia exclusiva de la CA que debe ejercerse allí donde se encuentren los valores necesitados de protección, incluido el mar.

20. Para contestar a esta cuestión el TC recordó que precisamente porque el mar no forma parte del territorio de las CCAA, sólo excepcionalmente pueden llegar a ejercerse competencias autonómicas sobre el MT, cuando resulte imprescindible para el ejercicio de la competencia de la que es titular (STC 99/2013, FJ 5). Ahora bien, ello no impide que en circunstancias extraordinarias las CCAA puedan ejercer competencias en dicho ámbito cuando, tratándose de la protección del medio ambiente, se requiere un régimen común o unitario en una zona terrestre y marítima. Ello cuando o bien exista una continuidad física de la superficie terrestre y marina, pero también cuando se dé una «unidad ecológica» del parque, aunque no exista dicha continuidad material o física entre ambos espacios. Precisamente es la «unidad ecológica» lo que se prevé en los artículos impugnados en las SSTC 87/2013 y 99/2013, concepto más amplio que el de «continuidad física». El Gobierno de Canarias había basado su impugnación de estos preceptos en la idea de que la zona marina y la zona terrestre tenían que estar unidos materialmente para afirmar la competencia excepcional de la CA. Sin embargo, el concepto de continuidad ecológica permite incluir otros supuestos en los que no exista esta conexión física, por lo que es menos restrictivo de lo manifestado por el Gobierno de Canarias (STC 87/2013 FJ 6).

21. Por todo lo anterior, el TC aseveró que las disposiciones impugnadas son una plasmación de la doctrina del TC y que no sólo no es preciso modificar el contenido

de la doctrina asentada en la STC 38/2002, sino que es necesario reiterarlo. En los casos objeto de litigio, además, no tienen lugar las circunstancias extraordinarias y excepcionales para afirmar el efecto extraterritorial de la competencia de la CA de Canarias sobre el MT.

22. A modo de conclusión, el TC desestimó los tres recursos, afirmando la competencia estatal para otorgar las autorizaciones de exploración y permisos de investigación que afectan conjuntamente a la zona terrestre y al subsuelo marino, y para gestionar los parques nacionales y reservas naturales. También ha aclarado que el MT no forma parte del territorio de la CA de Canarias, que su condición de «archipiélago» no permite inferir que su territorio esté comprendido por más que las siete islas recogidas en el art. 2 del EACan «sin que pueda invocarse a estos efectos la definición de «archipiélago» del artículo 46 de la CONVEMAR» y que la doctrina restrictiva de las competencias de las CCAA en el MT resulta plenamente aplicable a la CA de Canarias.

Rosa M. FERNÁNDEZ EGEA
Universidad Autónoma de Madrid

3.5. Anulación parcial del Real Decreto 557/2011 por el que se aprueba el Reglamento de extranjería

EXTRANJERÍA.—Entrada y salida de extranjeros.—Expulsión.—Autorizaciones de residencia temporal y de trabajo por cuenta general.—Directiva 2008/115/CE.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.^a), de 12 de marzo de 2013 (ROJ: STS 988/2013). Ponente: Manuel Campos Sánchez-Bordona.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079130032013100059.

1. La Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2013 resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Las asociaciones recurrentes solicitaban la anulación de diversos artículos del citado Reglamento por su disconformidad a Derecho; en concreto, del art. 23, apdo. 7, párrs. 2 y 3, así como diversos incisos de los siguientes preceptos: art. 71.2, art. 88.5, párr. 4, art. 128, apdo. 4, art. 241, apdo. 2; art. 258.6 y Disposición adicional primera, apdo. primero, párr. 2 en relación con un inciso del art. 106.3, párr. 1. La Sentencia estima parcialmente el recurso: anula el inciso controvertido del art. 88.5, párr. 4, el apdo. 4 del art. 128 y el apdo. 1, párr. 2, de la Disposición adicional primera, así como el inciso discutido del art. 106.3, párr. 1, y considera conforme a Derecho los demás.

2. Ha de recordarse que el Real Decreto núm. 557/2011, de 20 de abril, aprueba el Reglamento de extranjería posterior a la reforma de la Ley Orgánica 4/2000, operada por la Ley Orgánica 2/2009. Desde la perspectiva de la producción interna, por tanto, se mueve en un escenario marcado por la inestabilidad legal del sistema, víctima de constantes cambios legislativos y recursos judiciales, y la concatenación de modificaciones legislativas y «depuraciones» del TC (cfr. FERNÁNDEZ PÉREZ, A., «Dialéctica entre eficacia de la Administración y tutela judicial efectiva a propósito de la cuarta reforma de la Ley de Extranjería», *AEDIPr*, 2009, t. IX, pp. 651-695). A su vez, este

subsistema se integra en el sistema comunitario de la Política común de inmigración, que, si bien desde Tampere se desarrolla en una triple dirección [regular el cruce de fronteras, integrar al inmigrante (legal) y cooperar con los países de origen], históricamente ha incidido en la dimensión de control de fronteras en detrimento de las medidas de integración (cfr. FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., «Génesis y constitucionalización de la política migratoria en la Unión Europea», *AEDIPr*, 2005, t. V, pp. 223-251; en particular, p. 249). El Reglamento de extranjería que se cuestiona ante el TS es fruto de este estado de la cuestión y responde a la nueva Ley 2/2009 (que, entre otros objetivos, cumple con la trasposición de diversas Directivas comunitarias) pero también pretende clarificar el marco jurídico y adaptarlo a un nuevo ciclo económico y migratorio (cfr. GONZÁLEZ BEILFUSS, M., «Sobre el nuevo Reglamento de extranjería de 2011», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 2011, núm. 95, p. 13).

3. De la argumentación de la Sentencia, la relativa al art. 23 del Reglamento es la que, a mi juicio, resulta de especial interés. También lo es objetivamente habida cuenta que la Sentencia dedica a este precepto los FFJJ 2 a 8, mientras que el resto de preceptos cuestionados son resueltos en un Fundamento único. El art. 23 se encuadra dentro del Título I «Régimen de entrada y salida de territorio español», Capítulo IV, «Devolución y salidas obligatorias», y regula el régimen de las «Devoluciones». El párr. 7 establece el plazo de prescripción de la resolución de devolución en cinco años, si es una devolución *ex art. 58.3.a)* LOEx, o de dos años, si es una devolución *ex art. 58.3.b)* LOEx. En el primer caso, el cómputo del plazo «no empezará a contar hasta que haya transcurrido el periodo de prohibición de entrada reiniciado» (párr. 2) y, en el segundo caso, «no empezará a contar hasta que haya transcurrido el periodo de prohibición de entrada determinado en la resolución de devolución» (párr. 3). Por su parte, el art. 58.3 LOEx, al que se remite el art. 23.7, establece que: «3. No será preciso expediente de expulsión para la devolución de los extranjeros en los siguientes supuestos: a) Los que habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada en España. b) Los que pretendan entrar ilegalmente en el país».

4. Los recurrentes cuestionan, en concreto, el *dies a quo* establecido en el art. 23, apdo. 7, párrs. 2 y 3. El argumento: la devolución es una medida sancionadora, y como tal, a falta de expresa determinación del *dies a quo* del cómputo en la Ley, ha de estarse a la regla general establecida en el art. 132.3 de la Ley 30/1992, conforme al cual el plazo de prescripción de una sanción empieza a correr desde el día siguiente al que adquiere firmeza la resolución jurídica que la acuerda. Pues bien, el juicio del TS al art. 23, apdo. 7, párrs. 2 y 3, parte de dos claves: la naturaleza sancionadora de la prohibición de entrada aneja a la orden de devolución, de conformidad con la STC 17/2013, de 31 de enero, y el contexto de la prohibición, a saber, la obligación de adoptar medidas eficaces de lucha contra la inmigración ilegal, de conformidad con la Directiva 2008/115/CE.

5. En efecto, entre la fecha de interposición del recurso y la Sentencia del TS, el TC dictó la STC 17/2013, de 31 de enero, relevante a los efectos del objeto del recurso, en particular, el FJ 12. La STC 17/2013 declara inconstitucional y nulo el inciso del art. 58.6 LOEx conforme al cual: «Asimismo, toda devolución acordada en aplicación del párrafo b) del mismo apartado de este artículo llevará consigo la prohibición de entrada en territorio español por un plazo máximo de tres años». A dicho fallo llega al apreciar que, si bien la orden de devolución no tiene carácter sancionador, sí lo tiene la medida de prohibición de entrada aneja a la devolución. Por tanto, es de aplicación la doctrina constitucional que establece que «las garantías procesales establecidas en el artículo 24 CE son aplicables también a los procedimientos administrativos sancionadores, en cuanto que son manifestación de la potestad punitiva del Estado, con las

matizaciones que resulten de su propia naturaleza (por todas, STC 140/2009, de 15 de junio, FJ 3)». Dado que la prohibición de entrada «se impone en ausencia de expediente administrativo y, por tanto, sin audiencia al interesado que queda colocado en una situación de total indefensión», y «aun cuando la prohibición de entrada no se adopta en ausencia de todo procedimiento administrativo, en cuanto que va unida a la devolución», el TC constata la contravención de la precitada doctrina que exige al procedimiento administrativo sancionador unas específicas garantías. De lo anterior, lo que interesa a efectos de la cuestión planteada ante el TS, es que el TC disocia orden de devolución (que «no supone el ejercicio del *ius puniendi* estatal, sino que se dicta como medida de restitución de la legalidad conculcada, expresada en el incumplimiento de los requisitos legales para el ejercicio del derecho de entrada en el territorio nacional») y «prohibición de entrada» (que presenta «una naturaleza diferente, propia de una sanción administrativa impuesta como consecuencia de una concreta conducta, el incumplimiento de las condiciones para la entrada y permanencia en España»), y asume la naturaleza sancionadora de la prohibición de entrada.

6. La cuestión es que la Directiva de retorno (Directiva 2008/115/CE del PE y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular) y su interpretación por el TJUE, sostiene el TS, «más bien corroboran que contradicen el carácter no necesariamente sancionador, desde la perspectiva armonizada, de las prohibiciones de entrada en el territorio de la Unión Europea [...]. Es más, a tenor de aquel precepto [art. 11 de la Directiva] la prohibición de entrada del extranjero contra el que se haya dictado una “decisión de retorno” debe necesariamente acompañar a ésta si la propia obligación de retorno no se ha cumplido o si no se ha concedido un plazo para la salida voluntaria. Y la decisión de prohibir la entrada puede (ya no debe necesariamente) acompañar a las órdenes de retorno en los demás supuestos». Hay que aclarar, con la Sentencia del TS, que la ausencia de la Directiva en la motivación de la STC se explica por cuanto las normas cuestionadas ante el TC eran previas a la Directiva. Pues bien, el TS hace una interpretación conciliadora de ambas normas y concluye que nada obsta las prohibiciones de entrada anejas a la devolución (obligadas o posibles, pero en todo caso, en respuesta a la Directiva) siempre que se adopten con las debidas garantías procedimentales (conforme a la exigencia constitucional). Este entendimiento sistemático del conjunto normativo evita el planteamiento de cuestión prejudicial al TJUE.

7. Dicho lo cual, el TS procede a resolver la cuestión planteada y falla que «nada impide que el *dies a quo* del cómputo de los plazos para su “prescripción” sea el que fijan los preceptos reglamentarios impugnados, sin que necesariamente hayan de atenerse a lo dispuesto de modo supletorio para las sanciones administrativas en la Ley 30/1992» (Sentencia del TS, FJ 8). Alega en este sentido tres argumentos. Primero, que, en puridad, no se trata de un plazo de prescripción sino de una «limitación temporal de la eficacia del acto de modo que, transcurrido un determinado tiempo, aquél deja de ser ejecutable». Segundo, que el plazo de prescripción se refiere a la orden de devolución, que no tiene naturaleza sancionadora y, por tanto, no procede aplicarle la regla general de la Ley 30/1992 sobre sanciones administrativas. Y tercero, las «consecuencias contradictorias» a que conduciría dicha interpretación «respecto de la segunda hipótesis a debate, única que podría suscitar reparos por la aplicación de la sentencia constitucional 17/2013 (cuyo pronunciamiento de inconstitucionalidad sólo afecta a las prohibiciones de entrada inherentes a las devoluciones acordadas frente a quienes “pretendan entrar ilegalmente en el país”, no a las inherentes a la devolución de quienes, una vez expulsados, han contravenido la prohibición de entrada

previamente adoptada)». Según el TS, de computar desde la firmeza de la orden de devolución ocurriría que la sanción prescribiría antes (dos años) de haber transcurrido el tiempo de la prohibición impuesta (tres años).

8. Además del art. 23, apdo. 7, párrs. 2 y 3, como se ha dicho, la Sentencia declara conforme a Derecho tres de los preceptos impugnados: el art. 71, apdo. segundo, el art. 241, apdo. 2 y el art. 258.6 del Reglamento. En relación con el art. 71, apdo. 2, el recurso cuestiona que se haya incluido el requisito de cotización para la renovación de las autorizaciones expiradas de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena, requisito no previsto por la LOEx. Pero la Sentencia del TS, FJ 9, lo considera conforme a Derecho por cuanto el desarrollo reglamentario estaría cubierto por la Disposición final tercera de la Ley Orgánica 2/2009 y dicho requisito responde a la lógica de la norma legal, que parte de la continuidad de una relación laboral, bien que, atendiendo a las dificultades del mercado de trabajo actual, permitiendo que la relación laboral sea una nueva, con unos efectos «más favorables para sus destinatarios que un desarrollo puramente literal de aquél». También se cuestiona el apdo. 2 del art. 241, conforme al cual, si concurre una solicitud procedente de autorización de residencia por circunstancias excepcionales (violencia de género, colaboración contra redes organizadas, víctimas de trata, arraigo demostrado) y una medida de expulsión no ejecutada, la expulsión es revocada. En este caso, los recurrentes reclaman la extensión de dicha consecuencia jurídica también a las expulsiones ya ejecutadas. La Sentencia del TS, FJ 12, descarta la anulación del precepto por esa causa, pues entiende que la expresa previsión en la norma respecto de la expulsión no ejecutada no impide el entendimiento del precepto que proponen los recurrentes. Por último, el art. 258.6 establece que los extranjeros ingresados en un CIE estarán en todo momento a disposición del órgano jurisdiccional que autorizó el ingreso y que se habrá de comunicar al juez «cualquier circunstancia en relación con la situación de aquél que pudiera determinar la variación de la decisión judicial relativa a su internamiento». Frente a este tenor literal, los recurrentes oponen el de la LOEx, art. 60.3, que se prevé la comunicación de «cualquier circunstancia en relación a la situación de los extranjeros internados», en general. La Sentencia del TS, FJ 13, considera que no hay extralimitación de la norma reglamentaria pues la interpretación lógica de la Ley es que obliga a la comunicación, no de toda circunstancia, sino de las que afecten a la decisión judicial de internamiento, cuando, en todo caso, la LOEx permite al ingresado poner en conocimiento del juez otros hechos que estime oportunos.

9. Por el contrario, el TS anula, en lo recurrido, los otros tres preceptos: un inciso del art. 88.5, párr. 4; el apdo. 4 del art. 128 y el apdo. 1, párr. 2 de la Disposición adicional primera, así como el inciso discutido del art. 106.3, párr. 1. El art. 88 regula el procedimiento para que un empresario contrate a un trabajador extranjero no residente en España y establece que los plazos para recurrir las decisiones administrativas que se adopten «serán computados a partir de la fecha de notificación al empleador o empresario». Pues bien, el TS anula este inciso y asume la posición de los recurrentes según la cual el trabajador, en su calidad de interesado, también tiene derecho a recurrir dichos actos y a hacerlo desde la fecha en que se le notifique (Sentencia del TS, FJ 10). En relación con el art. 128.4, la Sentencia del TS, FJ 11, asume que, como sostienen los recurrentes, la previsión legal según la cual en los procedimientos de autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales, sin necesidad de visado, se «podrá requerir la comparecencia del solicitante y mantener con él una entrevista personal», viola la reserva de ley que, en relación con las comparecencias ante la autoridad pública, prescribe el art. 40.1 de la Ley 30/1992; interpretación a la que coadyuva la propia LOEx, cuyo art. 27.4 y Disposición adicional tercera (en

su redacción entonces vigente) prevén la comparecencia personal en relación con un procedimiento concreto (solicitud de visado). Por último, el TS anula el apdo. 1, párr. 2, de la Disposición adicional primera y el conexo inciso del art. 106.3, párr. 1. Estos preceptos atribuyen a las misiones diplomáticas y consulares la competencia sobre el trámite de admisión en procedimientos iniciados en el extranjero, frente a la previsión legal operada por la Disposición adicional cuarta, apdo. 1 LO 4/2000, conforme a la cual, «la autoridad competente para resolver inadmitirá a trámite las solicitudes relativas a los procedimientos regulados en esta Ley» (ha de recordarse que la precitada STC 17/2013 ha enjuiciado cuatro de las causas de inadmisión *a limine* previstas en este precepto, descartando su inconstitucionalidad). La Sentencia del TS, FJ 14, interpreta que, aunque no cabe entender propiamente que la LOEx contenga una reserva de Ley en este punto, sí establece un «criterio general» conforme al cual la autoridad que resuelve del fondo resuelve de la admisión, y sólo cabe la excepción si está legalmente prevista (caso de los visados). Con esta lógica, la Sentencia refiere expresamente el catálogo de procedimientos en que la disociación autoridad que resuelve el fondo-autoridad que resuelve la admisión, quiebra indebidamente el criterio general: *a)* solicitudes de estancia por estudios, movilidad de alumnos, prácticas no laborales y servicios de voluntariado, *b)* solicitudes de residencia temporal no lucrativa, *c)* solicitudes de residencia temporal y trabajo por cuenta propia y *d)* solicitudes de residencia temporal con excepción de la autorización de trabajo cuando la persona extranjera no sea residente en España y siempre que la duración prevista de la actividad sea superior a 90 días.

10. La Sentencia del TS contiene pronunciamientos sobre preceptos que afectan a cuestiones muy diversas y cada uno es digno de una atención que excede de esta reseña. Por ejemplo, en relación con el art. 241.2 del Reglamento, puede sostenerse que no procede la anulación del precepto porque lo que plantean los recurrentes no es, en puridad, la concurrencia de una causa de anulación, pero merece algún comentario que dicha anulación se descarte con el argumento de que el art. 241.2 no impide atribuir la consecuencia jurídica de revocación de la expulsión, también a los supuestos de expulsión ejecutada, lo que parece dejar a la práctica la opción de dicha interpretación de la norma; cuando dicha norma sólo la prevé para la expulsión no ejecutada. Como también merecería comentario la acotación que se hace respecto del efecto de la STC, que sólo afectaría a las prohibiciones de entrada inherentes a las devoluciones acordadas frente a quienes pretendan entrar ilegalmente en el país, lo que efectivamente resulta del fallo de la STC, pero cuya motivación pune toda prohibición de entrada que no vaya acompañada de las garantías constitucionalmente aseguradas en el procedimiento administrativo sancionador. O el reconocimiento del derecho fundamental del trabajador, no ya de acceso al recurso, sino al proceso, que parece garantizar la anulación del art. 88.5, párr. 4 del Reglamento.

11. Más allá de los «incisos» concretos que viene a resolver, la sentencia pone de manifiesto una realidad y un futuro complejos, porque el cuestionamiento de los incisos concretos tiene un fondo de desajustes del sistema, como evidencia el hecho de que el TS considere necesario un discurso sistematizador para resolver sobre los *dies a quo* del cómputo del plazo de prescripción de la orden de devolución y la anexa de prohibición de entrada previstos en el art. 23.7 del Reglamento (en puridad, para no descartar el *prius*, esto es, la viabilidad de la orden de devolución y la prohibición de entrada). Al fin, las normas de extranjería viven en la tensión entre dos fuerzas, ordenación de flujos migratorios-protección de los derechos fundamentales, y la política común de inmigración simplemente ha desplazado el papel de legislador estructural, de diseñador de objetivos, del legislador nacional al legislador comunitario, lo que

ha añadido dificultades desde la perspectiva de la sistematización y, por tanto, de su aplicación por la Administración y los órganos judiciales. Dónde se sitúa el punto de equilibrio entre ambas fuerzas depende, en gran medida, de las respuestas que den los órganos judiciales, particularmente el TS, el TJUE y el TC, a esos problemas de sistematización.

M.^a Victoria CUARTERO RUBIO
Universidad de Castilla-La Mancha
Letrada del Tribunal Constitucional

3.6. La evaluación y determinación del interés superior del niño

DERECHOS HUMANOS.—Derechos del niño: interés superior del menor; abusos sexuales; derecho a un juicio justo; colisión entre derechos.—Valor jurídico de los comentarios generales de los órganos de tratados de derechos humanos.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.^a) de 20 de diciembre de 2012 (ROJ: STS 8543/2012). Ponente: Francisco Monterde Ferrer.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079120012012100999.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.^a) de 9 de enero de 2013 (ROJ: STS 173/2013). Ponente: Manuel Marchena Gómez.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079120012013100030.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.^a) de 5 de junio de 2013 (ROJ: STS 2887/2013). Ponente: Cándido Conde-Pumpido Touron.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079120012013100447.

1. Las tres sentencias objeto de comentario consolidan una doctrina que ya había iniciado la jurisprudencia del Tribunal Supremo (y del Tribunal Constitucional) en relación con la consideración del interés superior del menor víctima de abusos sexuales frente al derecho a un proceso con garantías y a la tutela judicial efectiva del presunto agresor.

2. Pese a que estas sentencias constituyen la consolidación de una doctrina ya iniciada hace unos años y no presentan grandes novedades, hemos considerado conveniente su comentario a la luz de la reciente aprobación por parte del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas del Comentario General (CG) núm. 14 sobre «El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial» (texto en: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/comments.htm>). Sin duda se trata de un CG especialmente importante que da orientaciones para la determinación y evaluación de un concepto jurídico indeterminado tan complejo (y que ha dado lugar a tantos abusos) como es el del «interés superior del menor». Se trata de un CG que debe proyectarse sobre todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos (art. 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño), es decir, en toda decisión que afecte a un niño. Y uno de esos ámbitos es el de los niños en contacto con la ley, ya sea como víctimas o testigos, ya sea en el marco de la justicia juvenil respecto de los niños en conflicto con la ley.

3. Ninguna de las tres sentencias hace referencia a este CG núm. 14, lo que se explica, entre otras cosas, por haber sido éste aprobado en el mes de febrero de 2013 y publicado en mayo. No obstante, haremos referencia al mismo a fin de ver cómo podría haber incidido en la argumentación y, en todo caso, cómo debería ser utilizado en el futuro (lo que nos llevará a una reflexión final sobre cómo deberían ser utilizados los CG de los órganos de tratados de derechos humanos en nuestra jurisprudencia).

4. En el marco del proceso penal, es lógico que el acusado exija su derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él a efectos de ver garantizados su derecho a un juicio justo y a la tutela judicial efectiva garantizados en el art. 24 CE, el art. 14 del PIDCP y el art. 6.3.d) del CEDH. Como ha resaltado nuestro TC, «en nuestra tradición jurídica, la forma natural de refutar las manifestaciones incriminatorias que se vierten contra un acusado es el interrogatorio personal del testigo practicado en el acto del juicio oral» (STC 174/2011, FFJJ 3 y 4).

5. Como señala la sentencia objeto de comentario de junio de 2013, «en los delitos de abuso sexual, usualmente, la declaración del menor es la única prueba directa de los hechos, pues las restantes suelen limitarse a relatar lo que el menor ha narrado o a evaluar las condiciones en las que narró los hechos o su credibilidad» y, por tanto, «el centro de atención recae naturalmente sobre las garantías que han de rodear la exploración del menor, y la forma en la que la misma puede introducirse en el debate del juicio oral» (FJ 7). Ahora bien, la declaración del niño en el juicio oral puede, en ocasiones, ser gravemente perjudicial para el niño, pues supone volver a encontrarse con su agresor, y la declaración en juicio reviviendo los hechos puede suponer fácilmente una revictimización que afecte psicológicamente al niño. Esta situación plantea un conflicto entre el derecho a la defensa del acusado y el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial en toda decisión que le afecte.

6. Es ésta una primera consideración que no utiliza nuestra jurisprudencia y que, sin embargo, está en el centro del CG núm. 14 del Comité de Derechos del Niño: el interés superior del menor no es sólo un principio general (que también) sino que tiene una triple dimensión: como derecho sustantivo, como principio general y como regla de procedimiento (párr. 6):

a) Como derecho sustantivo significa el derecho del niño a que su interés sea evaluado y tomado como consideración primordial cuando se consideren diferentes intereses con el fin de llegar a una decisión sobre un asunto determinado, así como también implica la garantía de que este derecho se respetará cada vez que ha de adoptarse una decisión en relación con un niño, un grupo de niños o los niños en general. En este sentido, como señala el Comité, el art. 3.1 CDN «crea una obligación intrínseca de los Estados que es de aplicación directa (*self-executing*), reconociendo un derecho del niño que debe poder ser invocado directamente ante un tribunal».

b) Como principio jurídico fundamental significa que si una disposición jurídica puede interpretarse en más de una forma, se debe optar por la interpretación que sirve de forma más eficaz al interés superior del niño. Los derechos consagrados en la CDN y sus protocolos constituyen el marco para la interpretación.

c) Como regla de procedimiento implica que siempre que debe adoptarse una decisión que afecte a un niño específico, un grupo de niños o a los niños en general, el proceso de toma de decisiones debe incluir la evaluación del posible impacto (positivo o negativo) de la decisión en el/los niño/nios afectados. Dicha evaluación y determinación del interés superior de los niños requerirá garantías de procedimiento: debe aparecer explícitamente en la motivación de la decisión cómo ha sido considerado este derecho, es decir, se debe explicar qué se considera que está en el interés superior

del niño y qué se ha examinado para llegar a esa conclusión; debe haberse escuchado al niño; todos los datos e información relevantes para evaluar el interés superior del niño deben ser obtenidos por profesionales con experiencia en asuntos relacionados con la infancia y la adolescencia y preparados, entre otras cosas, en psicología infantil, el desarrollo del niño, y los campos de desarrollo humano y social pertinentes, y dicha evaluación debe realizarse en el marco de un proceso formal llevado a cabo en un ambiente agradable y seguro; en toda determinación formal del interés superior del niño por los tribunales y órganos equivalentes, el niño deberá tener la representación legal apropiada, en particular deberá estar provisto de un representante legal, además de un tutor o un representante, cuando exista riesgo de conflicto de intereses con éste; el procedimiento en el que estén implicados niños debe ser priorizado en el tiempo y llevado a cabo en el menor tiempo posible; y, finalmente, la motivación del acto debe explicar cómo los intereses del niño se han sopesado con otros intereses o derechos en presencia.

7. Estamos por tanto, ante una colisión de dos derechos (a la defensa del acusado y a que sea considerado el interés superior del niño víctima). Pero, además, en la solución de dicho conflicto debe ser tomado en consideración el principio del interés superior del niño y el procedimiento para su solución debe guardar las garantías procesales exigidas por la regla de procedimiento del interés superior del niño. ¿Significa ello que hay que sacrificar el derecho a la defensa del acusado cuando la víctima es un menor? Naturalmente, no. La Convención de Derechos del Niño reconoce la necesidad de un cierto grado de flexibilidad en la aplicación del art. 3.1. Los conflictos potenciales entre el interés superior de un niño considerado individualmente y los de otras personas (o el interés público) tienen que ser resueltos caso por caso, equilibrando cuidadosamente los intereses de todas las partes y, si es posible, encontrando un compromiso. Si la armonización no es posible, las autoridades y tomadores de decisiones deben analizar y sopesar los derechos de todos los interesados, teniendo en cuenta que el derecho del niño a tener su mejor interés como consideración primordial significa que los intereses del niño deben tener preferencia y no ser sólo una consideración entre otras. Por tanto, debe atribuirse un peso mayor al interés del niño frente a otros derechos o intereses, sobre todo cuando la acción tiene un impacto innegable sobre la situación del niño afectado (CG 14, párrs. 39 y 40).

8. Nuestro legislador había tenido en cuenta ese posible conflicto, estableciendo en los arts. 229 LOPJ, y 325 y 707 LECR, diversas cautelas y medios para realizar la prueba ante el Tribunal de instancia intentando evitar la victimización secundaria o revictimización del compareciente (evitar la confrontación visual, posibilidad de hacer la comparecencia por videoconferencia, etc.). Pero lo cierto es que esas medidas no son suficientes en muchos casos y, de hecho la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, recomienda que la declaración de los niños se realice fuera de la audiencia pública y antes de la celebración de ésta (arts. 2, 3 y 8).

9. Nuestro TC ha reconocido esa excepcionalidad considerando que el testimonio de los menores de edad víctimas de delitos contra la libertad sexual es uno de los supuestos relevantes en los que debe estar justificada la excepción a la regla general de que el interrogatorio personal del testigo sea practicado en el acto del juicio oral. Dicha modulación excepcional de las garantías de contradicción y defensa del acusado que afirma su inocencia se justifica por la menor edad de la víctima y por la naturaleza del delito investigado. Así, ha reconocido el TC que «en tales casos excepcionales es posible modular la forma de prestar declaración e incluso dar valor probatorio al contenido incriminatorio de manifestaciones prestadas fuera del juicio oral siempre

que se garantice suficientemente el derecho de defensa del acusado» (SSTC 303/1993, de 25 de octubre, FJ 3; 153/1997, de 29 de septiembre, FJ 5; 12/2002, de 28 de enero, FJ 4; 195/2002, de 28 de octubre, FJ 2; 187/2003, de 27 de octubre, FJ 3; y 1/2006, de 16 de enero, FFJJ 3 y 4).

10. En el mismo sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que los intereses de la víctima han de ser protegidos por cuanto «frecuentemente los procesos por delitos contra la libertad sexual son vividos por las víctimas como “una auténtica ordalía”; no se trata sólo de la obligación jurídica de recordar y narrar ante terceros las circunstancias de la agresión, sino también de la indebida reiteración con la que, a tal fin, es exigida su comparecencia en las diversas fases del procedimiento. Tales circunstancias se acentúan cuando la víctima es menor de edad» (SSTEDH de 20 de diciembre de 2001, caso *P. S. c. Alemania*; 2 de julio de 2002, caso *S. N. c. Suecia*; 10 de noviembre de 2005, caso *Bocos - Cuesta c. Holanda*; 24 de abril de 2007, caso *W. c. Finlandia*; 10 de mayo de 2007, caso *A. H. c. Finlandia*; 27 de junio de 2009, caso *A. L. c. Finlandia*; 7 de julio de 2009, caso *D. c. Finlandia*; o, finalmente, la de 28 de septiembre de 2010, caso *A. S. c. Finlandia*). Por tanto, en atención al interés superior del menor debe admitirse que «en estos supuestos, cuando la víctima es menor de edad, resulta legítimo adoptar medidas de protección en su favor, incluso rechazar su presencia en juicio para ser personalmente interrogada» (STC 174/2011, FJ 3).

11. Pero la excepción a la regla general del interrogatorio durante el juicio oral no significa que no deban respetarse las garantías necesarias del debido proceso y el derecho de defensa del acusado, en este sentido, el TC ha señalado que en interés del acusado que ve así modificada la forma en que puede ejercer su derecho de contradicción, «tales cautelas han de ser compatibles con la posibilidad que ha de otorgarse al acusado de ejercer adecuadamente su derecho de defensa, a cuyo fin los órganos judiciales están obligados, simultáneamente, a tomar otras precauciones que contrapesen o reequilibren los déficits de defensa que derivan de la imposibilidad de interrogar personalmente al testigo de cargo en el juicio oral» (STC 174/2011, FFJJ 4).

En la delimitación precisa de cuales hayan de ser esas precauciones mínimas que han de establecerse en favor de la defensa para, al mismo tiempo, dar protección a la víctima y garantizar al acusado un juicio con todas las garantías, el TC ha asumido el canon a que se refiere la STEDH de 28 de septiembre de 2010 (caso *A. S. c. Finlandia*, § 56), conforme al cual «[...] quien sea sospechoso de haber cometido el delito debe ser informado de que se va a oír al menor, y debe tener una oportunidad de observar dicha exploración, bien en el momento en que se produce o después, a través de su grabación audiovisual; asimismo debe tener la posibilidad de dirigir preguntas al menor, de forma directa o indirecta, bien durante el desarrollo de la primera exploración o en una ocasión posterior». Conocer la existencia de la exploración, acceder a su contenido mediante su grabación audiovisual y tener la posibilidad procesal de cuestionarla, durante su realización o en un momento posterior (ya sea en fase de investigación o en el juicio oral), indicando aquellos aspectos adicionales sobre los que la defensa considera deben ser interrogados, son las tres claves de la contradicción debida en estos casos, pues no cabe olvidar que la contradicción que es posible ejercer en cada caso «se articula atendiendo a las peculiaridades de la prueba de que se trate» (STC 155/2002, de 22 de julio, FJ 10), es decir, varía en función de la naturaleza de la prueba que se pretende contradecir.

12. En todo caso, la clave para poder garantizar todos los derechos en presencia se encuentra en la correcta elaboración de «pruebas preconstituídas» con todas las garantías. Es este un elemento esencial que, hasta la fecha, está siendo delimitado en

el marco de nuestra jurisprudencia, pero que exige una pronta regulación legislativa a fin de no hacerlo depender del criterio (y conocimiento) de cada uno de los jueces de primera instancia.

13. Las sentencias del Tribunal Supremo objeto de este comentario, de forma más o menos precisa cada una, han conjugado los elementos descritos. En primer lugar, han determinado el interés superior del niño a la luz de las circunstancias del caso concreto. En segundo lugar, han ponderado el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial con el derecho a la defensa del acusado. En tercer lugar, han buscado la interpretación de la posible solución al conflicto del modo más acorde con el conjunto de derechos del niño (pues «el concepto de interés superior del niño tiene por objeto garantizar tanto el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos en la Convención como el desarrollo integral del niño», GC 14, párr. 4). Y, en cuarto lugar, todo ello lo han intentado realizar siguiendo ciertas garantías de procedimiento, explicitándolo todo en la motivación de la sentencia.

14. Y las tres sentencias han llegado a un resultado similar: a la luz de las circunstancias concretas del caso, el tribunal de primera instancia actuó correctamente al no exigir la declaración del menor en el juicio oral, dada la evaluación del interés superior del niño en cada uno de los casos y su ponderación con los requisitos exigibles a una prueba preconstituida a efectos de garantizar el derecho de defensa del acusado (que eran el abuelo, en el primer caso, el compañero sentimental de la madre con conocimiento de ésta, en el segundo, y el profesor del colegio en el tercero).

15. Es cierto que si analizamos las orientaciones del CG 14 del Comité de Derechos del Niño y la actuación del TS en la evaluación y determinación del interés superior del niño en estas sentencias, encontramos algunas ausencias importantes. No se han tenido en cuenta todos los elementos descritos en el CG 14 para la evaluación del interés superior del niño (en especial no se ha oído al niño, ni directa ni indirectamente, para evaluar su interés). Pero también es cierto, en primer lugar, que la lista de elementos que pueden ser incluidos en una evaluación del interés superior del niño contenida en el CG 14 no es ni exhaustiva ni jerárquica; la lista tiene la intención de proporcionar una orientación concreta y a la vez flexible, y se recomienda que cada Estado, al regular las áreas específicas, tales como el derecho de familia, la adopción o la justicia de menores, tenga en cuenta estas orientaciones y si es necesario añada los demás elementos que considere apropiados de acuerdo con su tradición jurídica (GC 14, párrs. 50 y 51). En segundo lugar, y en todo caso, si se hubieran utilizado todos los elementos y garantías procesales previstos en el CG 14 se hubiera llegado a la misma solución a la que llegan las tres sentencias comentadas.

16. No realizamos, por tanto, una crítica al fondo de estas sentencias. Ni siquiera a la forma, pues no es exigible a nuestro TS que conociera en estas fechas un Comentario General del Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas publicado en mayo de 2013. Pero sí consideramos que es conveniente que nuestros jueces y tribunales, a partir de ahora, tomen en consideración el CG 14 del Comité de Derechos del Niño a la hora de evaluar y determinar el interés superior del menor en todos los ámbitos de actuación.

Es sabido que en el ámbito judicial son casi innumerables los supuestos en los que debe evaluarse y determinarse el interés superior del niño: guarda y custodia en supuestos de separación de los padres, adopción y cuidados alternativos, justicia de menores, niños víctima y testigo, encarcelamiento de los padres, educación, salud, etc. El CG 14 pretende dar orientaciones a quienes deben adoptar la decisión para evaluar y determinar el interés superior del niño de conformidad con la Convención sobre los

Derechos del Niño y, por tanto, en la medida que dicha Convención forma parte de nuestro ordenamiento jurídico en virtud del art. 96.1 CE y es parámetro de interpretación de los derechos y libertades fundamentales establecidos en la Constitución en virtud del art. 10.2 de la misma, la interpretación dada por el órgano jurídicamente responsable del control de su aplicación y, por tanto, de establecer la interpretación de la Convención a fin de establecer el parámetro de legalidad de dicho control, debería ser tomada con especial consideración por nuestros jueces y tribunales.

17. Somos conscientes de que la doctrina de los órganos de tratados de derechos humanos de Naciones Unidas no es habitualmente citada en nuestra jurisprudencia, especialmente en comparación con la de órganos judiciales internacionales, como el TEDH y el TJUE. Son varios los motivos: su desconocimiento por parte de muchos de los operadores jurídicos (abogados, fiscales, jueces y magistrados); cierta desconfianza hacia dichos órganos de tratados que no tienen la consideración de «tribunales» y, por tanto, sus pronunciamientos tienen el valor de recomendación careciendo de valor obligatorio... Pero no debe olvidarse que esa misma jurisprudencia que olvida en muchas ocasiones utilizar la doctrina de esos órganos, será evaluada y juzgada por dichos órganos de tratados, pues se trata de «práctica del Estado» y, por tanto, de objeto de control por parte de dichos órganos conforme a las disposiciones de los tratados (y del Derecho español al formar parte los mismos de nuestro ordenamiento jurídico), pudiendo ser España objeto de crítica por no haber seguido dicha doctrina.

18. Sirva este comentario a las tres sentencias del Tribunal Supremo para recordar la necesidad, por tanto, de tomar en consideración, de forma razonable y razonada, dichos comentarios generales y, en especial, el CG 14 del Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas sobre «El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial», de especial importancia para nuestros jueces y tribunales.

Jorge CARDONA LLORENS

Universidad de Valencia

Miembro del Comité de Derechos del Niño

3.7. Jurisdicción universal: Guantánamo

JURISDICCIÓN UNIVERSAL.—Torturas.—Art. 23.4 LOPJ.—Principio de subsidiariedad.

Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.^a), de 20 de diciembre de 2012 (ROJ: ATS 12597/2012). Ponente: Juan Saavedra Ruiz.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079120012012202676.

1. Este caso tiene su origen en dos memorándums estadounidenses, elaborados por un grupo de asesores jurídicos del Presidente de los Estados Unidos tras los atentados del 11-S y cuya finalidad última era la justificación de la legalidad del uso de la tortura como método para luchar contra el terrorismo, en particular en el centro de detención ubicado en Guantánamo. La Audiencia Nacional, en su auto 29/2012, de 23 de marzo de 2012 (comentado en *REDI*, vol. LXIV, 2012, núm. 2, pp. 191-194), negó la competencia de los tribunales españoles en aplicación del texto reformado del art. 23.4 de la LOPJ.

2. Recordemos que la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, añadió los apartados siguientes al art. 23.4: «[s]in perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España, para que puedan conocer los Tribunales españoles de los anteriores delitos deberá quedar acreditado que sus presuntos responsables se encuentran en España o que existen víctimas de nacionalidad española, o constatarse algún vínculo de conexión relevante con España y, en todo caso, que en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional no se ha iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles. El proceso penal iniciado ante la jurisdicción española se sobreseerá provisionalmente cuando quede constancia del comienzo de otro proceso sobre los hechos denunciados en el país o por el Tribunal a los que se refiere el párrafo anterior».

3. Tal y como se comentó en su día a raíz del auto de la Audiencia Nacional, el fundamento de la competencia de los tribunales españoles en este caso radicaba, según los querellantes, en la cláusula de salvaguarda del art. 23.4 LOPJ que reenvía a lo dispuesto por los convenios internacionales. En este caso, tal y como se comentó respecto del auto de la Audiencia Nacional, los convenios que habrían podido ofrecer la base jurídica necesaria para el reconocimiento de la competencia de los tribunales españoles serían los Convenios de Ginebra.

4. Pues bien, el auto del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2012, al igual que el de la Audiencia Nacional, en vez de reconocer la obligación impuesta convencionalmente y que el legislador español ha introducido en su ordenamiento jurídico en el art. 23.4 de la LOPJ, prefiere, una vez más, centrarse en las condiciones impuestas al ejercicio de la jurisdicción que se desarrollan en ese mismo artículo de la LOPJ. De hecho, el Tribunal Supremo va a desestimar el recurso de casación interpuesto —según los recurrentes, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva al no haberse aplicado el art. 23.4— en aplicación de la condición de la existencia de una investigación efectiva de los hechos objeto de la querrela en otro país competente. En este caso, el Tribunal Supremo rechaza la competencia de los tribunales españoles al considerar que los procedimientos llevados a cabo en Estados Unidos sí constituyen una investigación efectiva. Afirma el Tribunal que la aplicación por parte de la Audiencia Nacional del principio de subsidiariedad previsto en el art. 23.4 de la LOPJ es ajustada a derecho, aprovechando la ocasión para afirmar que el criterio de subsidiariedad prevalece sobre el de concurrencia. Tras recordar su jurisprudencia anterior (en particular, ATS 10584/2011, de 6 de octubre de 2011) y la ausencia de carácter absoluto del principio de jurisdicción universal, el Tribunal Supremo realiza un examen pormenorizado de las investigaciones y procesos judiciales incoados por las autoridades de Estados Unidos y que tienen algún tipo de relación con este caso. Cabe destacar que algunas de las investigaciones a las que se refiere el Tribunal Supremo distan mucho de tener una relación directa con el caso concreto que le ocupa, siendo el único elemento común el tener como escenario el centro de detención de Guantánamo.

5. El Tribunal Supremo, de manera general, retoma todos los procedimientos expuestos en la resolución dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (procedimientos administrativos e investigaciones penales). Hace especial hincapié en una investigación preliminar, todavía en trámite, que el Fiscal General, Eric Holder, acordó iniciar sobre el tratamiento a algunos de los detenidos en el centro de detención de Guantánamo, así como en una investigación sobre la presunta destrucción por la CIA de cintas de vídeo en las que se habrían grabado algunos interrogatorios

de personas detenidas. El Tribunal Supremo, consciente de la distancia entre las investigaciones referidas y el presente caso, reconoce que «[c]iertamente ni esta última investigación, ni la iniciada a instancia del Fiscal Holder se centran en los querellados, ni en la actuación concreta que a cada uno de ellos se le imputa en la querella. Lo que hace, como hemos dicho, es investigar el trato al que fueron sometidos algunas de las personas retenidas en el centro de Guantánamo, pero es evidente, que la posible responsabilidad de los primeros derivaría de la constatación de que dicho trato, como afirman los recurrentes, fuera constitutivo de tortura y trato inhumano y degradante. Precisamente, lo que se imputa a los querellados, como dijimos, es que ellos fueron quienes crearon la “arquitectura jurídica” necesaria para instaurar un plan sistemático de torturas y trato cruel a los detenidos, mediante la elaboración de los distintos documentos descritos en la querella» (FJ 2).

6. Como novedad en la argumentación respecto del auto de la Audiencia Nacional, cabe destacar la mención que el Tribunal Supremo hace a la sentencia dictada por el Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos, en el caso *Hamdan c. Rumsfeld* (548 US.557, 2006). En dicha sentencia, el Tribunal Supremo de Estados Unidos declaró que el art. 3 de los Convenios de Ginebra de 1949 era aplicable a las personas detenidas en el centro de detención de Guantánamo, «en contra del criterio mantenido por los querellados en los documentos cuya elaboración se les imputa» (FJ 2). Ahora bien, el objetivo del Tribunal Supremo al referirse a esta jurisprudencia es reforzar el argumento según el cual se ha llevado (o se está llevando) a cabo una investigación efectiva de lo ocurrido en Guantánamo, haciendo así un uso curioso de la jurisprudencia americana para concluir que «con mayor o menor alcance, los Estados Unidos han investigado los hechos ocurridos en Guantánamo» (FJ 2). Por tanto, parece que el Tribunal Supremo esté apuntando hacia una interpretación laxa de lo que se entiende por «investigación efectiva» en el marco del art. 23.4 LOPJ: no se trata de que los hechos concretos imputados a los querellados se estén investigando sino que basta con que la causa general en la cual se enmarcan dichas actuaciones sí sea objeto de una investigación.

7. Asimismo, el auto del Tribunal Supremo da un paso adicional en la interpretación de lo que se entiende por investigación efectiva. Precisa el Tribunal que, aunque como consecuencia de las investigaciones no se hayan formulado acusaciones penales —y además, en este caso, el propio Fiscal Holder ha anunciado que «la Fiscalía no formularía acusación contra aquellos que hubieran actuado de buena fe, dentro del marco legal establecido en su día por el “Office of Legal Counsel” respecto a los interrogatorios de los detenidos»—, ello no implica «que las investigaciones realizadas hasta el momento no hayan sido efectivas, a los efectos de no aplicar el criterio de subsidiariedad previsto en el apartado cuatro del artículo 23 de la LOPJ, o que la actualmente en trámite no alcance resultado alguno» (FJ 2). Recuerda al respecto el Tribunal Supremo su auto de 4 de marzo de 2010 (ATS 3411/2010), que confirmó la falta de jurisdicción de los tribunales españoles para investigar determinados hechos imputados a mandos políticos y militares de Israel, al considerar que había habido una investigación interna aunque ésta hubiera finalizado finalmente en archivo.

8. Por último, el Tribunal Supremo reitera lo dictado en su día por el Juzgado Central de Instrucción, y confirmado por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, a saber, el traslado de la querella al Departamento de Justicia de los Estados Unidos, solicitando que le informe de las medidas finalmente adoptadas. Dicha solicitud se realiza en aplicación del Tratado Bilateral de Asistencia Jurídica Mutua en Materia Penal entre el Reino de España y los Estados Unidos de América, de 20 de noviembre de 1990, y del Acuerdo de asistencia judicial entre los Estados Unidos de América y

la Unión Europea, de 25 de junio de 2003, según el cual «[c]ualquiera de los Estados contratantes podrá cursar una solicitud con el fin de iniciar un procedimiento criminal ante las autoridades competentes del otro Estado contratante en el caso de que ambos Estados gocen de jurisdicción para investigar o proceder judicialmente» (art. 19 del Tratado de Asistencia Jurídica Mutua en Materia Penal entre España y Estados Unidos).

Ana PEYRÓ LLOPIS
 Universidad Jaume I de Castellón
 Universidad de Cergy-Pontoise

3.8. Doble instancia penal. Protocolo 7 al CEDH

DERECHOS HUMANOS.—Doble instancia penal.—Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).—Convenio Europeo de Derechos Humanos.—Dictámenes del Comité De Derechos Humanos.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª), de 21 de diciembre de 2012 (ROJ: STS 8790/2012). Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079120012012101036.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª), de 4 de junio de 2013 (ROJ: STS 2881/2013). Ponente: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079120012013100441.

1. Una vez más, el Tribunal Supremo ha tenido que pronunciarse sobre la situación de la doble instancia en España, ante recursos en los que se alegaba la violación del derecho a obtener tutela judicial efectiva, al considerar que la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal es contraria al art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) así como al art. 2 del Protocolo 7 al Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).

2. Las dos sentencias que se comentan a continuación no presentan grandes novedades en la materia desde un punto de vista jurídico pero merecen un breve comentario por alguna curiosidad que contienen. En efecto, de manera general, el Tribunal Supremo sigue reafirmando su doctrina, por la que rechaza que el existente recurso de casación vulnere el derecho a una tutela judicial efectiva. Al contrario, con el alcance del recurso de casación quedan cumplidas, según el Tribunal, las exigencias de recurso efectivo que derivan del PIDCP. Respecto de los dictámenes emitidos por el Comité de Derechos Humanos sobre este particular, el Tribunal Supremo sigue aludiendo a su carácter no vinculante (sobre esta cuestión, véase, ALMQVIST, J., *REDI*, vol. LXIV, 2012, núm. 2, pp. 212-215).

3. Pasemos por tanto a las «curiosidades». Por lo que respecta a la primera sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de diciembre de 2012, pone de manifiesto cierto nivel de desconocimiento de la realidad convencional internacional. Ya tuvimos ocasión de señalarlo con anterioridad (véase la introducción a la *REDI*, vol. LXIV, 2012, núm. 2, pp. 183-184) pero empieza a ser ciertamente preocupante que, prácticamente cuatro años después de su ratificación por España (16 de septiembre de 2009), algu-

nos magistrados del Tribunal Supremo sigan sin saber que el Protocolo 7 al CEDH sí ha sido ratificado. Éste entró en vigor para España el 1 de diciembre de 2009, pero las sentencias del Tribunal Supremo que a él se refieren siguen diciendo que el único instrumento ratificado por España respecto de la exigencia de una doble instancia penal es el PIDCP. Lo curioso —y preocupante— en este caso es que la propia sentencia se refiere al Protocolo 7 al CEDH para después rechazar su aplicabilidad por no haber sido ratificado (FJ 1). De hecho, no sólo se menciona el Protocolo sino que se recurre, al igual que en ocasiones anteriores, a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH): sentencias *Loewenguth c. Francia*, de 30 de mayo de 2000 (caso núm. 53183/99) y *Deperrois c. Francia*, de 22 de junio de 2000 (caso núm. 48203/99). Eso sí, se acude a dicha jurisprudencia del TEDH para defender la suficiencia del recurso de casación tal y como está configurado en la legislación vigente. Recordemos que en dichas sentencias, el TEDH consideró que el art. 2 del Protocolo 7 al CEDH permitía a los Estados Parte conservar la facultad de decidir las modalidades del ejercicio del derecho al reexamen y por tanto restringir su alcance, reconociendo que en muchos Estados el mencionado reexamen se encontraba limitado a cuestiones de derecho. Por ello, el TEDH estimó que la posibilidad de recurrir en casación respondía a las exigencias del art. 2 del Protocolo 7 al CEDH.

4. Por lo que respecta a la segunda sentencia del Tribunal Supremo, de 4 de junio de 2013, su interés reside principalmente en la velada crítica al legislador que contiene. En efecto, si bien en este caso el Tribunal Supremo reitera la doctrina apuntada, según la cual el recurso de casación sería suficiente para dar cumplimiento a lo dispuesto en el art. 14.5 del PIDCP, realiza no obstante una serie de matices. Por una parte, tras referirse a los ejemplos clásicos en la jurisprudencia del TS para justificar que el recurso de casación constituye un recurso efectivo en el sentido del art. 14.5 del Pacto, deduce de ello que «no en todo caso es insuficiente el recurso de casación para dar satisfacción a las exigencias del Pacto» (FJ 2), reconociendo por tanto que sí existen casos en los que dicho recurso podría no ser suficiente para cumplir con lo dispuesto en el art. 14.5 del Pacto. De hecho, en la misma sentencia, el TS admite que «[n]o le falta razón al recurrente cuando se queja de la situación actual a pesar de las previsiones de la Ley Orgánica 19/2003 sobre la segunda instancia, situación de la que se deduce una, por otro lado difícilmente comprensible, falta de interés legislativo en el desarrollo de aquellas previsiones legales» (FJ 2). La crítica al legislador es clara —y curiosa desde el punto de vista de la función jurisdiccional— y parece mostrar, si bien de manera velada, la existencia de ciertas discrepancias en el TS sobre la necesidad o no de reformar el recurso de casación con el fin de contar con un sistema de recursos que dé verdadero cumplimiento a lo dispuesto en los tratados internacionales.

Ana PEYRÓ LLOPIS
 Universidad Jaume I de Castellón
 Universidad de Cergy-Pontoise

3.9. La persecución extraterritorial de la mutilación genital femenina

JURISDICCIÓN UNIVERSAL.—Mutilación genital femenina.—Eliminación de la discriminación contra la mujeres.—Derechos del niño.—Error de prohibición.

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 4.ª) de 4 de abril de 2013 (ROJ: SAN 1323/2013). Ponente: Carmen Paloma González Pastor.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079220042013100001.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 9.ª, Penal) de 13 de mayo de 2013. Ponente José María Torras Coll.

1. En las últimas décadas la mutilación genital femenina (MGF) ha sido objeto de múltiples condenas al nivel internacional. Si bien se trata de una costumbre o tradición ancestral todavía practicada en al menos 28 países del mundo (se calcula que en África hay 92 millones de mujeres y niñas de más de 10 años que han sido objeto de MGF; véase OMT: Nota descriptiva núm. 241, febrero de 2012, disponible en: <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs241/es/>), en la actualidad está considerada como totalmente contraria al Derecho internacional de los derechos humanos. En este sentido, el Comité de la ONU para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha afirmado que infringe múltiples derechos fundamentales, como el derecho a no ser discriminada, el derecho a la libertad y a la seguridad personal, y el derecho a la salud (observaciones generales núm. 14, de 1990; núm. 19, de 1992; y núm. 24, de 1999). Siguiendo la misma línea, el Comité de la ONU sobre los Derechos del Niño la considera como un ejercicio de violencia equiparable a los castigos corporales, crueles o degradantes y recuerda a los Estados Parte en la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989, que están obligados a adoptar todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir esta práctica perjudicial para la salud de los niños (art. 24.3) (observación general núm. 13, de 2011). También ha sido condenada por la Asamblea General de la ONU (véase, por ejemplo, la Resolución 54/133 de la AGNU, de 7 de febrero de 2000: prácticas tradicionales o consuetudinarias que afectan a la salud de la mujer y la niña).

2. Las instituciones europeas se han sumado a la condena internacional, desarrollando una política europea dirigida a la eliminación de la MGF. En su Resolución 1247 (2001), de 22 de mayo, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa solicitó a los Estados miembros que la declarasen contraria a los derechos humanos y, en particular, a la integridad física (párr. 11.1) y que la tipificasen como delito en sus códigos penales. De modo parecido, el Parlamento de la UE, que la considera un grave atentado contra los derechos humanos, llamó en 2001 a los Estados miembros a que persigan, condenen y castiguen la realización de dicha práctica siguiendo una estrategia integral que tenga en cuenta la dimensión normativa, sanitaria, social y de integración de la población inmigrante y que incluya la aplicación de medidas cautelares y preventivas (Resolución 2001/2035 del Parlamento Europeo, de 20 de septiembre de 2001). En 2007 y 2008, el mismo Parlamento reiteró su llamamiento a los Estados miembros «a que adopten leyes que permitan la adopción de acciones penales contra toda persona que lleve a cabo actos de mutilación genital» y, además, hizo hincapié en la necesidad de establecer programas educativos y de sensibilización en materia de MGF (Resolución 2007/2093 del Parlamento Europeo, de 16 de enero de 2008, sobre la Comunicación de la Comisión «Hacia una Estrategia de la Unión Europea sobre los Derechos de la Infancia», párrs. 44 y 130; véase también su Resolución 2008/2071, de 24 de marzo de 2009, en que reitera la necesidad de prohibir toda forma MGF mediante leyes y sanciones y enfatiza sobre la importancia de tomar medidas para sensibilizar a la opinión pública mediante la información, educación formal e informal y campañas, así como de apoyar a las víctimas mediante prestaciones sanitarias, asistencia jurídica, ayuda psicológica, etc. Para un análisis más extenso de las acciones al nivel europeo, véase, PÉREZ VAQUERO, C., «La mutilación genital femenina en España y la Unión Europea», *Noticias Jurídicas*, diciembre 2011, disponible en: <http://noticias.juridicas.com/articulos/55-Derecho%20Penal/201112-23513842442538.html>).

3. Siguiendo los criterios de las instituciones europeas, el legislador español ha llevado a cabo dos importantes reformas. La primera, verificada en 2003, consistió

en una modificación del art. 149 CP con la finalidad de introducir como nuevo delito autónomo y específico la MGF o ablación. El nuevo apdo. 2 de esta disposición establece que: «El que causara a otro una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones será castigado con la pena de prisión de seis a 12 años» (el precepto fue modificado por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros; en una segunda frase, el art. 149.2 añade que «Si la víctima fuera menor o incapaz, será aplicable la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de cuatro a 10 años, si el juez lo estima adecuado al interés del menor o incapaz»). La segunda reforma, de 2005, consistió en la modificación del art. 23.4 LOPJ habilitando a los tribunales españoles para conocer de dicho delito aun cuando se cometa en el extranjero y por extranjeros siempre que los responsables se encuentren en España [art. 23.4.g) LOPJ, modificada por la LO 3/2005, de 8 de julio, para perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina; la exposición de motivos de la LO 3/2005 invoca la Convención de las Naciones Unidas para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, cuyo art. 2.f) exige que los Estados parte adopten medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan una discriminación contra las mujeres, así como el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo «Cairo 1994» y el Programa de Pekín «1995», que incluyen recomendaciones a los Estados a fin de erradicar las mutilaciones genitales femeninas y para modificar los comportamientos sociales y culturales y acabar así con los perjuicios y prácticas lesivos para las personas]. Tras dichas reformas legislativas, la implementación de protocolos de prevención del riesgo de tales prácticas en el ámbito de la salud de los niños, que exigen revisiones ginecológicas periódicas de las niñas cuyos padres pertenecen a las etnias de riesgo, han venido a producir un creciente número de denuncias de MGF.

4. En el presente comentario analizaremos dos sentencias de tribunales españoles que condenan actos de MFG: una sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de abril de 2013 y otra de la Audiencia Provincial de Barcelona de 14 de mayo de 2013.

5. La sentencia de la AN es especialmente importante debido a que es la primera en la que, con fundamento en el art. 23.4.g) LOPJ, la AN condena a una persona por haber llevado a cabo un acto de MGF en el extranjero. En resumen, la AN condena a una mujer inmigrante de Senegal por autoría del delito de MGF que sufrió su hija cuando vivían en su país de origen. La procesada vino a España en 2010 con sus dos hijos una vez que su marido, residente en Cataluña desde 1999, consiguió un permiso para reagrupar a su familia. En marzo de 2012, con motivo de una exploración realizada en el marco del protocolo de actuación de niños inmigrantes, el centro médico que atendió a la hija apreció que había sufrido un acto de mutilación genital contrario al art. 149.2 CP y puso el hecho en conocimiento del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Mataró, que acordó su inhibición a favor de los juzgados centrales de instrucción.

6. Por lo que concierne a la autoría del delito, la AN afirma que la declaración testimonial prestada por el enfermero que atendió a la familia en el centro médico demuestra que los padres conocían la lesión ya que, al informarles sobre ella, no se mostraron sorprendidos. Además, el marido de la acusada indicó que la ablación es una práctica propia de su cultura y tradición, a la que también había sido sometida la condenada, según manifestó ella misma en el juicio. En cuanto a la posibilidad de que la lesión no hubiera sido causada directamente por ella, sino por un tercero, la AN estima que resulta suficiente con que «la acusada, en su condición de madre de la menor y, por tanto, en el ejercicio de la patria potestad que le correspondía, hubiera consentido, en

aras de la tradición y costumbres del lugar, que su hija sufriera la lesión en el entorno familiar o se viera expuesta a sufrirla [...]» (FJ 2), siendo en tal caso de aplicación el tipo penal de omisión previsto en el art. 11 CP.

7. Ante la normalidad de la acusada frente el anuncio de la lesión sufrida por su hija, la AN se plantea la posibilidad de que medie un supuesto de error de prohibición (art. 14 CP). A este respecto, la Audiencia recuerda que, con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo (s. de 14 de noviembre de 1997), el error de prohibición consiste en que el autor de la infracción penal actúe en la creencia de estar obrando lícitamente y, en este sentido, ignore que su conducta es contraria a Derecho. Pues bien, a la luz de las pruebas practicadas, el tribunal considera acreditado en el caso de autos que la acusada ignoraba que la MGF constituía un delito no sólo dentro de España sino también fuera de ella. Ello explicaría, a juicio del tribunal, que reaccionara con total normalidad, con indiferencia y sin sorpresa al ser informada de la lesión descubierta (FJ 2).

8. Ahora bien, a la hora de determinar la entidad del error y sus efectos, la AN recuerda que el art. 14 CP distingue entre dos tipos de errores, el invencible y el vencible, y que mientras que el primero da lugar a la extinción de la responsabilidad penal, el segundo conlleva una rebaja importante de la pena, en uno o dos grados. A este respecto el tribunal se refiere de nuevo a la jurisprudencia del TS (ss. de 14 de diciembre de 1985 y de 15 de abril de 1996), que afirma que para valorar la entidad del error han de considerarse las condiciones psicológicas y de cultura del infractor, así como las posibilidades que se le ofrecieron de instrucción y asesoramiento o de acudir a medios que permitieran conocer la trascendencia antijurídica de su obrar. En el caso objeto de enjuiciamiento, la AN considera que, si bien la procesada vivió en una zona rural de Senegal hasta el año 2010, debe tomarse en cuenta el hecho de que su esposo llevaba residiendo en Cataluña desde 2000, concluyendo que «es inevitable que así como la acusada no tenía acceso a información alguna sobre el particular, su marido, promotor de la idea de la reagrupación familiar en Cataluña y, por ello, conocedor suficiente de las normas mínimas de convivencia, debería haberla asesorado en este extremo, evitando así los problemas surgidos [...]» (FJ 2). Esta consideración le lleva a sentenciar que el error sufrido por la acusada es el vencible y a condenarla, minorando la pena en dos grados, a dos años de prisión.

9. Teniendo en cuenta que las múltiples denuncias por la comisión del delito de MGF han venido siendo archivadas hasta ahora tras la fase de instrucción cuando quedaba acreditado que los hechos ocurrieron en el país de origen, la sentencia que comentamos puede considerarse un avance importante. En nuestra opinión, sin embargo, prevalece la duda sobre si en el caso considerado procedía o no la condena teniendo en cuenta los motivos dados por el legislador español para incluir la MGF en el art. 23.4 LOPJ. Recuérdese que a la hora de justificar la persecución extraterritorial del delito, la exposición de motivos de la LO 3/2005 recalca que en la mayoría de los casos se comete en el extranjero «aprovechando viajes o estancias en los países de origen de quienes se encuentran en nuestro país». La frase (que no cita la sentencia de la AN comentada) pone de relieve que el motivo por el que se atribuyó competencia a los tribunales españoles para conocer del delito en cuestión cuando se comete en el extranjero es prevenir que los inmigrantes regresen a sus países de origen para mutilar a sus hijas evitando la responsabilidad penal impuesta por el ordenamiento jurídico español. Teniendo en cuenta los motivos del legislador, parece razonable abordar los casos de los inmigrantes recién llegados de manera distinta, teniendo en cuenta que en muchos casos no sabían y no podían haber sabido que su conducta era ilegal en España.

Este razonamiento es el que sigue la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de mayo de 2013, que concierne actos de MGF cometidos por un matrimonio gambiano contra sus dos hijas en el territorio español. En ella el tribunal pone de relieve que la modificación del art. 23.4 LOPJ tiene por objeto los casos en que la MGF se produce con ocasión de viajes o estancias de inmigrantes con residencia en España a sus países de origen, advirtiendo, en cambio, de la posibilidad de que medie error de prohibición en los casos de inmigrantes recién llegados. La Audiencia admite, en efecto, que en el caso de un recién llegado se pueda dar un déficit cognitivo, de conocimiento de la antijuridicidad, lo que implicaría un error de prohibición. Por el contrario, en el supuesto de ciudadanos extranjeros residentes en España entiende que se trata más bien de una «falta de reconocimiento o asunción interna del contenido valorativo de la norma», pues estos ciudadanos responden «a un perfil de adecuado test de integración por su prolongada permanencia en territorio español y grado de adaptación social y cultural del país de acogida» (FJ 1). La Audiencia advierte a este respecto que el hecho de que se trate de «una práctica cultural» del país de origen «no puede ser excusa para elaborar una teoría del “error de prohibición fundado en los factores culturales a los que pertenece el sujeto”, porque el respeto a las tradiciones y a las culturas tiene como límite infranqueable el respeto a los derechos humanos que actúan como mínimo común denominador exigible en todas las culturas, tradiciones y religiones» (FJ 4).

10. En el caso considerado por la Audiencia, la procesada llevaba residiendo en España desde 1998 y el procesado desde hacía 22 años, por lo que el tribunal considera que «cabe entender que ambos se hallaban plenamente integrados en la cultura española o cuando menos la tenían que conocer, pues las menores se hallaban escolarizadas y la madre acudía a las tutorías y había acudido a los Servicios Sociales en situaciones acuciantes, por apremiantes necesidades, donde fue informada que la ablación de clítoris constituía un delito». Además, advierte que la procesada se mostró reacia a que las niñas fuesen exploradas, deduciendo de este hecho que sabía que podía detectarse la anomalía genital producto de la mutilación a la que fueron sometidas las menores (FJ 4).

11. La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona se sitúa en la misma línea que la sentencia dictada el 15 de noviembre de 2011 por la Audiencia Provincial de Teruel, frente a la cual no prosperó el recurso de casación interpuesto ante el Tribunal Supremo (s. de 31 de octubre de 2012). Esta sentencia tenía su origen en un delito de MGF sufrido por la hija de un matrimonio gambiano en el territorio español. La madre y la hija habían entrado legalmente en España en septiembre de 2009, donde se hallaba ya residiendo el padre desde hacía diez años. En fecha no concretada pero comprendida entre el 20 de noviembre de 2009 y 25 de mayo de 2010, los procesados llevaron a cabo el delito. La Audiencia Provincial condenó al padre como autor del delito, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de su responsabilidad, a la pena de seis años de prisión. Por lo que concierne a la madre, aunque también condenada como autora del delito, el tribunal estimó que concurría en su caso un error de prohibición vencible, por lo que fijó la pena en dos años. El TS consideró el razonamiento de la Audiencia correcto en vista de que el padre llevaba residiendo diez años en España y estaba totalmente integrado en la cultura española, señalando «que todo el mundo sabe que eso no se puede hacer en España», y que la situación de la madre era cualitativamente diferente (FJ 3).

12. Más allá de las consideraciones que realizan en torno a los presupuestos para la determinación de la autoría del delito de MGF y para apreciar error de pro-

hibición cuando se comete en España o fuera del territorio español, las sentencias de las que se ocupa el presente comentario tienen un indudable interés a la hora de determinar cómo han de resolverse los posibles conflictos entre las costumbres y tradiciones de los inmigrantes y el marco normativo español. La AN señala a este respecto que «el principio o presupuesto normativo en España es el respeto a los Derechos Humanos por parte de los extranjeros que llegan a nuestro país, sin que éstos puedan eludirse en base a razones de tipo cultural, religioso o ideológico», advirtiendo que el art. 3.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España, modificada por Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, establece que «las normas relativas a los derechos fundamentales de los extranjeros serán interpretadas de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias vigentes en España, sin que pueda alegarse la profesión de creencias religiosas o convicciones ideológicas o culturales de signo diverso para justificar la realización de actos o conductas contrarias a las mismas [...]» (FJ 2). Por su parte, la Audiencia Provincial de Barcelona advierte que «el Estado no puede admitir, bajo el alegato de la libertad de conciencia o al abrigo de la tradición y al amparo de la costumbre, todas las actuaciones que según criterios individuales sean conformes a los dictados de la conciencia, ya que ello supondría olvidar la afectación de bienes jurídicos de fundamental importancia y transcendencia que constituyen un referente universal, tales como la vida, la integridad física, la indemnidad sexual» (FJ 1).

13. Compartimos el razonamiento expuesto en las sentencias comentadas en lo que concierne a la necesaria aplicación del ordenamiento jurídico español frente a toda conducta realizada por personas que se encuentran bajo su jurisdicción. No obstante, dudamos de la razonabilidad de condenar a inmigrantes recién llegados cuando el delito de MGF hubiera sido cometido en el extranjero antes de su llegada al país de acogida y sin haber tenido la oportunidad de conocer las normas aplicables en él, máxime en el supuesto de que el procesado no tuviera conocimientos del castellano o de la lengua local o fuera analfabeto. Más aun, consideramos que no se debería dar por hecho que los extranjeros que inmigran a España procedentes de países en los que la ablación genital constituye una práctica habitual tienen conocimiento del tratamiento que le da el ordenamiento penal español cuando cuentan con familiares que residen en España. La realidad de cierto grado de relativismo cultural está reflejada en el hecho de que se trata de «una conducta no proscrita como tal —es decir, en tanto que conducta aislada, al margen de su inclusión en el tipo de otros *delicta iuris gentium* como los crímenes de lesa humanidad o la tortura— por tratado universal alguno de Derecho internacional penal» (GARRIDO MUÑOZ, A., «Crónica sobre la aplicación judicial del Derecho internacional público (enero-junio de 2013)», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, junio de 2013, núm. 25, p. 11). No puede olvidarse que la MGF está envuelta en dichos países de tabúes y que rige en ellos un pacto de silencio sobre su práctica (véase SEQUI, A.; TOURAY, I. y PIRNIELLA, Z. (coords.), «La erradicación de la mutilación genital femenina. Enfoques y perspectivas desde la cooperación internacional para el desarrollo», O'DAM ONGD, Oviedo, 2013, pp. 60 y ss., disponible en: http://www.mujeresparralasalud.org/IMG/pdf/ERRADICACION_MGF_ODAM13.pdf). En este sentido, la aplicación correcta del art. 23.4 LOPJ exige el refuerzo de medidas educativas que lleguen más allá de nuestras fronteras.

Jessica ALMQVIST
Universidad Autónoma de Madrid

3.10. Libertad religiosa. Velo integral

DERECHOS HUMANOS.—Libertad religiosa.—Prohibición del velo.— Jurisprudencia del TEDH.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 7.^a), de 14 de febrero de 2013 (ROJ: STS 693/2013). Ponente: Vicente Conde Martín de Hijas.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079130072013100034.

1. Las abundantes referencias que en esta sentencia se encuentran a la jurisprudencia emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa a la delimitación del contenido de la libertad religiosa, tanto a través de su núcleo obligacional como de las limitaciones a éste aplicable, justifican el análisis de esta sentencia, donde el Tribunal Supremo se pronuncia, por primera vez, sobre la legalidad de la regulación y prohibición por parte de los entes locales del porte del velo integral por mujeres en lugares públicos. En concreto, el alto tribunal se pronunciaba sobre la casación solicitada por la Asociación Watani por la Libertad y la Justicia de la sentencia de 14 de junio de 2011 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo) que afirmó la validez del Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Lleida de 8 de octubre de 2010, en virtud del cual se aprobaba la modificación de diferentes Ordenanzas y Reglamentos municipales que podía derivar en ciertas limitaciones del uso del velo integral en espacios públicos municipales y transporte urbano. Una casación que repercutió en otras regulaciones locales similares (como las que se aprobaron en Tarragona, Cunit y El Vendrell en Tarragona; Mollet del Vallès y Santa Coloma de Gramanet en Barcelona; o Coín en Málaga) y que ha estado en el origen de diversas iniciativas legislativas que se han sucedido tras su adopción.

2. Nos referimos, a nivel autonómico, a la proposición de modificación de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa, presentada por el partido político de la oposición, Ciutadans, en aras de «la seguridad pública y el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad Individual», y rechazada a finales de abril («El Parlament rechaza prohibir el burka», *La Vanguardia*, 24 de abril de 2013, <http://www.lavanguardia.com>), así como al anuncio del Consejero de Interior de la Generalitat de Cataluña, del partido político Convergència i Unió, de una iniciativa legislativa que prohibía el uso del velo integral en espacios públicos por motivos de seguridad pública, basándose en la competencia otorgada por el art. 164 del Estatuto de Autonomía (Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del mismo) («La Generalitat prohibirá por ley el uso del “burka” en los espacios públicos», *El País*, 3 de julio de 2013, <http://elpais.com>).

3. Por lo que se refiere a la sentencia estudiada, el planteamiento abordado por nuestro Tribunal Supremo ha consistido en considerar el polémico tema de la limitación o prohibición del uso del velo integral como posible expresión de la libertad religiosa y hacerlo en relación con su diálogo respecto de la perturbación a la tranquilidad o al ejercicio de derechos legítimos, el mantenimiento de la seguridad y el orden público, así como con el principio de igualdad entre mujeres y hombres.

4. La trascendencia actual del tema motivó que el Tribunal Supremo, antes de entrar en la valoración de la casación, realizase una consideración general de la cuestión de los atuendos religiosos contemplando tres aspectos (FJ 2). El primero fue la

referencia global del problema genérico del uso de estas vestimentas, donde, aunque el alto tribunal precisó que no estaba referido sólo a mujeres, las menciones hechas versaron exclusivamente sobre el velo, integral o no, prenda ligada a la mujer islámica y no a toda su comunidad. El marco de estas alusiones vino conformado por las citas a la acción de protección regional y universal referidas al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para poner de manifiesto que no había jurisprudencia sobre el velo integral, que las sentencias relacionadas no venían referidas a prohibiciones generales y que no existía consenso jurídico entre los Estados (Decisión en el caso *Dahlab c. Suiza*, de 15 de febrero de 2001; SSTEDH, caso *Leyla Sahin c. Turquía*, de 29 de junio de 2004, y sobre el mismo caso por Gran Sala de 10 de noviembre de 2005; caso *Kervanci c. Francia*, de 4 de diciembre de 2008, y caso *Ahmet Arslan y otros c. Turquía*, de 23 de febrero de 2010); las decisiones del Comité de Derechos Humanos, para indicar que el porte de atuendos religiosos se considera dentro de la libertad de manifestación de la propia religión y su limitación puede constituir una violación del art. 18.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Dictamen, caso *Hudoyberganova*, de 5 de noviembre de 2004); o a la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, para recordar su recomendación de no establecer prohibiciones generales del velo completo o ropa religiosa y la posibilidad de establecer restricciones a la libertad de elección de las mujeres [Recomendación 1927(2010) sobre Islam, Islamismo e Islamofobia en Europa, de 23 de junio de 2013]. A escala nacional, a su vez, las menciones se hicieron de forma comparada y, en concreto, a las Constituciones francesa y turca, así como a la Ley adoptada en Francia el 11 de octubre de 2010, y a la adoptada en Bélgica el 1 de junio de 2011, y en relación con nuestro país, citándose la moción de alcance nacional, aprobada en sesión de 23 de junio de 2010 (BOCG. Senado, Serie 8, núm. 484, de 21 de junio de 2010), y la de alcance autonómico catalán, de 5 de abril de 2011. Quizá lo más significativo en este apartado sea que el tribunal justificó cualquier posible diferencia en el tratamiento habido respecto de Francia, Turquía o, incluso, Bélgica, bien por la consagración constitucional del carácter laico del Estado en los dos primeros, ahondando en la distinción con el carácter aconfesional y dejando traslucir que en este último las manifestaciones religiosas deberían ser en mayor medida preservadas, bien en la adopción de una ley en el caso galo y belga.

5. Los otros dos aspectos tratados previamente fueron la consideración global del sentido de los preceptos de la Ordenanza municipal y la delimitación del sentido propio de la sentencia. Uno para señalar que, aunque las modificaciones practicadas a las Ordenanzas iban también dirigidas a otras situaciones (p. ej., pasamontañas, casco integral y otras vestimentas o accesorios que impidiesen o dificulten la identificación y comunicación visual de las personas), la prohibición del velo integral era realmente el objetivo principal y último de la modificación practicada por las Ordenanzas (extremo éste que, por lo demás, no parece suficientemente probado). El otro para afirmar que nada de lo dicho en esta sentencia supone un pronunciamiento sobre la constitucionalidad o no de una posible futura ley que pudiera prohibir el uso de este atuendo. Extremo sobre el que existen bases para la discrepancia, pues algunas de las argumentaciones brindadas a continuación pueden suministrar una idea aproximada sobre cuál sería su posición en ese caso.

6. Tras rechazar las alegaciones de falta de motivación e incongruencia de la sentencia recurrida (FJ 6), la opción fue estudiar la posible incompetencia del Ayuntamiento para regular la prohibición del velo integral en relación con la vulneración de la libertad religiosa, del art. 16 de la Constitución Española y de los requisitos constitucionales para su limitación (FJ 7). Declinada la opción de entrar a valorar si el uso del velo integral es un deber religioso o no y equiparado en todo caso su porte

a la expresión de una ideología (con cita específica de STEDH, caso *Eweida c. Reino Unido*, de 15 de enero de 2013, § 80-81), el tribunal lo consideró dentro del contenido de la libertad religiosa, no tanto como un contenido accesorio, y se centró en la abundante jurisprudencia que, a nivel constitucional, impone la necesidad de ley para la limitación de los derechos humanos y libertades fundamentales y la imposibilidad de sustituirla por otra fuente normativa. La argumentación del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de que este requisito, de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH, puede verse satisfecho con textos de rango infralegislativo (léase, una Ordenanza, SSTEDH, caso *De Wilde, Ooms y Versyp c. Bélgica*, de 18 de junio de 1971, caso *Kruslin c. Francia*, de 24 de abril de 1990, y casos *Dahlab c. Suiza*, *Leyla Sahin c. Turquía* y caso *Kervanci c. Francia*, ya citados), fue rechazada en casación por considerar que la única jurisprudencia de referencia a ser contemplada debía ser la constitucional, reforzando su decisión en la sentencia del caso *Leyla Sahin* (2004, § 100-101), en la que el TEDH dejaba a salvo los parámetros constitucionales nacionales, en la Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, de 30 de noviembre de 2000, la cual «no cabe sustituir» por la referencia a la jurisprudencia del TEDH, y en el art. 53 del Convenio Europeo y su cláusula «sin perjuicio de», en lo que viene a ser una peculiar interpretación de la misma (FJ 10). Todo lo cual llevó a la conclusión de que había habido una extralimitación competencial por parte del Ayuntamiento y a la apreciación de este motivo de casación.

7. Siendo la argumentación expuesta suficiente para casar la sentencia previa y anular el acuerdo del ente local, a continuación se procedió a analizar la validez de los fines pretendidos por las modificaciones recogidas en la Ordenanza, para verificar si caerían dentro de las posibles limitaciones previstas en el art. 9.2 del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, no sin antes insistir en que ello no suponía pronunciamiento alguno sobre una futura acción legislativa, pues ello podría suponer una vulneración de la división de poderes (FJ 10). De este modo, se afirma que la alegada perturbación de la tranquilidad que supone el ocultamiento del rostro en las tareas cotidianas adolece de constatación suficiente por ser sólo de carácter sociológico. Además, aún en caso de quedar ésta probada, se afirma que el Ayuntamiento no podría proceder a la limitación concernida pues ello iría contra la jurisprudencia del Tribunal Europeo que afirma el deber del Estado de conciliar los intereses de diversos grupos y garantizar el respeto de todas las creencias (la cita fue a la sentencia en el caso *Leyla Sahin*, 2005, §106-108). Un razonamiento que cabe preguntarse si también habría sido esgrimido si en las nuevas reglamentaciones sólo se hubiera hecho mención a otras vestimentas que dificultasen la identificación y comunicación visual, pues éstas desde un principio quedaron al margen del pronunciamiento del Tribunal Supremo aun cuando las mismas pueden responder a una ideología no religiosa.

8. A su vez, las alegaciones de alteración de la seguridad y el orden público fueron rechazadas con el mismo carácter sumario y falta de desarrollo que justificó su no acogida, no sin por ello dejar de recordar que según nuestra Constitución el orden público también viene conformado por el respeto de la libertad religiosa. En cuanto a la posible limitación por proteger los derechos y libertades ajenos, el tribunal rechazó su acogida por no verse en este caso afectados los derechos y libertades de terceros sino los de la persona afectada.

9. La finalidad relacionada con la necesidad en una sociedad democrática, por su parte, mereció una mención «especial» y fue también rechazada. Ligada en su análisis al principio de igualdad de mujeres y hombres, el tribunal consideró que era fundamental tener en cuenta el hecho de que el burka puede ser llevado voluntariamente,

sin que se pueda presumir coacción al respecto, siendo lo imperioso el arbitrio de mecanismos que garanticen el porte de la vestimenta que se desee y la reacción frente a la imposición por parte del poder público. Aspecto este último que nos lleva a plantearnos cuáles son los mecanismos que los Ayuntamientos poseen para atender a las mujeres rebeldes que no quieran portarlo y que sean repudiadas por su familia o comunidad más allá de los vinculados a la violencia de género, muy mermados de por sí por la crisis patriarcal económica y social que vivimos. Asimismo, se argumentó que el principio de igualdad se veía incluso amenazado por la prohibición en la medida en que ello podía generar el enclaustramiento de la mujer en su entorno inmediato. Este tipo de consideraciones llevan a pensar que, quizá, el alto tribunal en cierta medida sí es consciente de que el velo integral tiene algún efecto en la libertad de elección de la mujer. Ello porque, si se prohíbe el velo integral y la mujer, ante la imposibilidad de hacer efectiva la posibilidad de portar esta vestimenta en un servicio municipal, decide libremente no salir a la calle en lo que sería un autoejercicio de clausura, resulta difícil entender que ello sea interpretado como la perniciosa causa que provoca un enclaustramiento y una incidencia en la discriminación de estas mujeres por no fomentar su integración, cuando el hecho de que el velo integral sólo esté previsto a nivel religioso para las mujeres ya podría ser interpretado de por sí una forma de discriminación que dificulta la integración. Y en esta línea abunda el hecho de que, tras tan ferviente defensa de la posible vulneración del principio de igualdad derivada de la prohibición del velo integral en espacios municipales, se entienda que la facultad de un conductor de transporte público de exigir la identificación y, por tanto, la retirada de dicho velo para verificar la ausencia de fraude en el uso de tarjetas de tarifa social o precio reducido no supone limitación alguna del ejercicio del derecho de libertad religiosa, ni regulación de ésta requerida de norma de rango de ley, desestimándose el recurso en este extremo relativo a la modificación del Reglamento del Servicio de Transportes Urbanos de Viajeros (FJ 11).

Finalmente, en lo que a esta sentencia se refiere, el Tribunal Supremo desestimó la «infracción de los artículos 10 de la Constitución Española y 23 de la Ley Electoral y de la Directiva Comunitaria 92/100 CE», por alegación inicial en esta instancia, aclarando que, en todo caso, la cuestión de la participación electoral era una incidencia (indirecta) de la limitación (directa) del derecho de libertad religiosa (FJ 13).

10. Interpuesto incidente de nulidad contra esta sentencia por el Ayuntamiento de Lleida, el Tribunal Supremo desestimó el mismo [Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 29 de abril de 2013 (ROJ: ATS 3664/2013). Ponente: Vicente Conde Martín de Hijas]. La primera alegación rechazada fue la de vulneración del art. 24.1 CE por el desplazamiento «de forma injustificada e irrazonable» del debate desde la finalidad de la modificación de las Ordenanzas de ordenar el uso de los equipamientos municipales y la prestación de los servicios municipales con base en el mantenimiento del orden público y la garantía de la convivencia ciudadana a la de la regulación de la libertad religiosa. El motivo, la falta de rigor en el planteamiento y la actitud distorsionadora del sentido de la sentencia, pues en la misma no se atribuyó al Ayuntamiento el deseo de regular la libertad religiosa, sino la vulneración de ésta con el acuerdo adoptado. Argumentación del Tribunal Supremo donde, por cierto, se vuelve a insistir en que el objetivo principal de la prohibición de las Ordenanzas concernidas era el del uso del velo integral, y no su tratamiento en igualdad con cualquiera de los otros supuestos. A su vez, la alegación de violación del mismo precepto constitucional por errores e incongruencia en la sentencia, al haber exigido la categoría de Ley para la regulación de la prohibición, pero admitido el rango de ordenanza en lo que respecta al transporte de viajeros, fue rechazada por distorsio-

nadora, insistiéndose en la diferenciación que el tribunal realizó entre la prohibición de portar el velo integral y la necesidad de identificación. Por último, el motivo de vulneración del art. 24 CE en relación con el art. 9.2 del Convenio europeo, en el cual se volvió a plantear la cuestión de la libertad de las mujeres y el principio de igualdad, fue desestimado por inconsistencia jurídica del planteamiento de la parte recurrente.

11. Cabe plantearse, no obstante, si, dadas las novedades legislativas señaladas al principio de este comentario, será éste el último pronunciamiento judicial que se produzca sobre este acuerdo del Ayuntamiento leridano, pues han sido diversas las ocasiones en que su alcalde ha dejado abierta la posibilidad de llevar la cuestión ante el Tribunal Constitucional («El Ayuntamiento de Lleida pide anular la sentencia que “tumba” la prohibición del burka», *La Vanguardia*, 2 de abril de 2013, <http://www.lavanguardia.com>).

Eva María RUBIO FERNÁNDEZ
Universidad de Murcia

3.11. Contaminación acústica: tráfico aeroportuario

DERECHOS HUMANOS.—Derecho a la integridad física y moral, a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio.—Ruido.—Derecho aplicable: art. 8 CEDH y Ley de navegación aérea 5/2010, de 17 de marzo.

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1.ª), de 25 de febrero de 2013 (ROJ: SAN 1498/2013). Ponente: Fernando de Mateo Menéndez.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079230012013100149.

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1.ª), de 4 de marzo de 2013 (ROJ: SAN 1516/2013). Ponente: María Luz Lourdes Sanz Calvo.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079230012013100154.

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1.ª), de 8 de marzo de 2013 (ROJ: SAN 1502/2013). Ponente: Fernando de Mateo Menéndez.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079230012013100152.

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1.ª), de 11 de marzo de 2013 (ROJ: SAN 1367/2013). Ponente: Javier Bermúdez Sánchez.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079230012013100136.

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1.ª), de 14 de marzo de 2013 (ROJ: SAN 1515/2013). Ponente: María Luz Lourdes Sanz Calvo.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079230012013100153.

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1.ª), de 15 de marzo de 2013 (ROJ: SAN 1499/2013). Ponente: María Nieves Buisán García.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079230012013100150.

1. Se recogen a continuación seis sentencias dictadas por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional entre los días 25 de febrero y 15 de marzo de 2013. Estas Sentencias dan respuesta a los recursos contencioso-administrativos interpuestos por varios vecinos de una urbanización de Paracuellos del Jarama que, desde 2003, y como resultado de la ordenación del tráfico del aeropuerto de Barajas, se han visto afectados por los ruidos de los aviones en sus operaciones de aterrizaje y despegue.

2. Los recurrentes afirman verse obligados a soportar unos niveles de ruido superiores a los marcados por la propia AENA, inexistentes cuando adquirieron su vivienda. Estas inmisiones acústicas infringen de manera flagrante su derecho fundamental a la intimidad del domicilio familiar. En consecuencia, ejercieron acción de responsabilidad contra AENA y el Ministerio de Fomento por daños personales y materiales causados en vivienda de su propiedad. Esta reclamación fue desestimada por Resolución del Ministerio de la Presidencia de 29 de marzo de 2010, contra la que interpusieron los recursos contencioso-administrativos que están en el origen de estas sentencias.

3. Éstas comparten idéntico fallo desestimatorio y similar motivación. Por lo demás, la Sala se refiere, para citarla in extenso, a su Sentencia de 20 de diciembre de 2012, sobre un supuesto semejante, referido a otra reclamación de responsabilidad patrimonial efectuada por vecinos de la misma urbanización en relación con los citados ruidos.

4. Un elemento fundamental en la argumentación de los recurrentes es la jurisprudencia del TEDH que declara que el sometimiento a unos ruidos prolongados, insoportables y evitables puede suponer la vulneración del derecho a la vida familiar en el domicilio recogido en el art. 8 del CEDH (entre otras, sentencia *Moreno Gómez*, de 16 de noviembre de 2004). Los recurrentes añaden, con razón, que esta doctrina fue recogida por el Tribunal Supremo en su sentencia de 13 de octubre de 2008, que estimó la vulneración del derecho a la intimidad domiciliaria y, por consiguiente, «el derecho a la indemnización de los daños sufridos por los habitantes de la Ciudad Santo Domingo, como consecuencia de las maniobras de aterrizaje de la pista 18R del Aeropuerto de Barajas, cuando opera en configuración Sur». Frente a los referidos argumentos, la Sala opone los siguientes:

a) La STEDH *Hatton y otros c. Reino Unido*, de 8 de julio de 2003, según la cual en los casos relativos al ruido derivado de los grandes aeropuertos también debe tomarse en consideración «el equilibrio entre los intereses en conflicto de las personas y de la comunidad en su conjunto». Esta razón llevó al TEDH, en un caso similar al presente, a considerar razonable presumir que esos vuelos (nocturnos) contribuyen, por lo menos en cierta medida, a la economía general.

b) El principio del justo equilibrio exige la ponderación de diversos parámetros: la lesión sufrida por los particulares (especialmente cualificada al tratarse de vuelos nocturnos y, por tanto, afectar al sueño); el valor que para la economía nacional representa el aeropuerto, en general, y los vuelos nocturnos, en particular; las medidas adoptadas por los poderes públicos para garantizar los derechos de los afectados, teniendo en cuenta y ponderando aquella valoración con los derechos de los ciudadanos afectados; y la discrecionalidad con que cuenta todo Estado para determinar qué medidas son las apropiadas para salvaguardar los referidos derechos, así como la forma en que tales medidas deben aplicarse.

c) La nueva redacción del art. 4 de la Ley de Navegación Aérea (Ley 5/2010, de 17 de marzo, por la que se modifica la Ley 48/1960, de 21 de julio), referido al derecho de

los dueños u ocupantes de bienes subyacentes a ser resarcidos por los daños y perjuicios que les cause la navegación aérea realiza la obligada ponderación entre los parámetros señalados. Según afirma la sentencia, la regulación que el art. 4 de la LNA hace de los eventuales perjuicios ocasionados por la navegación aérea, se realiza a tenor del esencial principio del justo equilibrio y «parte de que los aeropuertos de interés general son vitales para la economía nacional (elemento clave para el desarrollo de la economía y el empleo), y obliga al Estado, al mismo tiempo, a garantizar una serie de medidas a las poblaciones circundantes, derivadas del respeto los objetivos de calidad acústica, incluidas las correspondientes medidas correctoras (servidumbres acústicas, plan de acción asociado, mapa de ruido). Medidas y garantías que se desarrollan pormenorizadamente, respecto del aeropuerto de Madrid-Barajas, en la Orden 231/2011, de 13 de enero». Pues bien, precisamente en aplicación de este precepto y probado que los niveles sonoros soportados por los recurrentes cumplen los objetivos de calidad acústica previstos en la normativa aplicable, la Sala desestima los recursos planteados.

Santiago RIPOLL CARULLA
Universidad Pompeu Fabra

3.12. Aplicación e interpretación del Convenio de Montreal para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional

APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN DE TRATADOS INTERNACIONALES. — Interpretación teleológica.— Interpretación de tratados autenticados en diversos idiomas.— Tratados sobre la misma materia.— Relación entre Derechos internos y Derecho internacional.— Precepto aplicado: art. 35 del Convenio de Montreal de 1999.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28.^a, Civil), de 8 de febrero de 2013. Ponente: Pedro María Gómez Sánchez.

1. La sentencia analizada, pese a su brevedad, reviste interés en cuanto a cuestiones relativas a los criterios de interpretación de los tratados internacionales y a las tensiones entre el Derecho internacional y los Derechos internos. Puede afirmarse que así como las relaciones internacionales nunca serán perfectas y ello se verá reflejado en problemas del Derecho internacional (CASSESE, A., *Realizing Utopia: the Future of International Law*, Oxford, OUP, 2012, p. xxi), siempre habrá dificultades relacionadas con aquellas tensiones y criterios de interpretación, por lo cual a pesar de ser estudiados numerosas veces tienen constante importancia.

2. La sentencia estudiada se ocupa de examinar en sede de apelación el recurso interpuesto por la parte demandante contra una sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Madrid de 29 de abril de 2008, que desestimó las pretensiones del demandante, quien había solicitado indemnización por pérdida de equipaje, gastos que tuvo que sufragar, y por concepto de daño moral. La Audiencia Provincial desestimó el recurso, amparándose al igual que el tribunal de primera instancia en el art. 35 del Convenio de Montreal para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional.

3. En breves palabras, el problema jurídico del que se ocupa la sentencia consiste en la determinación de si el plazo de dos años mencionado en el art. 35 del Convenio de Montreal para la interposición de reclamaciones indemnizatorias es susceptible de suspensión o no. Para dilucidar esta cuestión, la sentencia cita extensivamente

una decisión previa que emitió el 22 de junio de 2011, en la que se examina el artículo mencionado a la luz de diversos criterios hermenéuticos, que se manejan con distinto rigor sin ser identificados expresamente.

4. Curiosamente, si bien el tratado en cuestión vincula a España desde el 28 de junio de 2004 (véase el *BOE* núm. 122, de 20 de mayo de 2004), como ha sido mencionado por Asier GARRIDO MUÑOZ («Crónica sobre la aplicación judicial del derecho internacional público en España», *REEI*, 2013, núm. 25, p. 8), el caso no encaja en el ámbito de aplicación del Convenio de Montreal. En este sentido, debe decirse que el vuelo que origina la controversia transcurrió entre Madrid e Ibiza, sin que se mencione la realización de escala alguna en un Estado distinto al español. Según el art. 1 del Convenio de Montreal, el mismo está llamado a aplicarse «a todo transporte internacional de personas, equipaje o carga efectuado en aeronaves, a cambio de una remuneración», entendiéndose que el transporte es internacional si el origen y el destino están ubicados en diversos Estados o si se realiza una escala en el territorio de otro Estado. El Convenio de Varsovia para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional de 1929, que también se examina en la sentencia, tiene el mismo criterio de aplicación, por lo que tampoco sería aplicable, como se puede concluir al leer su art. 1.

5. Evidentemente, la anterior consideración supone de entrada que el caso se estudió a la luz de una norma que no era la apropiada *ratione materiae* y *loci* para la resolución del caso. Este factor sirve de excusa para examinar algunas consideraciones que han sido realizadas por el profesor Antonio Remiro Brotóns (*Derecho Internacional*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007, pp. 579-581): como paso previo a la interpretación del Derecho internacional es imprescindible determinar qué normas son aplicables al caso y oponibles a las partes implicadas; y aunque ciertamente hay eventos en los que resulta difícil identificar si hay normas aplicables a un caso, como ocurre con muchas normas consuetudinarias y actos unilaterales, en el caso estudiado no se advierte dificultad alguna, pues la regulación del ámbito de aplicación del Convenio es meridiana y no reviste mayor dificultad.

6. En gracia de discusión, conviene analizar la forma en que la Audiencia Provincial analizó el art. 35 a la luz de los criterios de interpretación de los tratados internacionales previstos en los arts. 31 y siguientes de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Como se apuntó líneas atrás, en primer lugar destaca el hecho de que la sentencia maneja distintos criterios hermenéuticos pero en muchos casos no los identifica de forma expresa. No obstante, es claro de qué criterios se ocupa el órgano judicial y es fácil identificarlos por separado.

7. En primer lugar, debe mencionarse que el debate examinado en la sentencia se debe en parte al estudio de una supuesta divergencia entre la regulación para interponer reclamaciones de indemnización prevista en el Convenio de Montreal con aquella del Convenio de Varsovia.

8. La Audiencia examina el argumento según el cual el hecho de que, a diferencia del Convenio de Varsovia (sobre el que prevalece, véase el art. 55), el Convenio de Montreal no hace mención alguna a un plazo de caducidad, indicaría que el plazo del Convenio de Montreal es uno de prescripción, susceptible de suspensión. Sin embargo, la Audiencia manifiesta su desacuerdo con el anterior argumento con base en diversos argumentos persuasivos.

9. En primer lugar, debe destacarse que la Audiencia Provincial sostiene que la diferencia entre los distintos tratados analizados es aparente, debido a que si bien es cierto que entre las versiones oficiales en castellano de los tratados hay una diferencia

relacionada con la aparición del término caducidad en un tratado, ausente en el otro, la versión inglesa de los dos tratados no muestra tal diferencia. Incluso, el órgano judicial señala que la redacción en castellano del nuevo Convenio se ha «adaptado a la versión inglesa, evitando las diferencias entre ambas versiones [...] existentes bajo la vigencia del Convenio de Varsovia».

10. En consecuencia, según el argumento que emplea la Audiencia Provincial no existe en realidad diferencia entre la regulación sobre plazos de los dos Convenios. Sobre este análisis, únicamente debe añadirse desde un punto de vista crítico la observación de que el órgano judicial se limita a contrastar dos de los idiomas en los que se han autenticado los tratados que examina. Desde un punto de vista extrajurídico, es posible decir que ello suele deberse en la práctica al desconocimiento de la multiplicidad de idiomas en los que están autenticados los tratados y al hecho de que hoy día es innegable que el inglés es la lengua franca (lo cual ofrece ciertamente múltiples ventajas); pero debido al imperativo del art. 33 de conciliar el sentido sobre normas convencionales que indiquen diversas versiones lingüísticas teniendo en cuenta todas aquellas versiones (salvo si las partes acuerdan sobre la prevalencia de una de ellas), es menester que en casos como el estudiado se contrasten los distintos idiomas estudiados, especialmente porque es posible que haya sutilezas lingüísticas o términos que existan en unas lenguas y no en otras, lo que hace imprescindible la comparación de todas ellas en la práctica. Únicamente cabe añadir que los idiomas en los que se autenticó el Convenio de Montreal fueron el «español, árabe, chino, francés, inglés y ruso, siendo todos los textos igualmente idénticos».

11. Aparte de consideraciones relativas a los múltiples idiomas oficiales del tratado que examina, la Audiencia Provincial indica con muy buen criterio que argüir que mientras el Convenio de Varsovia se ocupa de un plazo de caducidad el Convenio de Montreal vislumbra un plazo de prescripción, y sostener en consecuencia que debido a que el Derecho español regula aquellos dos tipos de plazos de forma diversa el caso concreto debería ser resuelto teniendo en cuenta aquella distinción, es problemático y erróneo. Según el órgano judicial, interpretar «un Convenio internacional conforme a parámetros internos [...] no es aceptable»; y en la sentencia se ofrece un argumento de peso, en el sentido de que una norma internacional aplicable a distintos Estados no puede ser interpretada «adaptándola al derecho interno» de uno de ellos, sino que debe ser analizada según criterios hermenéuticos de Derecho internacional.

12. Evidentemente, esta opinión es no sólo sensata sino acertada desde el punto de vista del Derecho internacional, y como es lógico las normas de este ordenamiento jurídico ciertamente deben interpretarse de conformidad con sus propios criterios, que en el caso examinado corresponden a los que recoge la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados debido a que las normas examinadas son convencionales. Más aún, preceptos como el art. 3 del Proyecto de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos de 2001 confirman la necesidad de interpretar y aplicar las normas de Derecho internacional con arreglo a este ordenamiento jurídico y no con base en consideraciones o normas de derecho interno.

13. Ahora bien, no con el ánimo de criticar la sentencia sino con el propósito de aprovechar la oportunidad del análisis de esta cuestión para discutir el tema, puede añadirse que el hecho de que en la práctica la separación entre los Derechos interno e internacional no sea absoluta, toda vez que incluso en los sistemas dualistas los actores jurídicos y las normas pueden interactuar formal o informalmente con aquellas del Derecho internacional, hace que en la práctica haya situaciones algo más

complejas. Por ejemplo, ordenamientos jurídicos internos sin recepción automática pueden disponer que el contenido del Derecho internacional recogido por normas internas sea estudiado a la luz de criterios interpretativos internos. Si bien esto sucede desde la perspectiva interna, ello suele ser inconveniente a la luz de las relaciones internacionales, y una interpretación conforme a criterios internos contraria a la que ofrecerían criterios hermenéuticos internacionales puede generar la responsabilidad internacional del Estado en cuestión.

14. Adicionalmente, hay supuestos en los que las normas internacionales hacen una remisión expresa o implícita a consideraciones jurídicas internas, aunque con sujeción a criterios y límites internacionales, como sucede por ejemplo con la noción de ley en el sistema europeo de protección de los derechos humanos. Por ejemplo, en su sentencia de 26 de abril de 1979 en el caso *Sunday Times c. Reino Unido*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que siempre y cuando sean accesibles y previsibles, las regulaciones del Derecho no escrito también satisfacen la condición de que ciertas medidas restrictivas sean adoptadas con arreglo a «leyes», pues de lo contrario se atacarían los fundamentos jurídicos de los Estados con sistemas de *common law* y se podrían menoscabar sus prerrogativas en su territorio (véanse párrs. 46-49 de la sentencia).

15. En todo caso, debe rescatarse la consideración de la Audiencia Provincial, especialmente porque la lógica que sigue concuerda con la idea de que aplicar las normas internacionales a la luz de criterios internos puede permitir ignorar sutilmente las exigencias del Derecho internacional. Al respecto, es pertinente decir que no sólo está prohibido el incumplimiento o desafío abierto de normas primarias o secundarias de Derecho internacional con base en la aplicación del Derecho interno, como por ejemplo se indica en los arts. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 y 32 de los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos de 2001, sino que adicionalmente tampoco es jurídicamente admisible una falsa y aparente aplicación del Derecho internacional que se realiza de forma exclusiva o preponderante con base en una interpretación del mismo a la luz de criterios internos, debido a que los mismos pueden diferir de los internacionales y su aplicación puede llevar a la falta de aplicación armónica de las normas que vinculan a los diversos sujetos del derecho de gentes.

16. Por ello, merece resaltarse que la Audiencia Provincial cite decisiones judiciales que confirmen estas consideraciones y tienen en cuenta por éstos y otros motivos el criterio teleológico de la interpretación de los tratados internacionales. Al respecto, por ejemplo, cita una decisión judicial estadounidense en la que se afirma que las suspensiones del plazo previsto en el Convenio de Montreal serían «contrarias al objetivo de la política de la Convención [...] de lograr la uniformidad de las normas que rigen las demandas del transporte aéreo»; y además cita una decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la que se menciona que:

«[E]l objeto del Convenio de Montreal es unificar [...] reglas [...] y sus términos deben ser objeto de una interpretación uniforme y autónoma, no obstante los diversos sentidos que se dan a los conceptos en los Derechos internos de los Estados Partes en dicho Convenio».

17. Aparte de aquellas, la Audiencia Provincial cita otras decisiones judiciales, lo que supone un ejercicio sensato de comparación de la forma en que otros órganos han resuelto controversias sobre normas internacionales, algo que hacen otros órganos judiciales y cuasi-judiciales nacionales e internacionales en su práctica. Con todo,

debe añadirse que este tipo de estudio comparado por lo general no es vinculante, salvo si el Estado cuyos jueces examinan un asunto está vinculado por una decisión judicial internacional que analiza, aunque incluso en este evento si bien existe una obligación de cumplir la sentencia en cuestión perdura la facultad de diferir de sus argumentos y criticarlos. Esto se debe a que es posible que se modifiquen en un futuro los criterios jurisprudenciales del órgano internacional en cuestión, dada la ausencia de *stare decisis* en el Derecho internacional actual (JACKSON, J. H., *Soberanía, la OMC y los fundamentos cambiantes del Derecho internacional*, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, Marcial Pons, 2009, pp. 254-260); y a que es posible que los órganos internos interactúen con los internacionales en la práctica del derecho de gentes e influyan en su práctica, por lo general de forma informal (véase CARRILLO SANTARELLI, N. y ESPÓSITO MASSICCI, C., «The Protection of Humanitarian Legal Goods by National Judges», *EJIL*, vol. 23, 2012, p. 90).

18. Una discusión ilustra las anteriores ideas: mi desacuerdo con la opinión manifestada por el juez Eduardo Ferrer de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien en su voto razonado a la resolución de la Corte del 20 de marzo de 2013 manifestó que incluso los Estados que no sean parte en una controversia resuelta por la Corte pero tengan obligaciones basadas en las normas que aplica están vinculados por su interpretación de las normas, debido a una supuesta eficacia objetiva de las interpretaciones de la Corte que vincularía indirectamente a todos los Estados Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Mi desacuerdo se debe a que aparte de que la propia jurisprudencia de la Corte puede ser modificada dada la ausencia de *stare decisis* (quizás incluso como respuesta a reacciones de los Estados y otros actores), los Estados Parte de la Convención que no han reconocido la competencia contenciosa de la Corte no pueden ser obligados a asumir que la interpretación de la Corte sobre artículos de la Convención equivale a dichos artículos; y adicionalmente porque la aplicación del principio *pro personae* mencionado por el juez no puede darse tan sólo para aplicar normas de manera más favorable en comparación con la concepción de aquél u otros órganos judiciales, sino inclusive en el supuesto hipotético en el que ellos asuman una interpretación contraria a los mismos derechos humanos u otras normas internacionales, por ejemplo revelada posteriormente por avances científicos o por otros medios, siendo ésta una posibilidad real dada la eterna falibilidad humana.

Nicolás CARRILLO SANTARELLI
Universidad Autónoma de Madrid

3.13. Bombardeos de la aviación italiana sobre Barcelona en 1938

JURISDICCIÓN UNIVERSAL.—Crímenes de guerra.—Crímenes de lesa humanidad.—Principio de legalidad.—Imprescriptibilidad.—Preceptos aplicados: Derecho de La Haya (Convenios de 1899 y 1907), cláusula Martens y arts. 607 bis y 608 CP.

Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 10.^a, Penal), de 22 de enero de 2013 (ROJ: AAP B 2/2013). Ponente: Carmen Sánchez-Albornoz Bernabé.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 08019370102013200001.

1. El presente auto de la Audiencia Provincial de Barcelona merece ser destacado no sólo por las extensas referencias a normas de Derecho internacional que contiene

sino por el efecto directo que reconoce a algunas de ellas. Además, la incidencia de la aplicación de normas de Derecho internacional es de primer orden, en la medida en que son la única base jurídica que va a permitir a la Audiencia Provincial estimar el recurso de apelación y admitir a trámite la querrela.

2. Este asunto tiene como telón de fondo los bombardeos aéreos ejecutados por la aviación italiana sobre la ciudad de Barcelona entre los días 16 y 18 de marzo de 1938 y que causaron un importante número de muertos y heridos. En la querrela presentada en su día por los ahora recurrentes, se menciona a un total de 21 oficiales del ejército italiano que formaban parte de la «Squadra Legionaria Baleares» que bombardeó la ciudad de Barcelona en marzo de 1938, así como a algunos mandos políticos italianos y españoles (entre ellos Benito Mussolini y Francisco Franco) quienes habrían —presuntamente— pactado y ordenado dichos bombardeos contra la población civil.

3. Tras recordar la competencia de los tribunales españoles, en aplicación del art. 24.1 LOPJ, por haber ocurrido los hechos en España, la Audiencia Provincial centra su análisis en la calificación de los hechos como crímenes de lesa humanidad (art. 607 bis CP) y crímenes de guerra (art. 608 CP). La Audiencia llega a la conclusión de que los hechos pueden ser calificados como tales siguiendo una argumentación —a veces confusa— que pasa por una serie de fases que tienen todas como objetivo último la justificación de la no vulneración del principio de legalidad. En efecto, tras descartar la aplicabilidad de la Ley de amnistía de 1977, la Audiencia pasa a identificar las normas existentes en el momento de los bombardeos para demostrar después que éstas formaban parte del ordenamiento jurídico español en el momento de los hechos, siendo por tanto de aplicación. Por último, hace mención asimismo a la imprescriptibilidad de las acciones llevadas a cabo.

4. En primer lugar, la Audiencia recuerda que la investigación se centra en el ataque a ciudadanos españoles por parte de un ejército extranjero, la aviación italiana. Esta precisión le permite descartar la aplicación de la doctrina contenida en la STS 101/2012, de 27 de febrero de 2012 a este caso (comentada en esta crónica por QUESADA ALCALÁ, C., *REDI*, vol. LXIV, 2012, núm. 2, pp. 185-191) y, de manera general, rechazar la aplicación de la Ley 46/1977, de 15 de octubre de 1977, conocida como Ley de amnistía. En efecto, en su sentencia 101/2012, el Tribunal Supremo interpretó que los arts. 6 y 9 de la Ley de amnistía imposibilitaban tramitar acciones penales entre españoles por hechos acontecidos entre los dos bandos enfrentados en el marco de la guerra civil, es decir entre republicanos y franquistas. Sin embargo, en este caso, tal y como señala la Audiencia, «el contexto histórico es muy diferente, se trata de una actuación de bombardeos sistemáticos llevados a cabo por personas encuadradas en l'Aviazione Legionaria del ejército italiano, que no era parte en el conflicto civil desencadenado en España entre el 18 de julio de 1936 y el 1 de abril de 1939» (FJ 4). Por tanto, para la Audiencia, en este caso, tratándose de militares italianos, no sería de aplicación la doctrina establecida por el Tribunal Supremo en la mencionada STS 101/2012.

5. En segundo lugar, por lo que respecta a la calificación de los hechos como crímenes de lesa humanidad, la Audiencia Provincial sigue tomando como referencia la STS 101/2012 y, en particular, la doctrina allí establecida según la cual «destaca la validez universal de los derechos humanos y su aplicación incluso cuando no aparece su punición en el ordenamiento interno del país, aunque requiere el conocimiento de su vigencia al tiempo de los hechos» (FJ 5). La Audiencia llega a la conclusión de que sí había conocimiento por parte de los autores de los bombardeos sistemáticos y

de carácter exterminador sobre la población civil de que su actuación era contraria a normas vigentes siguiendo la argumentación siguiente:

a) Destaca la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) de 17 de enero 2006, *Kolk y Kislyly c. Estonia*, a la que ya se refirió en su día el Tribunal Supremo en la sentencia mencionada. En efecto, el Tribunal Supremo recurrió a esta conocida sentencia del TEDH con el fin de justificar la no vulneración del principio de legalidad cuando se está juzgando a una persona por un hecho «que en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas» (FJ 5).

b) La Audiencia Provincial se refiere entonces a las normas contenidas en el denominado Derecho de La Haya y en particular a los Convenios de La Haya de 1899 y 1907. Según la Audiencia, y quizás sea ésta su mayor aportación por lo que respecta a la aplicación de normas internacionales en el ordenamiento interno, los bombardeos sistemáticos y de carácter exterminador de la población civil son acciones ilícitas en aplicación del Derecho de La Haya, en vigor cuando acaecieron los hechos en 1938: «[n]inguna duda cabe acerca de si la Convención de La Haya de 1907 estaba vigente en todo el territorio español y era de obligado acatamiento por el Estado italiano de la época fascista» (FJ 5). Por lo que respecta a la aplicabilidad de los preceptos del actual Código Penal a las acciones cometidas en 1938, la Audiencia la justifica de la manera siguiente: «los actuales arts. 607 bis) a 614 introducidos en el Código Penal español por la LO 15/2003 de 25 de noviembre, en realidad no constituyen una incriminación antes inexistente sino que se limitan a convertir en derecho positivo interno aquello que ya estaba recogido como crimen en la legislación internacional desde el año 1907 (Convenio de La Haya), lo que refuerza el criterio de perseguibilidad e imprescriptibilidad establecido en la Resolución 2391/68 de NNUU» (FJ 5).

6. En apoyo de la aplicabilidad del Derecho de La Haya al presente caso, la Audiencia Provincial también recuerda la cláusula Martens según la cual «[m]ientras que se forma un Código más completo de las leyes de la guerra, las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno declarar que, en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del Derecho de Gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública» [preámbulo del (II) Convenio de La Haya de 1899 relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre]. Asimismo se refiere a las menciones que el Estatuto del Tribunal de Nuremberg hace al Derecho internacional consuetudinario, a su primacía sobre el Derecho interno y a su aplicabilidad directa incluso en ausencia de tipificación (FJ 5).

7. En tercer lugar, por lo que respecta a la introducción en el ordenamiento jurídico español de dichas normas internacionales, y en particular el Convenio de La Haya de 1907, la Audiencia se refiere al art. 65 de la Constitución Española de 1931 que afirmaba que «[t]odos los Convenios internacionales ratificados por España e inscritos en la Sociedad de las Naciones y que tengan carácter de ley internacional, se considerarán parte constitutiva de la legislación española, que habrá de acomodarse a lo que en aquéllos se disponga», así como a su art. 7 según el cual «el Estado español acatará las normas universales de derecho internacional, y las incorporará a su derecho positivo».

8. Por último, en cuarto lugar, la Audiencia examina también la cuestión de la prescripción de los hechos ocurridos al haber transcurrido un número importante de años desde los bombardeos de 1938. Se refiere de nuevo a la doctrina del TEDH

y en particular a la sentencia *Kononov c. Letonia*, de 24 de febrero de 2010, y a la reciente sentencia *Janowiec c. Rusia*, de 16 de abril de 2012, con el fin de rechazar la prescripción y reafirmar la imprescriptibilidad de crímenes de esta magnitud y que atentan de pleno contra las garantías y los valores del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

9. Por todos estos motivos, la Audiencia Provincial de Barcelona concluye que el bombardeo indiscriminado de civiles «supone la comisión de crímenes en masa castigados por la ley, por cualquier ley, en todo tiempo y lugar» precisando no obstante que estaban expresamente prohibidos «por la entonces vigente Convención de La Haya» y que además, tratándose de crímenes de lesa humanidad y de crímenes de guerra no estarían prescritos, pudiendo por tanto ser investigados por los Tribunales españoles (FJ 5). Obviamente, tratándose de una sentencia de la Audiencia Provincial, es más que probable que sea recurrida por lo que habrá que seguir los desarrollos de este asunto para ver si dicha argumentación es avalada por instancias superiores. En particular, por lo que respecta a la no vulneración del principio de legalidad, la Audiencia Provincial, aprovechando un caso de internacionalización de un conflicto armado interno, por la intervención del ejército italiano, intenta volver sobre la doctrina asentada en su día por el Tribunal Supremo en su sentencia 101/2012. Recordemos que entonces el Tribunal Supremo rechazó claramente la incorporación de normas consuetudinarias de Derecho internacional penal en el ordenamiento jurídico interno vigente durante la guerra civil española. Habrá que ver si, de llegar de nuevo al Tribunal Supremo, éste varía de alguna manera su doctrina.

Ana PEYRÓ LLOPIS
Universidad Jaume I de Castellón
Universidad de Cergy-Pontoise