

Decisiones de los órganos judiciales españoles en materia de Derecho internacional público*

Juan Jorge PIERNAS LÓPEZ (coord.) [Universidad de Murcia]

José Elías ESTEVE MOLTÓ [Universidad de Valencia]

Irene VAZQUEZ SERRANO [Universidad de Murcia]

I. JURISDICCIÓN UNIVERSAL: LA CONTINUIDAD DE LOS EFECTOS REGRESIVOS DE LA REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA 1/2014 Y EL MANTENIMIENTO Y APERTURA DE ASUNTOS POR DELITOS DE TERRORISMO

La *Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal* ha continuado desplegando sus efectos regresivos. Tanto los asuntos que ya estaban archivados por la Audiencia Nacional (y que en este nuevo periodo ha ratificado el Tribunal Supremo), como aquellos casos que en primera instancia los Juzgados de Instrucción de la AN se negaron a sobreseer, no han podido escapar de los draconianos veredictos del Tribunal Supremo. De nuevo el caso del Tíbet ha sido el detonante de la sentencia paradigmática (TS 296/2015), que ha provocado una reacción en cadena de archivo de causas (Couso, Guantánamo, Flotilla de la Libertad...) que habían resistido el primer embate de la reforma por la existencia de víctimas españolas.

Con todo, el asunto Sáhara ha continuado su instrucción hasta llegar al decreto de ordenes de arresto internacionales contra distintas autoridades militares de Marruecos; y al mismo tiempo, los procedimientos de crímenes internacionales que han podido afianzar la conexión con delitos de terrorismo (de Estado) han continuado con la práctica de diligencias, tras haber acreditado la existencia de víctimas españolas en los asuntos Guatemala, Ellacuría; incluso el caso del genocidio de Ruanda ha proseguido hasta lograr el arresto en el aeropuerto de Heathrow por la Policía Metropolitana de Londres del General Karenzi Karake, aunque lamentablemente tras el pago de una fianza

* La selección se ha referido exclusivamente a decisiones judiciales españolas adoptadas desde el 1 de septiembre de 2014 al 31 de agosto de 2015.

de un millón de libras y la obtención de la libertad condicional, el acusado pudo finalmente regresar a su país tras rechazar la extradición el juez británico el 10 de agosto de 2015.

Aún así, la más relejada regulación del artículo 23.4 LOPJ para delitos de terrorismo incluso ha propiciado, que a instancias del ministerio fiscal se hayan abierto nuevas diligencias previas por parte del Juzgado Central de Instrucción nº 5. El asunto dirigido contra el líder del grupo terrorista «Boko Haram» por violaciones de derechos humanos cometidos en Nigeria ha iniciado su andadura, previa denuncia ante la fiscalía y tras haber constatado la nacionalidad española de una de las víctimas, la religiosa española Sor María Jesús Mayor. Un tímido y titubeante avance que en modo alguno puede contrarrestar los draconianos efectos de la reforma.

**Auto de 15 de diciembre de 2014,
Pleno de la Sala de lo Penal, Audiencia Nacional.**

Sumario 56/2009. Rollo de Apelación 10/2014.

Caso campos de concentración nazis

El Pleno de la Sala de lo Penal presidido por el juez Grande-Marlaska ha acabado por decretar el sobreseimiento y archivo del asunto de los campos de concentración nacionalsocialista de Mauthausen, Sachsenhausen y Flossenbürg, y que se dirigía contra Leprich, Tittjung, Kumpf y Demjanjuk, por haber cometido genocidio, crímenes de lesa humanidad y de guerra. Entienden la mayoría de los jueces que la reforma de la jurisdicción universal no ha violado el Derecho Internacional y que en el presente caso no concurren los nuevos requisitos para poder proseguir con el procedimiento o en su caso con el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad.

Por encima de este más que cuestionable veredicto, destacan por su coherencia y razonada argumentación tres votos particulares, de 13 de enero de 2015, que discrepan rotundamente con la opinión mayoritaria. Los magistrados Ramón Sáez Valcárcel, José Ricardo de Prada Solaesa, Clara Bayarri y Antonio Díaz Delgado, tras recordar y describir la gravedad del holocausto y la presencia de miles de víctimas españolas en estos campos de concentración, invocan el derecho interno e internacional para evitar dejar caer este genocidio en la impunidad. Además se considera que estas víctimas de graves crímenes internacionales quedan en una situación de manifiesta discriminación en relación a las víctimas de otros delitos previstos en el nuevo art. 23.4 LOPJ.

Por lo que concluyen, debiera haberse planteado al Tribunal Constitucional la cuestión de inconstitucionalidad por este y otros tantos motivos (vulneración del principio de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales, principios generales de necesidad, racionalidad y proporcionalidad que en definitiva conculcan el derecho a la tutela judicial efectiva).

**Sentencia 296/2015 de 6 de mayo de 2015,
Pleno, Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.**

Recurso de casación 1682/2014.

Magistrado ponente: *Cándido Conde-Pumpido*. Caso Tíbet

Este veredicto viene a resolver el recurso de casación del caso Tíbet. Debe recordarse que el Juzgado Central de Instrucción número 2, por auto de 25 de marzo de 2014, ordenó la conclusión del sumario y su elevación a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Tras avocarse el asunto al Pleno de la AN, éste por auto de 2 de julio de 2014, acordó «el sobreseimiento y archivo de la presente causa», por mayoría de sus componentes, formulando dos votos particulares, cinco de los magistrados integrantes de la Sala de lo Penal; auto que fue recurrido en casación ante el TS.

En una serie de párrafos introductorios el magistrado ponente Conde Pumpido adelanta ya su nefasto veredicto para las víctimas de crímenes internacionales dando sus bendiciones y aplicando hasta sus últimas consecuencias más estrictas la reforma legal de la L.O. 1/2014. Puede advertirse desde sus inicios una contradicción entre la definición y alcance que debe tener la jurisdicción universal. Por un lado se reconoce que esta jurisdicción universal posee un «*carácter especialmente lesivo para los intereses esenciales de la Comunidad Internacional*» y que en consecuencia «*consiste en el ejercicio de jurisdicción penal por los Tribunales de un determinado país en crímenes internacionales de especial gravedad, sobre la base de la naturaleza del delito sin tomar en consideración ni el lugar donde fue cometido, ni la nacionalidad de su autor.*»

Pero si la gravedad del delito y su carácter universal apuntan a esta excepcional jurisdicción que tiene como bien jurídico protegido a la humanidad en su conjunto, esa misma universalidad decae cuando en el siguiente párrafo se puntualiza que ello «*no significa que estén obligados a extender dicha jurisdicción a personas que se encuentren fuera de su territorio*». Es más la sentencia alude al derecho penal internacional en términos genéricos para concluir que no existe ninguna obligación convencional para que los Estados tengan que perseguir

estos horrendos crímenes internacionales. Llama la atención que la prohibición del genocidio sea una norma de derecho imperativo o de *ius cogens* (como de forma reiterada ha indicado el Tribunal Internacional de Justicia), y que al mismo tiempo no se pongan los medios judiciales oportunos para su consecuente persecución.

En concreto de nuevo en el fundamento de derecho sexto se expresa que «*la lucha contra la impunidad en el Derecho Internacional Penal no puede hacerse a costa de las garantías esenciales del Estado de Derecho.*» ¿Cabría preguntarse para quién y para qué se ha construido ese derecho penal internacional? ¿Para amparar a las víctimas o a los genocidas? ¿Para combatir la impunidad o garantizarla a nuestros socios y aliados económicos y comerciales?

Sorprende también que estando pendiente un recurso de inconstitucionalidad sobre la reforma de la justicia universal admitido a trámite por el Tribunal Constitucional el 23 de julio de 2014, como se ha mencionado, el Tribunal Supremo directamente se pronuncie abiertamente y en consecuencia interfiera en esta cuestión, llegando a conclusiones como la siguiente: «*La reforma de 2014 no es inconstitucional, pues no vulnera el principio de igualdad, ni la interdicción de la arbitrariedad, ni el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.*»

Tras una primera parte a modo de lacerante sumario, la sentencia se adentra en los antecedentes del caso. En su antecedente primero señala que los hechos de la querrela «se ciñen a los supuestos crímenes cometidos como consecuencia de la dominación de la República Popular de China en el Tíbet, y su ocupación militar, entre el período comprendido entre 1950 y 1979.» De nuevo el fundamento de derecho primero insiste que «en este procedimiento se investigaban supuestos crímenes cometidos como consecuencia de la ocupación del Tíbet por la República Popular China, durante el período comprendido entre 1950 y 1979».

A todas luces estas afirmaciones demuestran que en modo alguno los magistrados del Tribunal Supremo, y mucho menos su ponente Conde Pumpido, han llegado a leer la querrela. En la misma se insiste de forma reiterada para evitar vulnerar el principio de legalidad, que más tarde esta misma sentencia invoca, que se denuncian todos aquellos hechos que fueron cometidos únicamente desde el año 1971, pese a que existían pruebas y evidencias concluyentes como distintos informes de la Comisión Internacional de Juristas presentados ante la Asamblea General de la ONU desde los años 50 que eran concluyentes respecto a la comisión de un genocidio contra el pueblo tibetano desde 1950.

Aún así se remarca en la querrela que se escoge la fecha de 1971, ya que el delito de genocidio se incorpora en nuestro derecho interno, tras la ratificación de España de la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio, mediante la ley 44/1971. Así pues desde el 15 de noviembre de 1971, el artículo 137 bis del anterior Código Penal se puede perseguir en nuestro país los actos correspondientes a este delito; extremo que a todas luces ignora esta sentencia del Tribunal Supremo y que a su vez desde el fundamento de derecho noveno se divide en los siguientes apartados conceptuales.

Seguidamente la sección de la sentencia relativa a la evolución legislativa y jurisprudencial de la jurisdicción universal en España, se inicia enunciando que en esta materia en España hemos tenido tres leyes orgánicas que han ido evolucionando. El fundamento de derecho décimo describe la LO de 1985, que a pesar de su clara concepción del carácter absoluto de la jurisdicción universal, el Tribunal Supremo la cuestiona argumentando que *«la norma permitiría deducir que el Legislador, al menos en determinados tipos delictivos, partía del presupuesto implícito de la presencia en España de los responsables»*. Opinión que en modo alguno sorprende ya que desde sus inicios como indica este mismo razonamiento jurídico, esta interpretación del TS se puso de manifiesto en la sentencia del caso Guatemala, *«tanto la sentencia mayoritaria, como el voto particular»*. Es más, la exigencia de *«interés nacional como elemento legitimador»* interpretan que quedó avalado por la sentencia del Tribunal Constitucional en este asunto Guatemala, cuando precisamente este último fallo es el que abrió las puertas a las víctimas de crímenes internacionales, como las del presente caso Tíbet.

El fundamento jurídico 13 insiste en la misma cuestión del vínculo nacional, que posteriormente recoge la reforma de la justicia universal en el 2009, y lo conecta con el que parece un principio sacrosanto, con mucho más valor jurídico que el *ius cogens*, y que es el *«criterio de razonabilidad»*. Para la descripción de este criterio que no contempla la ley, el Tribunal Supremo se acude literalmente a la misma argumentación de la providencia de 21 de noviembre de 2005 del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (reunida tras la sentencia del TC en el caso Guatemala) para justificar que el *«valor de los ciudadanos del Estado que ejerza la jurisdicción universal, constituye un criterio razonable de auto restricción para evitar la proliferación de procedimientos relativos a delitos y lugares totalmente extraños y/o alejados, así como un desgaste excesivo de los órganos jurisdiccionales nacionales cuya competencia se reclama (...) pues en los supuestos de ausencia absoluta de vínculos de conexión con el país y con los hechos denunciados,*

en el sentido amplio anteriormente expresado, la efectividad práctica del procedimiento puede ser nula.»

Es más de nuevo el magistrado ponente Conde Pumpido focaliza su atención de nuevo en la interpretación que de la justicia universal ha efectuado el Tribunal Constitucional, cuando sobre esta cuestión está pendiente de resolución el recurso presentado por los diputados socialistas. Y no conforme con este margen de apreciación, en el fundamento de derecho 16, censura que en su día se interpretó de forma errónea la sentencia del TC en el caso Guatemala. Siendo así lamenta las admisiones a trámite de los casos Falun Gong y Couso; desviaciones que trató de corregir la reforma del 2009, ya que no se puede *«desconocer los problemas en las relaciones internacionales de España que la interpretación expansiva de la Jurisdicción Universal estaba ocasionando»*. Ahora bien de nuevo lamenta el TS en su fundamento de derecho 17 *«la efectividad de esta reforma no fue suficientemente restrictiva»*, y en este sentido no deja pasar la ocasión para criticar *«la acción popular y interpretación extensiva, para algunos fraudulenta, del concepto de víctimas españolas»*.

Siguiendo con esta línea interpretativa acaba censurando todo el proceso del caso Tíbet para acabar defendiendo la reforma del 2014. No sorprende la lectura en alguno de sus párrafos de valoraciones más de corte político sobre este asunto, que parecen evocar los ecos de los enconados debates en el Congreso y en el Senado mientras se tramitaba la LO 1/2014, que defendieron los políticos del PP en solitario. Se pronuncia de la siguiente forma sobre el asunto Tíbet: *«Este es el caso del proceso actual, seguido por delitos supuestamente cometidos en China a lo largo de más de 50 años (la ocupación de Tíbet, tras la guerra civil en China, se produjo en 1950, hace 65 años), con escasa viabilidad procesal, cuya instrucción se prolonga ya durante diez años sin avances significativos, y en los que no es fácil constatar un vínculo de conexión relevante con nuestra Jurisdicción. Procedimientos que, pese a su escasa efectividad, continuaban originando, además, problemas en las relaciones internacionales españolas, dada la falta de justificación clara de la continuidad del proceso en términos estrictos de Derecho Internacional.»* Afortunadamente concluye que *«con esta reforma se ha culminado, hasta el momento, la regulación de la Jurisdicción Universal en nuestro país»* (fundamentos derecho 19 y 20), lo cual ha confirmado el archivo del caso Tíbet (fundamento derecho 20).

De estas últimas apreciaciones puede compartirse que se ocasionaban *«problemas en las relaciones internacionales españolas»*. En efecto, tras el auto del 9 de octubre 2013 de la sección 4ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en la que se decide imputar al ex-presidente chino Hu Jintao por genocidio

y el auto de 18 de noviembre de 2013 acordando dictar las órdenes de arresto internacional contra los dirigentes chinos provocó la ofensiva diplomática de Beijing. Zhu Weiqun, presidente del comité de asuntos religiosos y étnicos de China, el máximo organismo asesor del Parlamento, dijo que el caso era absurdo, en unas declaraciones publicadas por los medios estatales chinos y añadió: «Si el tribunal de algún país asume este asunto, hará caer sobre sí mismo una enorme vergüenza», dijo Zhu. «Que vayan adelante si se atreven». (China califica de absurdas las órdenes de arresto en España por el Tíbet, Reuters, 20 de noviembre de 2013). Asimismo el portavoz del Ministerio del Exterior de China, Hong Lei, dijo durante una sesión que Beijing se opone firmemente a la decisión de la corte, concluyendo: «Exhortamos a España a enfrentar la seria postura de China, modificar su decisión incorrecta, reparar el daño severo y abstenerse de enviar señales erróneas a las fuerzas de independencia tibetanas y afectar las relaciones China-España», indicó Hong. El mismo Ministro de Asuntos Exteriores, Sr. Margallo, al ser preguntado por la reforma realizada en la LO 1/2014, de 13 de marzo, en la intervención que realizó en el programa de televisión española El Debate de la 1, el 10 de abril de 2014, sostuvo, a partir del minuto 30 de la entrevista, que China tiene el 20% de la deuda española y que estos casos son peligrosos desde el punto de vista de las relaciones internacionales. Además, afirmó, con cierto desdén, que a algún juez se le había ocurrido dictar órdenes internacionales de detención contra autoridades chinas, y que nosotros no podemos convertirnos en «sheriff universal». Y concluyó afirmando que estos procedimientos no son investigaciones eficaces, sino «un brindis al sol que no acaba con la impunidad». Es más, sugirió, que «los jueces harán bien en archivar y mejorar la rapidez de la justicia». Por último cuestiona el TS la eficacia de este proceso; ¿si tan ineficaz era a qué se debe tanta celeridad para proceder a la reforma legislativa y así archivar el caso Tíbet? Extremo que ha recibido los elogios y públicos agradecimientos del Gobierno de Beijing.

A continuación el fundamento de derecho 21 se dedica brevemente a negar la existencia de la jurisdicción universal para perseguir los crímenes de genocidio y tortura, para concluir que los respectivos tratados no prevén de forma imperativa la persecución universal de los crímenes y por tanto la reforma de la LO 1/2014 en modo alguno vulnera el artículo 96 de la CE.

En el fundamento de derecho 22 el TS de forma descriptiva acude a las legislaciones internas de Alemania, Japón, Turquía, Francia, Gran Bretaña, Bélgica, Hungría, Holanda, Canadá y Estados Unidos para concluir que: «En

definitiva la costumbre internacional o práctica generalmente aceptada como Derecho consuetudinario, no avala la exigencia de un modelo absoluto o incondicional de Justicia Universal como el acogido en nuestro ordenamiento en la versión inicial de la LOPJ». Es más para dar más consistencia a este argumento el TS acude en el FJ 23 al hecho por el cual Bélgica también en el 2003 modificó su ley de justicia universal, aunque de forma deliberada de nuevo se ignoran los motivos extrajurídicos que motivaron esa reforma.

Uno de los temas más controvertidos de la sentencia es el relativo a los crímenes de guerra, que ya provocó un voto particular cuando se desestimó el caso por el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Desde el FJ 3 ya se advierte de la constitucionalidad de la reforma de la justicia universal respecto a esta limitación de lo dispuesto en las Convenciones de Ginebra y que no supone discriminación alguna a las víctimas, ni se vulnera su tutela judicial efectiva.

De nuevo ahora se retoma esta cuestión para en primer lugar en el FJ 24 dictaminar que *«debe establecerse con claridad y firmeza, para éste y para otros supuestos similares, que el apartado p) del art. 23 4º de la LOPJ, no es aplicable a los supuestos que ya aparecen específicamente regulados en los apartados anteriores del precepto, y concretamente a los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado.»*

A continuación el FJ 27 interpreta lo dispuesto en las Convenciones de Ginebra de una forma radicalmente opuesta a la forma en que lo han hecho hasta la actualidad y tras la reforma los Juzgados Centrales de Instrucción de la Audiencia Nacional; lo cual les ha permitido seguir con la instrucción de distintos asuntos. El TS resulta taxativo respecto a este posible conflicto entre derecho internacional y la reforma interna de la justicia universal: *«Pero si procede declarar que no se aprecia que la redacción del art. 23 4º a) de la LOPJ vulnere la Convención de Ginebra. Pero esta obligación está referida a los supuestos en que estos responsables se encuentren en el territorio del Estado firmante, pues su contenido y finalidad es evitar que ninguno de estos responsables pueda encontrar refugio en un país firmante de la Convención (...) la expresión buscar y hacer comparecer ante los propios Tribunales, hace referencia necesariamente, según la interpretación literal o gramatical del precepto, a buscar en el propio territorio. Buscar, extraditar y hacer comparecer ante los propios Tribunales, sería la fórmula correcta si se pretendiese establecer con carácter general una obligación de búsqueda en cualquier país del mundo, incluso para los países no beligerantes y completamente ajenos al conflicto armado donde se cometió supuestamente el delito.»* Es más, resultan chocantes alguna de las

afirmaciones del TS, habida cuenta que el sentido literal del artículo 146 de la IV Convención de Ginebra, como la interpretación que del mismo efectúa la Cruz Roja Internacional, conducen a conclusiones totalmente contradictorias. Con todo, el TS da un paso más y califica la persecución universal absoluta de las infracciones graves a las Convenciones de Ginebra como *«un sistema de injerencia clandestina en otros países, secuestrando y trasladando a los acusados sin sujetarse al procedimiento legal de la extradición, lo que constituiría una grave violación del Derecho Internacional y, obviamente, no puede ser el sistema pactado en la Convención de Ginebra.»*

Especial énfasis merece la conclusión del FJ 29 que ha provocado el archivo posterior de casos, como el del asesinato en Irak del periodista Couso, ya que se advierte que: *«En consecuencia, y para que quede claro en éste y en otros procedimientos con similar fundamento, conforme a la vigente Ley Orgánica 1/2014, los Tribunales españoles carecen de jurisdicción para investigar y enjuiciar delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado cometidos en el extranjero, salvo en los supuestos en que el procedimiento se dirija contra un español o contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España, o contra un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas. Sin que pueda extenderse dicha jurisdicción «in absentia» en función de la nacionalidad de la víctima o de cualquier otra circunstancia.»*

Por último el TS en su FJ 3º se dedica a recapitular todo lo dictaminado en esta sentencia para en el FJ 31 acabar precisando la retroactividad de la L.O. 1/2014 viene impuesta necesariamente por razones constitucionales básicas y que el *«Código Penal vigente reconoce el efecto retroactivo de las normas penales más favorables al reo – en el caso actual»*. Finalmente no deja pasar la ocasión el TS para censurar de nuevo los juicios de justicia universal llevados a cabo en España ya que *«solo establecen como única limitación la exclusión de la apertura de procedimientos «in absentia», que por la experiencia obtenida en la Audiencia Nacional después de treinta años de aplicación de la Jurisdicción Universal (1985-2015), no suelen conducir a la celebración de un juicio (...) No está de más recordar que en el caso actual la efectividad del procedimiento, tras diez años de instrucción, es prácticamente nula.»* Y de nuevo, ¿si tan inocuos e ineficaces resultaban ser estos procedimientos por qué han propiciado dos reformas legales de hondo calado y trascendencia a todos los niveles? A continuación de nuevo acude el TS al criterio de razonabilidad, esta vez para asegurar que *«el mantenimiento «sine die» de un procedimiento sin efectividad previsible, salvo en caso de desplazamiento temporal a España de los supuestos responsables, carece de razonabilidad.»* Pues precisamente

este mismo argumento podría resultar válido para mantener abiertos estos procesos y evitar que genocidas puedan a partir de ahora acudir a nuestro país sin ningún temor a suscribir cuantiosos acuerdos comerciales.

Como colofón el FJ 43 afianza el criterio que los tribunales españoles deben ser una «isla», ajena a todo lo que acontezca en el orden internacional, ya que: *«El criterio de que los Tribunales españoles no obtienen su jurisdicción del derecho internacional consuetudinario o convencional, sino, a través del principio democrático, de la Constitución Española y de las leyes aprobadas por el Parlamento, ya establecido por este Tribunal Supremo, debe reafirmarse en el caso actual, desestimando en consecuencia la alegaciones de inconstitucionalidad, y remitiendo el ámbito de nuestra jurisdicción en esta materia a lo establecido por el Legislador en la LO 1/2014.»* Así pues ignoremos que formamos parte de una comunidad internacional y que como Estado somos parte del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado el 18 de julio de 1998 y ratificado el 24-10-00 por España, que establece en su Preámbulo que *«Es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales»*. Y consecuentemente acabemos por desarraigar cualquier norma y principio que arranque o se inspire en los Principios de Núremberg, y sea bienvenida la nueva era de la Marca España, del sometimiento a los poderes fácticos de China y a los intereses de las grandes corporaciones que irremediabilmente siembran la ruina democrática y ultrajan las libertades de los ciudadanos en Europa y de la humanidad en su conjunto.

**Sentencia 297/2015 de 8 de mayo de 2015,
Pleno, Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.**

Recurso de casación 1784/2014.

Magistrado ponente: *Cándido Conde-Pumpido*. Caso Falun Gong

Esta sentencia del TS en el llamado caso Falun Gong, llega dos días más tarde que la del asunto Tíbet, y viene a reproducir los argumentos allí expuestos. El presente asunto no ha podido tampoco evitar la aplicación estricta del nuevo art. 23.4 LOPJ, pese a tener ya a su favor la sentencia 227//2007 del Tribunal Constitucional en la que se reconoció haber violado el derecho de tutela judicial efectiva a los demandantes, interpretando con ello de forma absoluta el principio de jurisdicción universal. Ahora bien matiza ahora el TS que esa interpretación ya no es posible dada la actual redacción del mencio-

nado artículo (fundamento de derecho sexto): «*En definitiva, ha de tenerse en cuenta que, en el momento actual, la «voluntas legislatoris» ha cambiado».*

Asimismo desestima el TS el argumento por el cual ha habido una injerencia china en los asuntos internos de España, pero que en todo caso, «*esta alegación carece de la menor incidencia a los efectos de la desestimación del recurso, dado que lo ineludible es que conforme a la normativa legal vigente la Audiencia Nacional carece de jurisdicción para continuar adelante con este procedimiento.*» (fundamento de derecho duodécimo *in fine*). Por todo ello y tras proceder a transcribir en gran parte de la sentencia lo dictaminado en el caso Tíbet, se declara no haber lugar al recurso de casación.

Auto de 9 de junio de 2015, Juzgado Central de Instrucción nº 1.

Sumario 27/2007. Caso Couso

Habida cuenta del veredicto del caso Tíbet y de la rechazable interpretación que se efectúa de las Convenciones de Ginebra, resultaba predecible que en breve los fiscales en la Audiencia Nacional acudieran a esta sentencia del TS para solicitar el archivo de alguna de las actuaciones judiciales, como la del mencionado caso Couso. En este sentido tras esta sentencia, argumentos como los esgrimidos por el titular del Juzgado Central de Instrucción nº 1. Santiago Pedraz en el caso Couso que abiertamente advertía que el artículo 146 de la IV Convención de Ginebra se contradice con el nuevo artículo 23.4.a LOPJ y por lo tanto «no debe proceder el archivo de la causa» (Auto de 17 de marzo de 2014, Sumario 27/2007, Juzgado Central de Instrucción nº 1, Audiencia Nacional) quedaban totalmente cuestionados.

Esta vez el juez Santiago Pedraz tras reproducir el fundamento de derecho vigesimonoveno de la sentencia del Tíbet se ve obligado a concluir el sumario y elevarlo a la Sala, tras reconocer que por unanimidad todos los Magistrados del Pleno de la Sala de lo Penal del TS exigían que los nuevos criterios debían ser «extensibles a procedimientos con similar fundamento». Es por ello que «*esta doctrina legal de la Sala de lo Penal no solo tendría el valor complementario del ordenamiento jurídico que a la jurisprudencia del Tribunal Supremo le atribuye el art. 1.6 del Código Civil; sino, además, verdadera fuerza vinculante para los Jueces y Tribunales inferiores en grado de dicho orden jurisdiccional.*»

No obstante el juez Santiago Pedraz abiertamente se lamenta de haberse visto obligado a alcanzar dicho veredicto ya que ello genera aberrantes es-

pacios de impunidad. A estos efectos, mención especial merecen las quejas y críticas expuestas en este auto a la reforma legal, que entierra la persecución universal de crímenes de guerra aún habiendo víctimas españolas:

«Tercero. De esta forma, pese a que existen múltiples esfuerzos y recomendaciones a nivel mundial para perseguir y sancionar este tipo de delitos (como así se expone y se reitera en la Resolución 2222 aprobada por el Consejo de Seguridad de NU el 27 de mayo pasado, del que España forma parte), el delito quedaría impune.

La decisión del legislador será discutible y podrá provocar debates en torno a tal impunidad, no solo para el presente caso sino para otros posibles; mas no corresponde a los jueces suplir al legislador, dada su función constitucional (sometimiento al imperio de la Ley: art. 117 CE y art. 1 LOPJ «in fine»); por lo que, en definitiva, procede concluir el presente sumario.»

**Auto de 8 de abril de 2015,
Sala de lo Penal, Tribunal Supremo.**

Sumario 19/1997. Recurso 20092/2015. Caso Carmelo Soria

**Auto de 26 de mayo de 2015,
Juzgado Central de Instrucción nº 5, Audiencia Nacional.**

Sumario 19/1997 (Pieza III). Caso Carmelo Soria

El caso del funcionario chileno-español de Naciones Unidas en el CEPAL desaparecido y asesinado por agentes de la DINA durante la dictadura de Pinochet, Carmelo Soria, ha podido sortear hasta la fecha los efectos de la LO 1/2014. De esta forma tras la entrada en vigor de la reforma, se mantuvo la pieza tercera del Sumario mediante auto de 23 de mayo de 2014, que no pudo evitar el archivo del resto de piezas del Sumario de la llamada Operación Cóndor. Una vez más la presencia de víctima española y la calificación de los hechos como delitos de terrorismo salvaron la causa. Con todo quedaba pendiente el elevar a la Sala Segunda del Tribunal Supremo para que se pronunciara si en Chile se estaban siguiendo actuaciones judiciales sobre este asunto. Mediante auto de 8 de abril de 2015 de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, concluye que: *«No entrar a valorar, ante las omisiones observadas en la exposición razonada remitida a este Tribunal, si concurren o no en el presente caso los requisitos exigibles para que la jurisdicción española prosiga con la tramitación de la presente causa penal. Devuélvase la causa al Juzgado Central de Instrucción número*

5 de la Audiencia Nacional para que se proceda con arreglo a derecho, a tenor de lo expuesto en los fundamentos de esta resolución».

Una vez devuelto el asunto al juez José de la Mata, y tras otorgar un plazo al fiscal y a las partes para efectuar alegaciones, mediante auto de 26 de mayo de 2015 el titular del Juzgado Central de Instrucción nº 5, de nuevo eleva la causa al Tribunal Supremo «proponiendo respetuosamente (...) que se afirme la jurisdicción de los Tribunales Españoles.» Con el objeto de afianzar esta pretensión adjunta el juez un detallado anexo a esta resolución en el que de una forma razonada y minuciosa justifica que existen «indicios serios y razonables» que el proceso que se sigue ante los tribunales chilenos no ha sido efectivo. Concluye que los jueces españoles se encuentran en mejor posición para seguir con el caso dado los más de treinta y nueve años de no adopción de «decisiones precisas para el enjuiciamiento de los responsables.» Además esta efectiva inacción chilena y ausencia de reparación, ha continuado a pesar del Informe 13/1999 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el que se aseguraba que Chile había violado distintos derechos de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y de la CIDH. Por todo ello y apuntalando la necesidad de seguir con la causa, el juez de la Audiencia Nacional invoca ante el TS su propio auto dictado en el caso Ellacuría. Exige que «debe aplicarse ahora la misma conclusión», y por un lado dejar constancia de la adecuación de perseguir los hechos por la justicia española ante la pasividad de la chilena, y por otro, dejar por cumplimentado el requisito del art. 23.6 LOPJ. Esto es, inicio del caso por interposición de querrela por las víctimas o la fiscalía, por lo que interpreta y concluye que:

«68. En el caso que ahora nos ocupa, como el que fue objeto del citado ATS 20.04.2015, la intervención activa del Fiscal en el sumario nº 19/1997, instando diligencias y solicitando incluso el procesamiento de los imputados y su ampliación, implica el cumplimiento de dicho requisito por cuanto pone de manifiesto un interés del Ministerio Público en la persecución de los delitos investigados.

69. Por esta razón, debe aplicarse ahora la misma conclusión establecida por el TS en el caso Ellacuría. Como en aquel caso, «el entendimiento de este presupuesto procesal no puede subordinarse a una perspectiva exclusivamente formal. Lo verdaderamente relevante en supuestos como el presente, en los que el proceso penal fue incoado cuando aquella exigencia no formaba parte de nuestro sistema, es que el Fiscal, como órgano cons-

titucionalmente llamado a promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, haya expresado con su actuación la inequívoca voluntad institucional de defender el interés social en la investigación y enjuiciamiento del delito imputado».

**Auto de 8 de abril de 2015,
Sala de lo Penal, Tribunal Supremo.**

Diligencias Previas 197/2010. Recurso 20093/2015.

Caso Flotilla de la Libertad

Tras la aprobación y publicación de la LO 1/2014 por la que se modifica el artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se han abierto distintos cauces relativos a la búsqueda de la interpretación adecuada a los múltiples problemas que han derivado de dicha reforma. Uno de estos es el relativo a la valoración que debe llevar a cabo el TS cuando por el juez instructor se eleve la cuestión de valorar si los hechos que podrían ser enjuiciados en España, están siendo objeto de investigación en otro país o se ha iniciado ya el procedimiento penal pertinente.

En el presente caso, conocido como Flotilla de la Libertad, se eleva escrito solicitando dicha valoración que es rechazado por estimar que ni se ha razonado suficientemente, ni se han aportado los elementos fácticos necesarios para llevarla a cabo.

El controvertido Auto parte de los siguientes extremos de hecho: Iniciadas Diligencias Previas ante el Juzgado Central de Instrucción número 5, en virtud de querrela, y estimándose que los hechos que habían dado lugar a las mismas podían tipificarse como crímenes de guerra, se constata que éstos también estaban siendo enjuiciados en Turquía. Es por ello que consideró que para poder continuar ostentando jurisdicción para su enjuiciamiento en España, era necesario el que la investigación o procedimiento penal iniciado en otro país, no cumpliera los requisitos que lo conceptualasen como una investigación eficaz o, en su caso, un juicio justo e independiente. En este sentido y para que se valorasen estos conceptos, elevó escrito al TS.

Como antecedentes para que se pudiera efectuar la mencionada ponderación, el JCI consideró que si bien no se cumplían los requisitos previstos en los apartados a) y b) del artículo 23.4 de la LOPJ si concurrían los del apartado p) aduciendo como razón para fundar esta afirmación el artículo 146 de la IV Convención de Ginebra.

Señala el TS que para que nazca la excepción que permita que la jurisdicción española continúe con las actuaciones procesales, en aplicación del principio de subsidiariedad, en los supuestos de haberse llevado a cabo actuaciones similares en otro país, es necesario que concurra alguno de los siguientes requisitos. Que la investigación o actuaciones judiciales, en el otro país, tenga por finalidad sustraer a la persona de su responsabilidad penal; Que haya existido una demora injustificada con la misma finalidad; Que el juicio y en consecuencia la sentencia, no haya sido imparcial ni independiente, buscando la consecuencia de la exoneración del culpable.

La apreciación por el juez instructor o tribunal *a quo* de estas circunstancias le obligan a realizar una valoración de las mismas, o lo que es lo mismo para poder mantener la jurisdicción nacional en este caso concreto precisaba de que el instructor llevase a cabo dos razonamientos. Uno relativo al motivo por el que debía mantenerse la facultad de juzgar en España en base al apartado p) del número 4 del artículo 23 de la tan citada LOPJ, y un segundo concerniente a concretar el motivo por el cual las actuaciones de investigación o judiciales en el otro país no infringían el principio de cosa juzgada.

Considera el TS que el juzgador *a quo* no ha llevado a cabo estos razonamientos, ni los ha expuesto en el escrito en que se pide la valoración, y siendo este requisito imprescindible para poder llevarla a cabo, al faltar, resulta obligado el desestimar la petición. La inadmisión conlleva el que surja un interrogante al respecto, y es el relativo a si el juez instructor puede corregir los defectos advertidos por el TS y elevar nueva petición de valoración, o por el contrario la vía queda definitivamente cerrada. Es una cuestión que no queda resuelta en el auto, aunque la resolución judicial posterior del titular del Juzgado Central de Instrucción nº 5 zanja este interrogante.

Asimismo también este Auto puede servir de advertencia a las partes querellantes para que cuando estimen que tales cuestiones pueden surgir durante la tramitación de la causa, inciten al instructor a que eleve la petición de valoración antes de que proceda al sobreseimiento. Y siendo así resulta imperativo proporcionarle de forma detallada y bien razonada los motivos por los que debe continuar la prevalencia de la jurisdicción española y las razones que determinan que la causa abierta en el otro país no cumple los debidos parámetros que internacionalmente están establecidos para una investigación eficaz o justicia efectiva.

Auto de 10 de junio de 2015,
Juzgado Central de Instrucción nº 5, Audiencia Nacional.
Diligencias Previas 197/2010. Caso Flotilla de la Libertad

Habida cuenta del veredicto anterior del TS y de la sentencia del caso Tíbet, el nuevo titular del JCI nº 5, José de la Mata, procede en la parte dispositiva de este auto a archivar este asunto. Se sigue de forma minuciosa la estricta interpretación y aplicación emitida por el TS, y se constata que en el presente asunto no se reúnen los nuevos requisitos exigidos para poder seguir persiguiendo las infracciones graves a las Convenciones de Ginebra denunciadas. Del mismo modo se asegura que tampoco puede continuarse con la instrucción al tratar de aplicar el apartado d) del art. 23.4 LOPJ en lo relativo a los delitos de la seguridad marítima, ya según lo previsto en el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima (Convenio SUA) suscrito en Roma el 10 de marzo de 1998, dichos preceptos no pueden aplicarse:

«a los buques de guerra; ni a los buques propiedad de un Estado, o utilizados por éste, cuando estén destinados a servir como unidades navales auxiliares o a fines de índole aduanera o policial. Tampoco afecta a las inmunidades de los buques de guerra y a otros buques de Estado destinados a fines comerciales (art. 2 Convenio Roma y art. 2 TR Protocolo Londres). Tampoco están sujetas al Convenio las actividades de las fuerzas armadas durante un conflicto armado (art. 2 bis TR Protocolo Londres).»

Ahora bien si bien el juez de la AN se ve obligado a archivar la causa, dada la estricta interpretación de la jurisdicción universal impuesta por el TS, advierte que tanto las Convenciones de Ginebra, como la Convención contra la Tortura obligan a los Estados ratificantes a que sus territorios no se conviertan en santuarios de criminales de guerra y torturadores. Y en este sentido los Estados parte están obligados a tomar todas *«las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre estos delitos en los casos en que el presunto delincuente se halle en cualquier territorio bajo su jurisdicción, este archivo se acuerda con carácter provisional hasta que se encuentren en España las personas contra las que se dirige el procedimiento.»*

Por todo ello el magistrado José de la Mata, archiva provisionalmente la causa e insta a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado que informen a la AN, si cualquier de los querrellados en este asunto (entre los que destacan

el Primer Ministro de Israel, Netanyahu, su Ministro de Defensa, Barak, y de Asuntos Exteriores, Lieberman, entre otros) llegan a territorio español.

Además el juez asume un papel pro activo y en la parte dispositiva insta no solo a las partes, sino al Estado Español que «*evalúe la conveniencia de iniciar el mecanismo contemplado por el art. 7.1 de la Ley de Cooperación con la CPI*» y se denuncien estos hechos ante el tribunal de la Haya. En este mismo sentido recordaba en el undécimo fundamento de derecho, que el propio Fiscal de la Corte Penal Internacional en un dictamen de 6 de noviembre de 2014 concluía que el abordaje de la llamada Flotilla de la Libertad (cuya embarcación de pabellón de las Islas Comores, Estado que ratificó el Estatuto de Roma el 16 de agosto de 2006) podía ser constitutivo de un crimen de guerra. Por todo ello el juez, apoyándose en el informe del fiscal, remite las actuaciones al Ministerio de Justicia para que valoren la oportunidad de presentar una denuncia ante la Fiscalía del TPI según establece el mecanismo previsto en el artículo 7.1 de la Ley de Cooperación con dicho tribunal internacional.

**Auto de 20 de abril de 2015,
Sala de lo Penal, Tribunal Supremo.**

Sumario 97/2010. Recurso 20962/2015. Caso Ellacuría

Días después del veredicto del TS en el caso Carmelo Soria, de nuevo debe pronunciarse, una vez que el Juzgado Central de Instrucción número 6 de la AN elevó a la Sala de lo Penal del TS escrito razonado a fin de determinar por este Alto Tribunal si las actuaciones que llevó a cabo la jurisdicción de El Salvador, respecto de los crímenes que cometieron los miembros del Batallón de Infantería de Reacción Inmediata, y que entre otros supusieron el asesinato de sacerdotes jesuitas españoles, entrañaron realmente una actuación jurisdiccional eficaz y justa o por el contrario la investigación que se llevó a efecto, alcanzó un resultado de «no justicia». Por el TS se procedió al examen de tal cuestión en este asunto y al mismo tiempo a otra, la relativa a la necesidad de formular querrela por parte del Ministerio Fiscal para el enjuiciamiento de estos crímenes.

En primer lugar se traen a colación los hechos de este asunto Ellacuría y se reafirma que en El Salvador el llamado ATLACATL (Batallón de Infantería de Reacción Inmediata) cometió distintos crímenes que determinó que en España se presentara querrela por la Asociación Pro Derechos Humanos, al estimar que dicho Batallón había cometido actos terroristas entre los que se

incluían los asesinatos de sacerdotes de nacionalidad española. La querrela correspondió al JCI n° 6, el cual al conocer que en el citado país se había llevado a cabo por sus tribunales el enjuiciamiento de tales hechos. Al estimarse que dicho enjuiciamiento y sentencia que dio lugar al mismo, podía no cumplir los parámetros exigidos para que fuese considerado un juicio justo, elevó escrito al TS para que determinara si efectivamente hubo o no, intención real de investigar y castigar.

Para poder resolver la cuestión de competencia planteada, el TS efectúa una interpretación de lo dispuesto en los números 4 y 5 del artículo 23 LOPJ, partiendo en primer lugar del texto literal de lo allí expresado, para continuar haciendo referencia a lo establecido, en términos casi idénticos, a lo dispuesto en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Sobre la base de todo estos preceptos y hechos, se llega a la conclusión que la justicia salvadoreña no se adecuó a los estándares internacionales que conforman la justicia efectiva.

Además señala el Supremo que la llamada Justicia Universal en España ha sufrido una evolución que ha ido desde una primera conceptualización, en la LOPJ, de la pura justicia universal, sin exigencia de condicionante alguno, a pedir una conexión nacional que en la última reforma se ha configurado atendiendo a lo dispuesto en los tratados internacionales y el grado de jurisdicción que atribuyen a los estados firmantes. En esta última fase evolutiva el número 5 del artículo 23 expresa que no serán perseguibles en España estos crímenes: *«Cuando se haya iniciado un procedimiento para su investigación y enjuiciamiento en el Estado del lugar en que se hubieran cometido los hechos (...)»*. Y añade que sin embargo sí será competencia de la jurisdicción española su enjuiciamiento si *«el Estado que ejerza su jurisdicción no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación»*.

A fin de conocer si dicho Estado tiene o no disposición de actuar se procederá a un examen *«teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidas por el derecho internacional»*, habida cuenta de las siguientes circunstancias:

1. Si el juicio se haya incoado con la intención de sustraer la responsabilidad penal.
2. Si ha existido una demora injustificada en el juicio con la intención de que no comparezca el inculpado.
3. Que el proceso se haya sustanciado de forma parcial y no independiente.

En todo caso tales principios deben de ponderarse de acuerdo con cánones de derecho internacional, y el TS efectúa dicho análisis tomando como

referencia el artículo 17 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, que se pronuncia en idénticos términos a los expuestos. Al margen de todo ello, el artículo 20.3 del citado Estatuto establece el principio de cosa juzgada o *non bis in ídem*, estableciendo al efecto distintas excepciones que se contraen y que permiten evaluar si la sentencia dictada ha derivado de un juicio no imparcial, ni independiente.

Sentados estos principios pasa al TS a enjuiciar el escrito elevado por el JCI de la AN. Se estima que se esta ante una cuestión espinosa, dado que debe valorarse la «*actuación de la Administración de Justicia de otro Estado*», y precisamente este cometido puede suponer y plantear «*indudables conflictos desde el punto de vista de las relaciones internacionales, materia ajena a la función jurisdiccional pero que sin duda los tribunales no pueden desconocer en absoluto*».

Desde nuestro punto de vista esta afirmación resulta inadmisibles. Los tribunales y las leyes deben de plantearse de forma definitiva si en estas cuestiones deben de prevalecer los principios del Derecho, sean cuales sean las consecuencias, o si por el contrario estos principios están subordinados a intereses ajenos a los mismos. De adoptarse esta última postura, que duda cabe, que nos encontraríamos con la prevalencia de los intereses geoestratégicos o económicos, principalmente el de las grandes empresas. Ello inevitablemente puede ir en detrimento de la justicia, la cual quedaría relegada a un papel secundario, lo que supondría su total desnaturalización.

Seguidamente el TS efectúa una valoración de las circunstancias en que tuvo lugar el enjuiciamiento de los hechos en El Salvador, y constata que el juicio no fue justo, por cuanto concurrieron varias circunstancias que evidencian la falta de independencia de los juzgadores y la ausencia de ánimo de condena. Circunstancias tales como destrucción de pruebas, coacción al jurado, obstrucción a la defensa o defensa inadecuada, obstaculización a la acción del juez, no presentación de testigos, juicio oral con injerencias y presiones y limitado a lectura de declaraciones sin prueba directa ante el juez. A ello se suma el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que tras un detallado análisis llega a la conclusión de que ni existió «*una investigación eficiente y eficaz ni un proceso imparcial y objetivo*». Con tales antecedentes el TS llega a la conclusión de que «*el proceso penal seguido en El Salvador no pretendió (...) que los responsables fuesen castigados sino mas bien su sustracción a la justicia*». Esta conclusión era previsible si observamos que entre los enjuiciados se encontraba el Ministro de Defensa, el Jefe de Estado Mayor, el General y Comandante de la Fuerza Aérea, diversos coroneles y otros militares de alto

rango; y cobra mayor fundamento a la luz de que los pocos condenados fueron rápidamente amnistiados.

Tras llegar a esta conclusión razona que la actuación activa en la instrucción del Juzgado Central número 6 por parte del Ministerio Fiscal equivale a suplir el requisito previsto en el 23.6 de la LOPJ que exige para la persecución de estos delitos querrela de la fiscalía; por todo ello el TS acuerda afirmar la competencia de la jurisdicción española para continuar conociendo de los hechos que dieron lugar al sumario.

Ciertamente este Auto supone una aplicación adecuada del principio de justicia universal, en tanto que tiene a la vista como principio rector que no exista impunidad para los autores de estos delitos, y así interpreta adecuadamente el principio de cosa juzgada, *non bis in ídem*, ya que realmente las sentencias que derivan de juicios no imparciales e independientes no tienen esta naturaleza. También se interpreta extensivamente la exigencia de que las actuaciones procesales den comienzo con querrela de la fiscalía, lo que nos parece correcto, siempre que en otros supuestos en los que el enjuiciamiento en España suponga un enturbiamiento de las relaciones internacionales, se siga la misma línea.

**Autos de 17 de julio de 2015,
Juzgado Central de Instrucción nº 5, Audiencia Nacional.**
Sumario 2/2014. Caso Torturas Guantánamo

En fecha de 17 de julio de 2015, el Magistrado del Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la AN dicta dos autos en el caso de las Torturas de Guantánamo. En el primero de ellos se examina la petición de las entidades querellantes de practicar nuevas diligencias con el objeto de identificar a los agentes policiales españoles que se desplazaron a Guantánamo en julio de 2002 para interrogar a los detenidos. Tras manifestar el informe del fiscal su oposición, el juez pasa a «evaluar la pertinencia y necesidad de las diligencias de investigación propuestas» y acaba por concluir que los agentes policiales en cuestión, no practicaron actos de tortura, ni participaron previamente en las detenciones ilegales; asimismo precisa que no existen evidencias que avalen que ampararon o avalaron las torturas cometidas en Guantánamo, ni que tampoco fueran testigos de las mismas. Ante aparentemente un comportamiento tan aséptico y pulcro en Guantánamo, cabría uno preguntarse ¿cuál era entonces el propósito de la visita de dichos agentes policiales a dicho cen-

tro clandestino de detención si no consta conexión alguna con las prácticas que allí se efectuaban?

En definitiva que se inadmite la práctica de diligencias de investigación. Evidentemente este primer auto constituyó la antesala de un segundo veredicto que emite el mismo día el nuevo titular del Juzgado Central de Instrucción nº 5. Una vez más la sentencia del caso Tíbet se apunta como precedente para proceder al archivo del presente asunto cuya calificación jurídica de los hechos denunciados recuerda el juez, era el de delitos de torturas y de lesa humanidad en concurso con varios delitos contra cometidos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, tal y como dispone el Código Penal y las Convenciones de Ginebra. Es por ello, y habida cuenta de la nueva redacción del art. 23.4 LOPJ y de la interpretación efectuada por el TS, discrepando del criterio mayoritario de los jueces de la Audiencia Nacional, el auto dictamina que no se reúnen los nuevos requisitos exigidos por la reforma, ni en el apartado a), ni en el b) del mismo precepto. Ni tampoco resulta aplicable la clausula residual prevista en el apartado p) que permite perseguir «cualquier otro delito cuya persecución se imponga con carácter obligatorio por un tratado vigente».

Por último aunque las partes querellantes mantuvieron que la sentencia 296/2015 del TS «no constituye jurisprudencia, ni puede tener fuerza vinculante para los tribunales inferiores al no ser constante y reiterada», lo cierto es que el juez acaba por admitir que el nuevo criterio es «muy estricto y duro (...) pero es el canon interpretativo. Y como tal debe ser aplicado por los órganos jurisdiccionales.» Por todo ello concluye el sumario que remite a la Sala, dejando sin efecto las diligencias instructoras que aún quedaban pendientes de practicar, aún cuando en este asunto constan víctimas españolas y posibles autores españoles.

**Auto de 27 de mayo de 2015,
Juzgado Central de Instrucción nº 4, Audiencia Nacional.**
Diligencias Previas 38/2015. Caso Boko Haram

Tal y como preceptúa la nueva redacción de la LOPJ, este asunto se inicia mediante interposición de querrela de la fiscalía contra el líder del grupo yihadista Boko Haram por la comisión de actos de terrorismo en marzo de 2013 en la ciudad de Ganye en Nigeria. Los ataques generalizados a la población de la organización terrorista pretenden crear un Estado Islámico en esta parte del continente africano. Ahora bien el conjunto de hechos delictivos terroristas denunciados consistentes en asesinatos, torturas, agresiones sexuales y trata

de seres humanos, han podido ser de competencia de los tribunales españoles dada la conexión nacional que se reúne con ocasión de una víctima española: una religiosa española que fue víctima de una de estas actuaciones yihadistas. El auto detalla una amplia relación de hechos violentos que se han recrudecido de forma especial desde el año 2010, que ya ha causado doce mil muertos y más de 65.000 desplazados internos.

A continuación el juez Fernando Andreu, apoyándose en la certera querrela de la fiscalía, califica de forma provisional los hechos denunciados como delitos de pertenencia o integración en organización terrorista y delito de terrorismo en conexión con un delito de lesa humanidad. En consecuencia la competencia de los tribunales españoles viene avalada por el art. 23.4 e) LOPJ, al concurrir el requisito del apartado cuarto que hacer referencia a que «la víctimas tuviera nacionalidad española en el momento de la comisión de los hechos».

Asimismo se evidencia, tras las diligencias de investigación practicadas por el ministerio público, que no se han iniciado procesos judiciales sobre este asunto, ni en Nigeria, ni en otros Estados, ni el Tribunal Penal Internacional, por lo que no se evidencia obstáculo alguno para perseguir los hechos según preceptúa el apartado 5º del art. 23.4 LOPJ. Por todo ello el titular del Juzgado Central de Instrucción nº 4 de la Audiencia Nacional acaba por «admitir a trámite la querrela interpuesta por el Ministerio Fiscal contra Abubakar Shekau, por la presunta comisión de delitos de terrorismo y de lesa humanidad.» Por último el juez inicia la práctica de diligencias previas solicitando a la Interpol la elaboración de un informe sobre el grupo Boko Haram, ya incluido en el Listado de individuos, entidades y grupos asociados a Al Qaeda del Comité del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas de Sanciones de Al Qaeda, además de citar a la religiosa española para que preste declaración. Con este auto se puede estar abriendo una nueva vía y estrategia para poder perseguir graves violaciones de derechos humanos, y así evitar la definitiva defunción de la jurisdicción universal en España.

Auto de 9 de abril de 2015,

Juzgado Central de Instrucción nº 5, Audiencia Nacional.

Sumario 1/2015. Caso Sáhara

El Magistrado-Juez Pablo Rafael Ruz, antes de dejar su puesto como titular del Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional y tras incoar el sumario mediante auto de 2 de febrero de 2015, por el presente vere-

dicto al margen de ampliar el procesamiento a nuevas autoridades marroquíes, acordó «la busca, detención e ingreso en prisión (...) librándose las oportunas órdenes internacionales de detención contra los procesados, para su ulterior extradición». Todo ello tras constatar serios indicios de criminalidad frente a los querellados por la comisión de delitos de genocidio (se constata en el auto que se reúnen los elementos subjetivo y objetivo de este crimen internacional; fundamento de derecho segundo), desapariciones forzadas detenciones ilegales y torturas contra víctimas saharauis.

**Auto de 17 de noviembre de 2014,
Sección Segunda de la Sala de lo Penal, Audiencia Nacional.**

Rollo de Sala: Apelación contra Autos 336/2014. Caso vuelos de la CIA

El caso de los vuelos de la CIA, pese a seguirse las imputaciones por la comisión de crímenes internacionales, los hechos denunciados acaecieron en suelo español por la utilización de aeropuertos españoles para trasladar detenidos ilegales a distintas prisiones donde se les sometió a torturas. Entienden los jueces de la AN que el sobreseimiento provisional y archivo de la causa no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva. La decisión judicial se sustenta por el informe de la fiscalía, que considera la investigación llevada a cabo en España como «real y eficaz», tal y como fue expuesta en la sentencia del TEDH en el caso Khalid El Masri contra Macedonia de 13 de diciembre de 2012. En este sentido el cierre del caso obedece a la imposibilidad de hecho de averiguar la identidad de los agentes de la CIA que tripularon los mencionados vuelos, dada la falta de colaboración del gobierno norteamericano ante la petición de cooperación solicitada en distintas diligencias practicadas por el juez Ismael Moreno. Por último niegan los jueces de la Sala tanto que nos encontremos ante un caso de justicia universal, ya que los hechos denunciados se cometieron en territorio español, como que debieran aplicarse las obligaciones dimanantes de las Convenciones de Ginebra, en especial lo dispuesto en el artículo 146 de la IV Convención. En todo caso se mantiene la provisionalidad del sobreseimiento, ya que en un futuro pudieran constatar las identidades de los agentes de la CIA.

Por encima de este muy cuestionable auto, destaca el voto particular del Magistrado José Ricardo de Prada Solaesa, el cual tras describir de forma minuciosa y detallada el programa de la CIA relativo a las «entregas extraordinarias», dando cuenta de los vuelos que operaron en España, argumenta con

precisión las distintas violaciones al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario que supuso esta execrable práctica. Asimismo trae a colación toda la labor llevada a cabo tanto por el Consejo de Europa (informes Marty), Parlamento Europeo (Informe Fava y Flautre), como por el TEDH en su labor judicial de condena a dichas violaciones a los derechos humanos (asuntos El Masri contra Macedonia, y Husayn y Al Nashiri contra Polonia). Habida cuenta del ingente volumen de evidencias, informes, precedentes y violaciones a los derechos fundamentales considera improcedente el sobreseimiento libre y archivo parcial, puesto que al margen de la responsabilidad de los agentes de la CIA, existen serios indicios de «responsabilidad criminal de funcionarios públicos españoles y altas autoridades de la nación». Es más constata que han quedado ignoradas numerosas diligencias de investigación que incluso habían sido «aceptadas por el propio juzgado».

Jurisdicción universal y narcotráfico

**Sentencia de 5 de noviembre de 2014,
Sala de lo Penal, Tribunal Supremo.**

Diligencias Previas 29/2014. Recurso 1259/2014

**Sentencia de 3 de diciembre de 2014,
Sala de lo Penal, Tribunal Supremo.**

Diligencias Previas 104/2013. Recurso 1205/2014

**Sentencia de 5 de diciembre de 2014,
Sala de lo Penal, Tribunal Supremo.**

Diligencias Previas 24/2014. Recurso 1495/2014

**Sentencia de 11 de diciembre de 2014,
Sala de lo Penal, Tribunal Supremo.**

Diligencias Previas 46/2014. Recurso 1549/2014

Estos asuntos relativos a la detención de buques de narcotraficantes en aguas internacionales próximas a Marruecos (buques Berk Kaptan, Moon Light y Aseel) y Argelia, ratifican previos veredictos del Tribunal Supremo en la materia. En oposición al criterio que mantenían los jueces de la Audiencia Nacional, los jueces del Tribunal Supremo tras la reforma del 2014 continúan

avalando la competencia extraterritorial de la justicia española cuando así lo dispongan los tratados internacionales ratificados por España. Ahora bien si bien la persecución extraterritorial no plantea controversia jurídica alguna ni para los jueces del Supremo, ni para el ministerio público, habida cuenta de lo dispuesto en la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas y la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, por el contrario como se ha comprobado en la sentencia del caso Tíbet a la hora de perseguir las infracciones graves de las Convenciones de Ginebra se llega a un fallo diametralmente opuesto.

**Sentencia 101/2015 de 23 de febrero de 2015,
Sala de lo Penal, Tribunal Supremo.**
Narcotráfico de españoles en Argentina y Brasil

De nuevo se viene a examinar y analizar en esta sentencia la aplicación de lo dispuesto en el artículo 23.6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial tras su reforma por la L.O. 1/2104, en cuanto que exige la necesidad de querrela por parte del Ministerio Fiscal, o en caso por el agraviado, para que los delitos previstos en los apartados 3 y 4 de dicha norma puedan ser perseguidos en España, a este fin se considera por el TS que el escrito de conclusiones de la fiscalía suple la formalidad de la querrela. Asimismo se procede al análisis, siquiera tangencialmente del principio de subsidiariedad de la jurisdicción española y del cauce procesal de la declinatoria para rehusar la competencia de los tribunales españoles.

En este asunto el Juzgado Central de Instrucción número 4 de la AN incoó sumario contra dos españoles, que una vez concluido, remitió a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Tras distintos incidentes procesales, se instruyó al Ministerio Fiscal para que presentase escrito de conclusiones provisionales. A su vez la defensa formuló artículo de previo pronunciamiento por declinatoria, al estimar que el supuesto delito no había tenido lugar en España, sino en Argentina y Brasil lugares en los que se habían incautado los contenedores de posibles sustancias estupefacientes. Es más, habiéndose incoado procedimiento en Argentina, se aducía que correspondía a dicho país la asunción de la jurisdicción, careciendo la española de competencia. Mediante auto, la Audiencia Nacional rechazó la declinatoria; resolución que es recurrida ante el TS.

El recurrente alegó como fundamento para la admisión de la declinatoria que la competencia correspondía a la jurisdicción Argentina, lugar en que se

había incautado el contenedor, y que en modo alguno los hechos delictivos presentaban se habían cometido en territorio español. Además se argumentaba que el artículo 23.2 LOPJ exige una serie de requisitos para que la jurisdicción española resulte competente para enjuiciar posibles delitos cometidos fuera de España, entre ellos el que el Ministerio Fiscal presente querella, y precisamente dicha exigencia no puede entenderse cumplida en el presente caso, ya que el escrito de calificación no supe a ésta.

La Audiencia Nacional razonó la inadmisión de los argumentos del recurrente expresando que el *«escrito acusatorio es frente a una querella de notable mayor envergadura procesal»* y que el TS ha estimado que tanto los recursos de apelación como de casación suponen las funciones de la querella. Por tanto concluía la Audiencia que este requisito estaba cumplido. Y exactamente la misma posición adopta la resolución del TS.

Asimismo alegó el recurrente que la competencia correspondía a Argentina, más acabó por considerar la AN que no existiendo petición alguna de cesión de jurisdicción por parte de aquel país, la declinatoria no es aplicable puesto que en definitiva ésta sólo se aplica entre jurisdicciones nacionales. La sentencia del TS ratifica esta concepción y establece que la ley procesal española prevé conflictos de jurisdicción entre los diversos órganos jurisdiccionales españoles *«pero fuera de estos no existe en nuestro derecho norma procesal que autorice a un tribunal a ceder el derecho a la jurisdicción a otro Estado extranjero»*. Por todo ello se desestima el recurso y se mantiene la jurisdicción española y la continuación de los trámites procesales.

No podemos estar de acuerdo con este fallo cuanto menos por los dos argumentos siguientes: en primer lugar resulta rechazable que un trámite procesal como es un recurso o un escrito de calificación supla a la querella, y en segundo lugar, cabe cuestionar el razonamiento relativo a la inexistencia de cauce procesal en nuestro derecho para que el inculpado puede solicitar la *«cesión de jurisdicción»*.

La Disposición Transitoria Única de la LO 1/2014, dispone que las causas en trámite quedarán sobreesidas en tanto no se ejercite querella por el agraviado o el Ministerio Fiscal. No está señalando que cumplido un determinado trámite, ya no es necesaria la querella (en este caso el escrito de calificación) sino que expresamente señala *«todas las causas en trámite»*, lo que significa que cualquiera que sea el momento procesal si no existe querella quedan sobreesidas. Y no estamos ante un mero formalismo, puesto que el escrito de querella es fundamental para la instrucción y determinación de los hechos, y

sobre todo para que la defensa del inculpado no quede en indefensión. Las actuaciones procesales de instrucción se derivan de la querrela y están en función de la misma, y las partes intervinientes se atienen a su contenido. El escrito de calificación provisional, parte de los hechos establecidos en la instrucción, pues de no ser así podría tener lugar en cualquier momento procesal lo que no es admisible, por tanto se han llevado a cabo antes de dicho trámite una serie de actos en función de una determinada acusación que podría haber sido diferente en la querrela del ministerio público. En consecuencia nunca cabrá darle la naturaleza de querrela al escrito de calificación por cuanto no lo tiene, y que de admitirlo causa grave indefensión que puede conculcar el artículo 24 CE. También estimamos que se infringe este precepto, al manifestarse en la sentencia que no existe trámite para el inculpado para poder solicitar la cesión de jurisdicción, restringiendo tal facultad únicamente al órgano judicial que la pueda apreciar de oficio. Sin embargo ello puede equivaler a infringir el derecho a la tutela judicial efectiva al cercenar toda posibilidad de alegar que la jurisdicción no corresponde a los tribunales españoles. Se priva al imputado de poder ejercitar este derecho que se integra en el de defensa.

José Elías Esteve Moltó
Universitat de València

II. DERECHO DEL MAR

Auto de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (Sección 1ª),

núm. 1850/2014, de 16 de octubre

Recurso de Casación 801/2014

Ponente: *Cándido Conde-Pumpido Tourón*

Nos encontramos ante un auto que inadmite el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Nacional, en enero de 2014, por la actuación conforme a Derecho de las autoridades españolas en lo referente a un delito contra la salud pública de notoria importancia llevado a cabo con una embarcación, de pabellón italiano, en el que los recurrentes invocan su derecho a la inviolabilidad del domicilio.

Así, señalan los recurrentes una vulneración de su derecho a la inviolabilidad del domicilio al acordarse la diligencia de entrada y registro de la embarcación «Roma II», con pabellón italiano, sin autorización, verbal o escrita, del patrón ni del Consulado, vulnerando con ello el artículo 17 de la Convención

de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Sustancias Psicotrópicas de 1988, la Convención sobre el Derecho del Mar de 1982 y el artículo 561 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues dicha embarcación es utilizada por su propietario como domicilio para realizar travesías y en ningún caso se dedica al transporte o al comercio sino al ocio. Por último, señalan los recurrentes que la última reforma sobre la jurisdicción internacional llevada a cabo en la legislación española limita la misma a los «delitos que hayan sido cometidos fuera del territorio nacional siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieran adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho».

Como respuesta a las pretensiones de los recurrentes, el Ponente, el señor *Conde-Pumpido Tourón*, en su inadmisión del recurso de casación, argumenta que las autoridades españolas actuaron conforme a Derecho al abordar y registrar la embarcación aún sin la autorización judicial del abordaje en aguas españolas y sin la autorización diplomática o consular pues, tal y como se ha señalado en diversas ocasiones por este Tribunal, dicho requisito no guarda relación alguna con los derechos fundamentales y, por tanto, no se vulneraría el derecho a la inviolabilidad del domicilio al no tener éste como finalidad proteger la intimidad de los que viajan en la embarcación. No tendría sentido que la «intimidad» o «privacidad» de los que viajan en un buque extranjero tuviera una tutela reduplicada. Al contrario, se quieren salvaguardar otros bienes y valores muy dignos de protección pero que no tienen nada que ver con derechos fundamentales individuales. Si algo habría padecido, de estimarse que se produjo esa irregularidad, no sería un derecho fundamental sino el régimen que disciplina un aspecto de las relaciones entre Estados, pues el requisito de la autorización diplomática o consular se establece por el Derecho internacional, el Derecho del mar y las relaciones entre los Estados soberanos y tiene como objetivo la salvaguarda de las relaciones entre Estados. Además, de acuerdo a la doctrina ya establecida por este Tribunal, la Audiencia resolvió que la protección que la Constitución Española otorga al domicilio sólo alcanza a «las naves y embarcaciones, a los camarotes o zonas asignadas a áreas propias y reservadas al ejercicio de la intimidad personal» pudiendo, en todo caso, considerarse a una embarcación la morada de una o varias personas si se utiliza como reducto de su vida privada; pero lo cierto es que la embarcación afectada en este asunto, al contrario de lo señalado por los recurrentes, «no contenía partes que pudiesen destinarse a la vida privada de los miembros de la tripulación, por lo que, consecuentemente, no puede

estimarse que hubiese habido vulneración alguna del derecho a la inviolabilidad del domicilio».

Por otro lado, en lo que respecta al requisito de la autorización del capitán de barco o, en su defecto, del cónsul del país del pabellón del mismo habrá de cumplirse, de acuerdo con el artículo 561 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuando se trate de buques mercantes extranjeros en aguas internacionales, no siendo éste el caso, pues no se puede considerar como tal una lancha de recreo.

Por último, señalar que no le falta razón al recurrente con respecto a la última reforma de la justicia universal en España operada por la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, pero obvia el mismo que el abordaje se llevó a cabo en territorio español, en concreto en un puerto, en el que los tribunales españoles sí tienen plena jurisdicción.

Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Sección 3^a),
núm. 1/2015, de 2 de febrero

Caso abordaje del buque atunero Izurdia

Sumario núm. 4/2013

Ponente: *Fermín Javier Echarri Casi*

Nos encontramos ante un caso de piratería marítima cometido contra un pesquero con pabellón español frente a las costas somalíes y que se desarrolló bajo la Operación ATALANTA, puesta en marcha por la Unión Europea, al amparo de las Resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas que autorizaron en 2008 a terceros Estados a intervenir en el mar territorial de aquellos Estados ribereños que, como en el caso de Somalia, no contaban con las condiciones necesarias para ejercer sus funciones en sus aguas territoriales.

Así, el pasado mes de octubre de 2012, el barco de guerra de la Real Marina de los Países Bajos «HNLMS Rotterdam», actuando bajo el mandato de la Fuerza Naval de la Unión Europea –dentro de la Operación ATALANTA para la detención, prevención y represión de actos de piratería en las costas de Somalia (EU NAVFOR)– procedía a través de un abordaje, sin oposición ni resistencia, a la detención de varios piratas como presuntos autores de un intento de abordaje en alta mar al atunero congelador *Izurdia*, con pabellón español, en el Océano Índico. Los detenidos fueron puestos a disposición del buque de guerra de la Armada Española «BAA Castilla», también integrante de la Operación ATALANTA, y fueron trasladados posteriormente a Madrid.

Casi un año más tarde, el Juzgado Central de Instrucción nº 3 de la Audiencia Nacional, procesó a 6 nacionales somalíes como presuntos autores de un delito consumado de pertenencia a organización criminal y de un delito consumado de piratería.

Respecto al delito de organización criminal, contemplado en nuestro Código penal en el artículo 570 bis, se redactan como hechos probados que los acusados forman parte de la organización Harardhere-Hobyó, organización dedicada a la piratería de forma profesional con un *modus operandi* conocido: «asalto, abordaje y secuestro de las personas y bienes a fin de obtener un ilícito» normalmente en el Índico, frente a las costas de Somalia. Se trata de una actividad «profesionalizada» pues, como señala la Sentencia, «los acusados portaban armas de las denominadas de guerra: lanzagranadas, fusiles» lo que hace concluir que no se trata simplemente de una actividad criminal llevada a cabo por un grupo de personas de forma espontánea y autónoma, al contrario, se lleva a cabo de forma permanente y por un grupo organizado cuyo *modus vivendi* habitual es la piratería, pues no se le conocen otras actividades que sustenten su vida y la de sus familias. Concluye la sentencia que nos encontramos ante una auténtica organización dedicada a la piratería.

En cuanto al delito de piratería, tipificado en el año 2010 en nuestro Código penal tras el *asunto Alakrana*, la sentencia menciona dos tipos penales diferentes. Por un lado, el recogido en el artículo 616 *ter* de nuestro Código penal respecto al ataque de los piratas somalíes al atunero español. Señala expresamente dicha sentencia, no sólo la definición del artículo 616 *ter*, sino también la definición contenida en el artículo 101 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (o Convención de Montego Bay) de 1982 que, básicamente coincide con la definición contenida en el Convenio de Ginebra sobre Alta Mar de 1958, artículo 15, y, además, aclara la Audiencia que, si bien la defensa apunta que nos encontramos ante un delito de piratería en grado de tentativa al no alcanzarse el objetivo –no se llevo a cabo la desposesión o destrucción total del buque, no hubo daños materiales ni físicos–, basándose en los hechos probados y al ser éste un delito de mera actividad, el delito se consumó porque se realizó de forma completa el objetivo, esto es, el ataque o atentado contra las personas, cargamento o bienes que se hallaban a bordo del buque. Cuestión distinta hubiera sido que no se hubiera abierto fuego contra el buque «a pesar de haber iniciado la acción, como consecuencia de haber sido repelidos preventivamente al advertirse su intención por los servicios de seguridad privada», pues podríamos estar entonces ante una tentativa

del delito de piratería. Sin embargo, debemos hablar aquí de un delito de piratería consumado contra la Comunidad internacional mediante el que se protege la seguridad del tráfico marítimo y aéreo, bien jurídico supraindividual. Además, si nos basáramos en la Convención de 1982 tampoco el concepto de delito de piratería contemplado en la misma apoyaría la tesis de la defensa, pues la normativa internacional entiende por piratería «cualquier acto ilegal de violencia, detención o depredación».

Por otro lado, la Audiencia también recoge en la sentencia que el ataque del esquife pirata al buque de guerra holandés constituiría un delito de piratería contemplado en el artículo 616 *quarter* 1 del Código penal, al regular «un delito de piratería *sui generis*, cuya conducta típica consiste en resistirse o desobedecer las órdenes emitidas por un buque de guerra o aeronave militar o de Estado en el ejercicio de su competencia o prevención y persecución» del delito de piratería, sin que se «efectuasen disparos contra el buque de guerra holandés, ni ofreciesen resistencia alguna en el momento en que fueron abordados, limitándose a desobedecer las órdenes de que se detuviesen».

Señalar también que, tal y como recoge la Convención de 1982 en el artículo 100, los Estados deben de cooperar «en la medida de lo posible, a la represión de la piratería en alta mar o en cualquier lugar que no se halle bajo la jurisdicción de ningún Estado» y faculta a todo Estado parte en la misma a «apresar, en alta mar o en lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado, un buque o aeronave pirata o un buque o aeronave capturado como consecuencia de actos de piratería que esté en poder de piratas, y detener a las personas e incautarse de los bienes que se encuentren a bordo», pudiendo los tribunales del Estado que lo aprese imponer las penas que consideren necesarias, así como adoptar las medidas oportunas respecto al buque o aeronave, «sin perjuicio de los derechos de los terceros de buena fe», artículo 105. Sin embargo, cuando el buque se encuentre en aguas bajo jurisdicción de algún Estado ribereño, será éste el responsable de los actos de piratería que se cometan en su mar territorial.

La cuestión que se nos plantea en este caso, como bien señala la sentencia, es qué ocurre cuando se trata de Estados «incapaces de garantizar la seguridad marítima», cuestión que ya fue resuelta por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas a través de las Resoluciones 814(2008), 1816(2008), 1838(2008), 1846(2008), 1851(2008) y 1897(2008) al proteger a los convoyes marítimos del Programa Mundial de Alimentos que procuraban asistencia humanitaria a la población afectada de Somalia, así como otras embarcaciones

especialmente vulnerables. En las mencionadas Resoluciones, el Consejo de Seguridad autorizó a terceros Estados y a Organizaciones regionales «a ejercer funciones de policía en aguas territoriales somalíes, como medida temporal y excepcional, a la vista de las circunstancias sociopolíticas por las que atraviesa dicho Estado africano».

En este marco normativo internacional, el Consejo de la Unión Europea, en aplicación del Tratado de la Unión y en el marco de la Política Exterior y de Seguridad Común, aprobó el pasado 10 de noviembre de 2008, la *Acción Común 2008/851/PESC relativa a la Operación Militar de la Unión Europea destinada a contribuir a la disuasión, prevención y la represión de los actos de piratería y del robo a mano armada frente a las costas de Somalia*, acción que fue implementada a través de la *European Union Naval Force ATALANTA* (EU NAVFOR), que justificaría la intervención del buque de guerra holandés, en el caso que nos ocupa, al perseguir y detener al esquiife somalí, y la intervención del barco de guerra de la Armada española que trasladó a los detenidos somalíes.

Por último, señalar que, en aplicación del principio de personalidad pasiva, esto es, el hecho de que en el momento del abordaje el pesquero portaba bandera española en aguas somalíes, corresponde a la Audiencia Nacional la competencia para enjuiciar los hechos, pues se asigna la jurisdicción del mismo al Estado español.

Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (Sección 1ª),

núm. 168/2015, de 25 de marzo

Recurso de Casación 1342/20145

Ponente: *Joaquín Giménez García*

De nuevo nos encontramos ante un caso de abordaje declarado conforme a Derecho y, por tanto, desestimatorio de los motivos del recurso de casación presentado contra la Sentencia de la Audiencia Nacional por un delito contra la salud pública.

Los hechos probados muestran cómo los cinco condenados por un delito contra la salud pública de sustancia que causa grave daño a la salud fueron investigados, desde finales del año 2006 hasta agosto del 2009, por el Grupo Especial de Respuesta contra el Crimen Organizado (GRECO), el Servicio de Vigilancia Aduanera (SVA) y la Serious Organised Crime Agency (SOCA) del Reino Unido, tratándose de una organización coordinada que se dedica al tráfico de drogas con personas de nacionalidad española y extranjera y que

operaban en la costa sur de España. El verano de 2008 transportaron en una embarcación tipo velero una importante cantidad de cocaína desde la Isla de San Marteen; cruzando el Atlántico, aún cuando varias averías en la embarcación obligaron a retrasar la fecha de entrega y a hacer varias paradas en diferentes puertos, fueron abordados con autorización judicial y del Consulado del Reino Unido en España tras ser localizada su posición exacta en alta mar por policías embarcados en el buque de operaciones especiales del Servicio de Vigilancia Aduanera «FULMAN», en aguas internacionales pero próximos a las costas irlandesas. Practicada la entrada y registro del mismo, fueron incautados, localizándose en espacios disimulados, 250 paquetes de cocaína, teléfonos...

De los diversos motivos interpelados en el recurso de casación interpuesto más tarde por las defensas de los cinco encausados contra la sentencia dictada por la Audiencia Nacional, nos centraremos en el relativo a la falta de jurisdicción de los Tribunales españoles, motivo común en los recursos de los 5 condenados, tras la reforma de la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo en relación a la justicia universal.

Así, una vez más, el Tribunal Supremo ha señalado que, de acuerdo con el artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), los Tribunales españoles tienen clara jurisdicción en el asunto que nos compete, máxime cuando además se contaba con la autorización del Consulado inglés en España para que el buque del Servicio de Vigilancia Aduanera llevara a cabo el abordaje del velero.

Señala el ponente de la sentencia que, en primer lugar, la redacción del artículo 23.4 de la LOPJ, tras la modificación sufrida en 2014, prevé la misma competencia de los Tribunales españoles cuando de «tráfico ilegal de drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas» se trate. En segundo lugar, porque junto al Derecho interno, de acuerdo con el artículo 96.1 de la Constitución, los tratados internacionales ratificados por España y publicados en el BOE, también forman parte de nuestro Derecho interno y aquí cabe destacar la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, el Convenio sobre sustancias psicotrópicas de 1971, la Convención sobre Derecho del Mar de 1982, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada del año 2000 y, en concreto, el artículo 17 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Sustancias Psicotrópicas de 1988 al hablar de la cooperación «en todo lo posible para eliminar el tráfico ilícito por mar, de conformidad con el derecho internacional del mar». Y añade en el párrafo 3: «Toda Parte

que tenga motivos razonables para sospechar que una nave que esté haciendo uso de la libertad de navegación con arreglo al derecho internacional y que enarbole el pabellón o lleve matrícula de otra Parte, está siendo utilizada para el tráfico ilícito, podrá notificarlo al Estado del pabellón y pedir que confirme la matrícula; si la confirma, podrá solicitarle autorización para adoptar las medidas adecuadas con respecto a esa nave», señalándose en el párrafo 4 de ese artículo 17 que «el Estado del pabellón podrá autorizar al Estado requirente, entre otras cosas, a: a) Abordar la nave; b) Inspeccionar la nave...».

En tercer lugar, recoge la Sentencia la decisión del Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en relación al tráfico de drogas, que atribuye una triple atribución de jurisdicción universal a la jurisdicción española: a) En relación a los delitos cometidos en los espacios marinos cuando un tratado internacional o un acto normativo de una organización internacional permitan atribuir tal competencia, artículo 23.4.d) de la LOPJ; b) En relación a los delitos cometidos fuera de los territorios y espacios marinos cuando el delito pueda ser imputado a un español o se trate de actos de ejecución o constitución de un grupo criminal con miras a su comisión en territorio español, artículo 23.4.i) de la LOPJ; y c) En relación a cualquier delito cuya persecución se imponga con carácter obligatorio por Tratado suscrito por España, artículo 23.4.p) de la LOPJ.

Por último, hace referencia el ponente a la ya conocida doctrina de la Sala de lo Penal del Supremo que ha venido sosteniendo en numerosas ocasiones la competencia de los Tribunales españoles en casos de apresamiento de naves en aguas internacionales cuando cuenten con un abanderamiento legítimo y el Estado español haya sido autorizado por el país de abanderamiento del buque, tal y como ocurrió en el asunto que nos ocupa, al ceder las autoridades inglesas al Estado español su jurisdicción a través de dicha autorización.

Irene Vázquez Serrano
Universidad de Murcia

III. APLICACIÓN DE TRATADOS INTERNACIONALES: LA CONTROVERTIDA ADECUACIÓN DE LA REFORMA LABORAL A LA CARTA SOCIAL EUROPEA

En materia de aplicación de Tratados internacionales destacamos una sentencia del Tribunal Constitucional que examina una de las cuestiones política y jurídicamente más controvertidas de esta última legislatura. En efecto,

la sentencia 119/2014 del Pleno del TC, que no pudo incluirse en la pasada edición del Anuario, ahonda en algunos aspectos controvertidos de la reforma laboral para acabar declarando su constitucionalidad y adecuación a la normativa laboral internacional, plasmada en el Convenio 158 de la OIT. Especial relevancia adquiere el voto disidente, que acude a la Carta Social Europea y al Comité Europeo de Derechos Sociales, para llegar precisamente a la conclusión contraria.

Sentencia 119/2014

Pleno del Tribunal Constitucional de 16 de julio de 2014.

Ponente: *Andrés Ollero Tassara*. Voto particular: *Fernando Valdés Dalré*, *Adela Asua Batarrita*, *Luis Ignacio Ortega Álvarez*

Se estudia en esta sentencia alguno de los aspectos que han sido regulados por la llamada Reforma Laboral, ampliamente discutida, aceptada y simultáneamente rechazada por según qué agente social se manifiesta al respecto. Sin embargo, curiosamente el recurso de inconstitucionalidad es formulado no por sindicatos o patronal, sino por el Parlamento Navarro, lo que en cierta forma resulta un tanto ajeno, en sus funciones, al tema objeto de estudio.

El recurso, formulado por el Letrado del Parlamento, que por cierto según aprecia el Constitucional se excede en sus funciones al sobrepasar el poder conferido por el poderdante, centra su reproche en los artículos 4, 14.1 y 14.3, en conexión con el 4.2 y la Disposición Adicional Quinta de la Ley 3/2012 de 6 de julio, que establece las nuevas normas concernientes a las relaciones laborales.

El artículo 4 de la ley citada introduce el llamado contrato por tiempo indefinido para los emprendedores, entendiendo como tales las empresas de menos de 50 trabajadores. En dicho artículo se establece un periodo de prueba de un año de duración, extremo que el recurrente considera inconstitucional por vulnerar lo dispuesto en el artículo 35.1 de la Constitución que garantiza el derecho al trabajo.

La vulneración constitucional que aprecia el recurrente en el artículo 14 de la nombrada Ley, la constituye la posibilidad de inaplicación de los convenios colectivos, del llamado «descuelgue», por parte las empresas cuando se dan ciertas condiciones al efecto. Se estima que esta facultad, junto con el arbitraje obligatorio que también se instaura, infringe el artículo 24.1 y 37.1 de la Constitución. En el mismo sentido se considera que atenta a lo dispuesto

en el artículo 28 y 37.1 de la CE, el haberse otorgado primacía a los convenios de empresa respecto a los demás pactos colectivos de ámbito superior.

Con carácter previo, al examen de fondo del recurso, cabe señalar que el tribunal, haciéndose eco de la queja explanada por el Abogado del Estado, señala que no se van a examinar en el recurso los extremos relativos a la conexión que hace el recurrente al artículo 4.2, ni tampoco a la presunta inconstitucionalidad de la Disposición Adicional Quinta. Respecto de la conexión, por cuanto implica una extensión cuya competencia únicamente corresponde al tribunal estando vetada a las partes, y en cuanto a la disposición adicional, por falta de identidad entre el mandato del parlamento y esta petición, toda vez que no se contiene en dicho mandato; siendo el letrado recurrente un mero comisionado sin facultad de sobrepasar las otorgadas.

La parte demandante sienta como cánones de inconstitucionalidad de los preceptos impugnados, el haberse establecido en los contratos de los emprendedores un periodo de prueba de un año al atender a la negociación colectiva. Además se alega que establece una inadmisibles indiferenciación entre las distintas categorías profesionales, al colocarles al mismo nivel en cuanto a la duración de la prueba de admisión definitiva en el trabajo. Asimismo se invoca que no establece ninguna clase de indemnización por la finalización de la relación durante este periodo, y que también carece de control judicial, todo lo cual vulnera los artículos 14 y 35 de la Constitución; en concreto este último, en cuanto al garantizar la estabilidad en el empleo precisa para romper la relación laboral de la existencia de una causa que no se exige durante el periodo de prueba. Seguidamente se considera que se atenta igualmente a lo dispuesto en el Convenio 158 de la OIT relativo a la terminación en el trabajo.

Se opone a la demanda el Abogado del Estado señalando en primer lugar que el contrato indefinido para los empleadores se ha establecido en un periodo de crisis con la finalidad de poder favorecer, simultáneamente, a la creación de empleo y a las pequeñas empresas que lo utilicen, ya que en este periodo inicial del contrato, pueden determinar la viabilidad económica o no de dicha nueva contratación. Por otro lado este contrato alega que no infringe el Convenio 158 de la OIT, puesto que lo establecido en el mismo se refiere a toda la vigencia del contrato y aquí estamos solo ante una pequeña parte del mismo. Asimismo determina que la demandante no ha aportado argumento alguno por el que se explique la falta de razonabilidad de dicho periodo de prueba. Igualmente considera que la discriminación alegada no es admisible ya que el TC tiene sentado que «la discriminación por indiferenciación» no

entra en el ámbito del artículo 14 CE y que tampoco conculca el artículo 24.1 puesto que la decisión empresarial, si es discriminatoria y atenta a derechos fundamentales, es revisable ante los tribunales.

El Tribunal entra en el examen de esta cuestión, incluyendo como inciso preliminar, que realmente la naturaleza que pueda tener el periodo de prueba en los contratos de trabajo, es tema ajeno a un posible examen de inconstitucionalidad por cuanto se trata de una institución no prevista en la Constitución y cuya configuración corresponde al legislador ordinario. Tan solo en el caso de que dicha configuración conculque el artículo 35.1 será posible el proceder a determinar si su plasmación sustantiva es acorde o no con el citado derecho fundamental.

Por nuestra parte estimamos que en este punto la sentencia incurre en una cierta contradicción puesto que precisamente el examen de la naturaleza de la institución determinará si la misma es constitucional o no. En otras palabras que dicha naturaleza no puede escapar a una visión de su constitucionalidad pues precisamente se necesitará el entrar en su conocimiento para determinar su ajuste constitucional. Y ello es así por cuanto el artículo 35.1 garantiza la estabilidad en el empleo, que exige que la finalización de la relación laboral sea causal y se pueda reaccionar, judicialmente contra la misma. Si se admite como válido un periodo de prueba de tan larga duración como es un año, durante el mismo puede la empresa romper el nexo contractual sin fundamentarlo en causa alguna y con ello se lesionaría con esta decisión arbitraria un derecho fundamental; pudiendo ser además discriminatoria dando lugar a una reacción del trabajador en sede jurisdiccional. Por ello resulta evidente que la naturaleza del periodo de prueba persigue una finalidad que no es compatible con un tiempo tan dilatado, extremo por el cual la decisión empresarial rompiendo el contrato puede conculcar el citado artículo 35.1 y las normas internacionales referidas al derecho al trabajo.

Considera la sentencia que cuando se resuelve la relación laboral dentro del periodo de prueba establecido para la misma, no nos encontramos ante un despido sino ante una condición resolutoria acordada por las partes en el momento de la contratación. Señala que el derecho al trabajo, como el resto de los derechos fundamentales, no es absoluto, y puede entrar en conflicto con otros, en el caso concreto con el 38 CE, que establece la libertad de empresa, cuyo contenido reconoce al empresario la facultad de gestión; potestad que integra en la misma la de extinción del contrato, así como la de pactar periodos de prueba en el mismo. Se admiten pues excepciones a la causalidad resolu-

toría de los contratos. En esta misma línea el artículo 40.1 de la CE dirige a los poderes públicos un mandato para que sus políticas se orienten el pleno empleo.

Con estos antecedentes examina esta alegación de inconstitucionalidad el Tribunal para determinar si el precepto es razonable y proporcionado.

Examinando las circunstancias de hecho concurrentes en la economía española y la finalidad de este tipo de contratación, que se fija como orientada a la creación de empleo, concluye que se está ante una medida coyuntural, haciendo «atractiva» esta contratación a las empresas; atracción que supondrá un aumento de la contratación. Se considera que esta contratación se adecúa a lo dispuesto en el Convenio 158 de la OIT, ratificado por España, puesto que tal norma permite que se pacte en los contratos laborales un periodo de prueba «siempre que su duración se haya fijado de antemano y sea razonable».

Obviamente este último concepto es el motivo de la controversia. El recurrente considera que el establecer el plazo de un año, y además de forma indiscriminada, en este tipo de contratos no tiene razonabilidad alguna y por tanto contraviene el Convenio de la OIT.

Como premisas para determinar la razonabilidad y proporcionalidad de este instituto, establece la sentencia que la medida tiene un límite temporal cual es «hasta que el desempleo se sitúe por debajo del 15%». Es cierto señala el tribunal que el artículo 35.1 garantiza la estabilidad en el empleo, pero para que exista la misma es necesario que antes se produzca el empleo mismo, y la medida adoptada y ahora impugnada tiene esta finalidad en una situación, repetimos coyuntural de muy alto desempleo que exige *prima facie* cualquier medida para reducirlo. Desde esa perspectiva de creación de empleo la medida se concluye es razonable y proporcional.

No cabe admitir, indica la sentencia, la alegación por la cual se vulnera el artículo 14 de la CE por no existir diferenciación entre las distintas cualificaciones profesionales, y que debería conducir al establecer distintos periodos de prueba. Y todo ello, puesto que la medida además de permitir tanto al trabajador como al empresario el examen de cómo se desarrollan las tareas de la actividad, está encaminada a verificar si el puesto de trabajo es rentable y sostenible en el tiempo para la empresa.

La misma conclusión cabe predicar respecto de la alegación del término «en todo caso», el cual limita el derecho a la negociación colectiva de los agentes sociales, lo que implicaría una vulneración del artículo 37.1, al resultar indisponible esta materia para los negociadores. Considera la sentencia que

tal vulneración constitucional no existe por cuanto la libertad de las partes negociadoras de un convenio colectivo para seleccionar las materias del mismo, puede estar limitada por la ley.

Se precisa que el propio artículo 35.1 determina que las relaciones laborales se establecerán por ley y por tanto el derecho constitucional a la negociación colectiva no desautoriza ni desapodera al legislativo para regular determinadas materias que también podrían ser objeto de negociación. Y en «*esa eventual concurrencia resulta indiscutible la superioridad jerárquica de la ley sobre el convenio colectivo (art. 9.3 CE)*» (STC 210/1990 de 20 de diciembre FJ 2).

Por último en este ámbito, la aducida infracción del artículo 24.1 que se transgrede en cuanto que la ley reconoce al empresario la posibilidad de rescindir la relación laboral, durante un tan dilatado periodo sin posibilidad de reacción del trabajador en vía judicial, lesiona este derecho y más aún en cuanto que el desistimiento empresarial no lleva aparejado ningún tipo de resarcimiento económico. También es desestimada esta pretensión puesto que nada impide el acceso a la sede jurisdiccional de aquellas decisiones empresariales no ajustadas a la ley, concluyendo que «*lo que no garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva es el acceso a la jurisdicción para exigir una justificación causal del desistimiento empresarial, o una indemnización*».

Tras esta primera impugnación por parte del Parlamento de Navarra, le sigue una segunda concerniente a la facultad de inaplicar por parte de alguna de las empresas afectadas por un convenio colectivo, ciertas materias del mismo; esto es, el llamado «descuelgue». Posibilidad que tiene lugar sin precisar del acuerdo de la otra parte, ya que puede operar a través de decisiones de la Comisión Consultiva Nacional, o en su caso de la Comunidad Autónoma. La representación del Parlamento deriva su objeción a la ley, en este punto, al señalar que la misma rompe el sistema de negociación constitucionalmente establecido, pero tal afirmación es errónea, señala la sentencia, toda vez que no existe modelo de negociación colectiva alguno. Puntualiza que la Constitución se limita a establecer o garantizar el derecho a la negociación colectiva, señalando quiénes son sus agentes, y a que lo convenido tenga eficacia vinculante. Además cuando dicha negociación es llevada a cabo por las organizaciones sindicales se integra en el derecho a la libertad sindical (art. 28 de la CE).

El núcleo impugnado se fundamenta en el extremo que en el momento de falta de acuerdo en una negociación, la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos puede intervenir mediante una decisión vinculante para las partes. Considera el Tribunal que como ya estableció su sentencia 11/81 de 8 de

abril, un fracaso de las negociaciones puede presentar excepciones y conducir a una restricción a la negociación en aras a salvaguardar otros derechos fundamentales, siempre siguiendo criterios de proporcionalidad y razonabilidad.

De nuevo se insiste que esta medida, junto con la de inaplicabilidad parcial, se sitúa en un momento de crisis y parte del presupuesto del mantenimiento del proyecto empresarial, de su adopción a las circunstancias de productividad, viabilidad y competitividad. Es más, la empresa puede estar en situación que precisa de una regulación que permita la continuación de la actividad, y de esta forma favorecer la permanencia del empleo. Y para lograr este objetivo que en previa negociación ha fracasado, tiene lugar la intervención de la Comisión Consultiva. Ahora bien esta intervención tiene que estar fundada en límites causales, como son la concurrencia de determinados condicionamientos económicos, técnicos, organizativos o de producción. Por ello la inaplicación se limita a empresas concretas y con ciertos requisitos y está asimismo sometida a ciertas materias, y no a todo el convenio en general, y además se constriñe a límites temporales.

Por otro lado se añade que la Comisión Consultiva no es un órgano de la Administración, y en su composición se integran las organizaciones empresariales y sindicales y la propia Administración, sin que pueda deducirse que esta última es quien dicta la resolución de forma unilateral o preponderante. Y no es menos importante que la propia decisión de la Comisión está sujeta a control judicial. Por ello pues nos encontramos, según la sentencia, ante una medida proporcionada y razonable en aras a preservar bienes constitucionalmente protegidos, como son los previstos en el artículo 40.1 de la CE.

Sigue la sentencia estudiando a continuación la inconstitucionalidad del laudo arbitral de la Comisión Consultiva ya que se alega que su diseño impide el acceso a la justicia previsto en el artículo 24.1 CE, toda vez que tasa los motivos de impugnación del citado laudo, entre los que no se encuentra el principal de concurrencia del hecho causal de inaplicación del convenio. Señala el Tribunal que tiene interpretado, que los laudos que únicamente son recurribles ante la jurisdicción solo en lo relativo a las garantías formales que puedan estimarse incumplidas, no resultan conformes al derecho a la tutela judicial efectiva prevista en la citada norma constitucional. Sin embargo si el control judicial se extiende a aspectos de fondo, el laudo es compatible con el nombrado derecho fundamental.

Es más en otro fundamento de la sentencia, se señala que la norma que la decisión de la Comisión Consultiva, solo «*será recurrible conforme al procedi-*

miento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91 de LET». Ahora bien esta disposición preceptúa que cabe recurso sobre el laudo arbitral no sólo cuando no se hubiesen seguido las formalidades establecidas al efecto, sino también cuando dicho laudo «conculca la legalidad vigente». Y entre dicha legalidad vigente se permite a los tribunales el examen del laudo «*incluido el control sobre la concurrencia de las causas y de la adecuación a ella de las medidas adoptadas*», por lo que ante esta facultad la norma impugnada es acorde con el artículo 24.1 CE.

Realmente y en este punto, nos encontramos con que el Parlamento recurrente ha podido interpretar de forma errónea la posibilidad de recurso del laudo arbitral, al entender que solo podía ser impugnado respecto de aspectos formales. Si ahora el Constitucional señala que el recurso ante la jurisdiccional laboral puede comprender todo el fondo del asunto, esto es el contenido de las materias por las que la empresa aplica el descuelgue, realmente ya no hay motivo alguno de inadmisión del laudo, pues la vía judicial en todos los aspectos se encuentra libre. En este punto pues podría no haber efectivamente conculcación alguna del derecho a la tutela judicial efectiva.

Por último el reproche del Parlamento se refiere a la vulneración en que incurre el apartado 3 del artículo 14 de la Ley 3/2012, en cuanto que infringe el derecho a la negociación colectiva y libertad sindical. Dicha norma da prioridad a los convenios de empresa, y permite que estos se negocien incluso durante la vigencia de un convenio de ámbito superior, privando al de la empresa de regular ciertas materias. Reitera el Tribunal que no existe un modelo de negociación colectiva en la Constitución y que el legislador ordinario que es quien lo configura cumple la norma suprema en cuanto respete a los titulares de la negociación (representantes de los trabajadores y empresarios) y concede eficacia a lo pactado. Dentro de estas facultades que corresponden al legislador se encuentra la de establecer las normas de concurrencia entre convenios, habiéndose optado por la de dar prioridad a los de empresa, solo respecto de algunas materias y en orden a que las mismas se concreten y adapten mejor a la realidad del diario acontecer empresarial. Indica la sentencia que ello entraña que no existan otros ámbitos de negociación incluso en materias que han sido objeto de pacto colectivo a nivel de empresa, materias que serán de aplicación al resto de empresas que no dispongan de convenio particular.

Además el artículo 37.1 establece respecto de las unidades de negociación que lo serán «*la representación legal de los trabajadores*», por lo que a nivel de empresa los delegados de personal o el comité de empresa son tales representantes y en consecuencia la norma no infringe los principios dictados por el 37.1.

En este extremo si podemos admitir que el legislador común establezca las reglas de concurrencia, pero lo que no resulta aceptable es que vigente un convenio de ámbito superior a la empresa, pueda en ciertas materias ser sustituido por uno de ámbito menor pues ello implica incumplir el principio «*pacta sunt servanda*», que en definitiva es el recogido en el artículo 37.1 CE cuando se refiere al respeto de la eficacia de lo convenido, ya que tal eficacia se diluye, si vigente un convenio que goza de esta eficacia constitucional, es en ciertas materias, sustituido por otro en el que no han intervenido las partes negociadoras del primero.

En este sentido debe recordarse que en el artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores se regula la denominada concurrencia de convenios colectivos, la cual se produce cuando varios convenios colectivos tiene una coincidencia de ámbito y vigencia y al efecto señala que: «*Un convenio colectivo, durante su vigencia, no podrá ser afectado por lo dispuesto en convenios de ámbito distinto salvo pacto en contrario, negociado conforme a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 83, y salvo lo previsto en el apartado siguiente.*» Es decir, que ateniéndose a las reglas jurídicas de los contratos, ninguna de las partes puede apartarse de lo pactado y convenido de forma unilateral. Sin embargo en este mismo artículo se prima, en contra de estos principios, la aplicación de los convenios de empresa rompiendo la norma general de concurrencia.

Resulta evidente que un convenio de empresa se acomoda con mayor rigor y eficacia a la realidad empresarial, pero si el artículo 37.1 CE otorga eficacia al resultado de la negociación colectiva, dicha eficacia no puede quedar limitada por otro convenio en tanto no pierda vigencia el primero. En consecuencia en este punto si podría haberse apreciado infracción del mencionado precepto constitucional.

Efectuadas todas estas consideraciones, la sentencia desestima el recurso del Parlamento Navarro y declara la reforma en los puntos tratados conforme a la Constitución. Ahora bien la sentencia contiene un voto disidente al que se adhieren otros dos magistrados. Esta disidencia se manifiesta, en primer lugar, respecto de la afirmación que hace la mayoría por la cual el artículo 37.1 concede al legislador ordinario la libertad de diseño de la negociación colectiva. Estima el voto disidente que tal libertad, que ciertamente existe, en modo alguno es absoluta y que, además el citado artículo constitucional, impone el deber de que el legislador adopte medidas positivas para la efectiva negociación colectiva y sus resultados. Así pues se apunta que el legislador está obligado a incentivar la negociación contractual colectiva, estableciendo los pertinentes presupuestos a tal fin.

Asimismo estima la disidencia que la reforma rompe el modelo constitucional de negociación colectiva, al permitir que «cualquiera de las partes» (precisando que se favorece únicamente a la empresarial) puede de forma obligatoria proceder a la inaplicación del convenio por un tercero ajeno a los sujetos en conflicto. Además no se comparten los argumentos relativos a que se está favoreciendo la competitividad y viabilidad de la empresa, conceptos que deben integrarse en el principio de libertad de empresa que comprende la gestión empresarial, a la que deben de adscribirse estas circunstancias. Es por ello que se llega a afirmar que: «*La función del Estado no puede articularse a través de una actividad sustitutiva ni de la negociación ni de la solución del conflicto que esta tiende a solucionar*».

Considera el voto particular que sí existe un modelo de negociación colectiva que se rompe con la Reforma, y es aquél que el TC ha venido elaborando a través del tiempo en sus sentencias, afirmando la relación entre la autonomía de negociación y la libertad sindical; estableciendo una especial protección negociadora al sindicato. Se enfatiza que la negociación colectiva se configura como un derecho esencial de la libertad sindical y que forma parte del derecho fundamental sindical al ejercicio de las facultades de negociación. Por todo ello de forma coherente concluye que el laudo de la Comisión Consultiva vulnera la libertad de estipulación.

Discrepa también el voto particular de la constitucionalidad del periodo de prueba establecido en los contratos de los Emprendedores. Se aduce que el derecho al trabajo se articuló como el derecho a la continuidad y estabilidad en el empleo, que se concreta en no ser despedido sin justa causa. El artículo 35.1 impone la causalidad extintiva de la relación laboral, y en este sentido la Carta Social Europea de 1961, consagra el derecho a la protección en caso de despido.

Asimismo se hace cita de las medidas del Gobierno griego con ocasión de la aplicación del memorándum del rescate financiero, que introdujo un periodo de prueba de un año de duración en ciertos contratos y el Comité Europeo de Derechos Sociales dictaminó, por unanimidad, que «*si bien es legítimo establecer periodos de prueba (...) el concepto no debería ser tan amplio y la duración tan prolongada*», por lo que el establecimiento de esta duración se opone al artículo 4.4 de la Carta Social Europea. Este excesivo periodo de prueba, señala el voto discrepante, es una medida «*constrictiva del principio de causalidad al permitir al empresario el retrasar la aplicación de las garantías que dicho principio activa*». Al empresario este retraso le permite el ahorro de una indemnización

pero al trabajador le priva de la mayor de sus garantías laborales, el no ver su contrato rescindido sin la existencia de justa causa. La consecuencia es, para el voto disidente, que no se cumple el canon de proporcionalidad, y por ende deriva hacia la inconstitucionalidad.

Asimismo debe añadirse que por el Juzgado de lo Social número 23 de Madrid se planteó ante el TJUE distintas cuestiones prejudiciales relativas a la reforma laboral. Este Tribunal ha contestado que si bien carece de competencias para enjuiciar el tema, el contrato en disputa (establecido en la reforma) no puede calificarse de contrato de duración determinada, por lo que no está comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva sobre el trabajo de duración determinada. También establece el tribunal que *«el derecho de la Unión no impone ninguna obligación concreta por lo que respecta a los períodos de prueba en los contratos de trabajo y que, el hecho de que el contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores pueda financiarse con cargo a los fondos estructurales no es suficiente para considerar que se esté aplicando el derecho europeo.»* Es por ello que el tribunal de Luxemburgo parece estar avalando la postura del TC que declara la constitucionalidad de la reforma.

Con carácter previo a la sentencia que comentamos algunos juzgados de lo Social, como el número 2 de Barcelona en sentencia de 19 de noviembre de 2103, estimó la demanda que consideraba despido, la rescisión del contrato durante este dilatado periodo de prueba, precisamente por atentar contra el artículo 4.4 de la Carta Social Europea que obligaba según esta sentencia a establecer un preaviso razonable en la terminación de la relación laboral. En el mismo sentido se pronunció la sentencia de 27 de noviembre de 2013 del Juzgado de lo Social nº 1 de Toledo. Debemos estimar que desafortunadamente los argumentos esgrimidos en estas resoluciones judiciales, jurídicamente ya no tienen solidez ante la declaración de constitucionalidad de la reforma en los puntos controvertidos mencionados.

**Sentencia de 29 de enero de 2015,
Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo,
Tribunal Supremo.**

Recurso de casación nº 310/2012

Este asunto examina la normativa internacional que debe prevalecer entre una reserva de España al Convenio Europeo de Patentes de 1973 y el posterior Acuerdo sobre los Aspectos de la Propiedad Intelectual relaciona-

do con el Comercio (ADPIC) de 1995 en relación a una serie de patentes de productos farmacéuticos y químicos. Todo ello, habida cuenta que estas últimas normas pasan a formar parte de la esfera competencial de la Política Comercial Común de la UE tras el Tratado de Lisboa en materia comercial de la propiedad intelectual e industrial. Llama la atención en este caso que el Tribunal Supremo no haya aceptado los nuevos criterios dictaminados por los últimos veredictos del TJUE en relación a la aplicabilidad directa del ADPIC.

José Elías Esteve Moltó
Universitat de València

IV. DERECHO A LA REVISIÓN DEL FALLO CONDENATORIO Y LA PENA IMPUESTA: LA REITERADA LAGUNA DE CAUCES PROCESALES EN LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS DEL TEDH

En materia de revisión del fallo condenatorio y de la pena impuesta durante el periodo cubierto por este trabajo de nuevo salen a la luz cuestiones reiteradas pero no resueltas en el orden interno español, en relación a la ejecución de las sentencias del TEDH. Además esta vez se trae a colación el agravante, con ocasión de la sentencia de 27 de noviembre de 2012 del llamado asunto Vilanova Goterris y Llop García c. España, tras la inadmisión de la vista pública en la casación ante el TS, lo cual puede reiterar una vulneración del artículo 6 CEDH.

Auto 8256/2014,
Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 5 de noviembre de 2014.
Ponente: *Joaquín Giménez García*

El caso se origina con ocasión de una querrela presentada por unos vecinos de un pueblo de Castellón contra su alcalde y los responsables de la gerencia de una empresa de cerámica, al estimar que habían incurrido el primero en un delito de prevaricación medioambiental y el segundo en un delito contra el medioambiente, por los daños que les había causado el excesivo ruido derivados de la actividad productiva (contaminación acústica) llevada a cabo por la empresa querrelada. La Audiencia Provincial de Castellón, tras practicar la vista pública, en base a las pruebas aportadas y las derivadas de la comparecencia, absolvió a los imputados. Disconformes los querellantes con tal sentencia, interpusieron contra la misma recurso de casación. Dicho Tribunal, sin

celebrar nueva vista, tal como está preceptuado en este tipo de recursos, dictó sentencia condenando a los querellados por sendos delitos de prevaricación medioambiental y contra el medioambiente.

Esta vez fueron los querellados-condenados quienes interpusieron recurso de amparo ante el TC, el cual fue inadmitido. Agotadas las vías judiciales españolas los condenados formularon recurso ante el TEDH alegando infracción de lo dispuesto en el artículo 6 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos que recordamos, señala que: «*Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativamente (...) por un Tribunal (...) que decidirá (...) sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella.*»

La queja se constreñía a que habían sido condenados por el TS de España, sin haber haberse celebrado vista pública en que la pudieren ser oídos los querellados. El Gobierno español se opuso al recurso señalando que la casación en España no prevé la vista pública, y que asimismo los recurrentes podrían haber solicitado la celebración de la misma, además de haber tenido la oportunidad de presentar sus alegaciones por escrito.

Por parte de los recurrentes se reiteró que debían haber sido oídos en tanto se había hecho por el Supremo una nueva valoración de la prueba practicada, siendo condenados a causa de esta nueva valoración sin que fuesen escuchados en esta fase procesal.

El TEDH expresó en su sentencia que no era admisible el argumento del Reino de España, relativo a que podían haber solicitado vista pública los condenados, puesto que en cualquier caso incluso de celebrarse ésta, no habrían sido oídos, ya que en el recurso de casación únicamente se emiten conclusiones y no se vuelven a examinar ni a imputados, ni a testigos. Señala asimismo Estrasburgo que ciertamente el TS llevó a cabo una nueva valoración de los elementos de prueba, y todo ello «*permiten al TEDH observar que el Tribunal Supremo fundó su conclusión sobre una nueva valoración de los elementos de la prueba practicada en el transcurso de la vista pública en la Audiencia Provincial y sobre los cuales las partes habrían podido presentar sus alegaciones. El Tribunal Supremo ha procedido a esta nueva valoración sin haber tenido contacto directo con ellos y, sobre todo, sin haber permitido a las partes exponer sus argumentos en contra de las conclusiones expuestas.*»

A la vista de ello falla estimando el recurso.

1. Dictada sentencia favorable a los recurrentes se presentaba el problema de proceder a su ejecución, ya que como es bien sabido el ordenamiento jurídico español, no tiene previsto un cauce procesal para la ejecución de

estas sentencias, hasta tal punto que el día 21 de octubre del año 2014 el Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, adopto por unanimidad el siguiente fallo:

2. «Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 21-10-2014, sobre la viabilidad del Recurso de Revisión como vía procesal para dar cumplimiento a las resoluciones del TEDH en el que se haya declarado una vulneración de derechos fundamentales que afecten a la inocencia de la persona concernida.

ÚNICO PUNTO: La viabilidad del Recurso de Revisión como vía procesal para dar cumplimiento a las resoluciones del TEDH en el que se haya declarado una vulneración de derechos fundamentales que afecten a la inocencia de la persona concernida.

ACUERDO: En tanto no exista en el ordenamiento Jurídico una expresa previsión legal para la efectividad de las sentencias dictadas por el TEDH que aprecien la violación de un derecho fundamental del condenado por los Tribunales españoles, el recurso de revisión del art. 954 LECri. cumple este cometido.»

Con anterioridad a la adopción de este acuerdo, dicho Alto Tribunal ya en otros autos había declarado que era obligación del legislativo el establecer el procedimiento de ejecución de estas sentencias, pedimento baldío al ser desatendido de forma reiterada. Se había acudido para salvar esta laguna procesal, en otras ocasiones, al incidente de nulidad regulado en el art. 241 LOPJ, con el muy grave inconveniente de que para el mismo se prevé un plazo muy corto de 20 días para la solicitud de nulidad desde que se tuvo el conocimiento del defecto causante de la indefensión, lo que conducía en la práctica a la imposibilidad de su aplicación. Además esta vía procesal presentaba el obstáculo por el cual la resolución que se dictaba en el mismo, no tenía recurso.

De esta forma el auto de 13 de mayo de 2013 dictado por el Tribunal Supremo en el recurso nº 4386/1998 selló definitivamente esta vía en el asunto de la sentencia del TEDH Llavador Carretero c. España. En el mismo, tras estimar la pretensión del recurrente, el cual como era lógico, exigió su ejecución en España a través del incidente de nulidad, el TS decretó su inadmisión por considerar dicha petición extemporánea, al haber sobrepasado el corto plazo para su interposición. Esta desestimación venía a traer la grave consecuencia por la cual las sentencias del TEDH podían quedar sin posibilidad de ejecución en España, lo que en definitiva conculcaba lo dispuesto en el artículo 46.1 del CEDH.

Por ello si bien con el auto citado se ha habilitado una vía procesal para la ejecución de las sentencias del TEDH a través del recurso de revisión, éste adolece de limitaciones que nos parecen incompatibles con una demanda de ejecución de sentencia y que supondrán nuevos y futuros recursos.

Asimismo continúa manteniéndose un grave problema pendiente de resolver y de fuerte trascendencia futura en el derecho interno penal español. Por un lado el artículo 6 del CEDH exige el principio de contradicción presencial de los imputados para ser condenados, cualquiera que sea la fase procesal en que ello tenga lugar. Pero por otro lado, resulta contrario a dicho precepto el recurso de casación en tanto que no prevé la vista oral con presencia de los inculcados, lo que según el mencionado artículo 6 debe impedir su condena, si previamente habían sido absueltos. Ello determina la esterilidad de la casación en todos aquellos supuestos en los que los imputados han sido absueltos en la instancia.

Más aún nos podríamos preguntar si esta doctrina podría ser aplicable en el derecho sancionador administrativo y laboral, puesto que se tienen declarados que los principios penales son aplicables a esta rama administrativa y laboral. Se podría argumentar que estos principios son aplicables con matices, puesto que el derecho penal puede conllevar la privación de la libertad, pero este argumento no es válido pues hay condenas penales que no implican necesariamente la detención, sino la aplicación de otras penas similares a las del derecho sancionador laboral y administrativo, que no deben ser discriminados en estos supuestos. En conclusión, que se ha abierto una vía con resultados futuros imprevisibles, como consecuencia de este auto del TS en aplicación de la sentencia de 27 de noviembre de 2012 del llamado asunto Vilanova Goterris y Llop García c. España ante el TEDH.

**Sentencia 330/2015 de 19 de mayo de 2015,
Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.**

Nº recurso: 20590/2014. Ponente: *Miguel Colmenero Menéndez de Luarca*

De nuevo reaparece el problema de la ausencia de un procedimiento que establezca la forma de ejecución de las sentencias dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Esta vez el Pleno de la Sala de lo Penal del TS emite el presente veredicto reiterando que el cauce adecuado para la citada ejecución resulta ser el recurso extraordinario de revisión. Haciendo uso de este procedimiento procesal se formuló dicho recurso por parte de quien

había obtenido sentencia del mencionado tribunal a su favor. El TS en la sentencia referenciada da interpretación a esta forma de ejecución, examinando el fallo de la sentencia de Estrasburgo estimando parcialmente la revisión, y manteniendo casi íntegramente el contenido de su sentencia recurrida ante el TEDH.

En el presente caso las actuaciones se remontan al año al año 1996, en el que se remite al fiscal unas actuaciones administrativas que se estimaba suponían ilícitos penales. En noviembre de 1998, el juzgado de instrucción apertura un procedimiento abreviado y posteriormente el juicio oral tiene lugar en la Audiencia Provincial de Córdoba el 14 de octubre de 2002, dictándose la sentencia el 11 de noviembre de 2003, en la que todos los imputados fueron absueltos. Formulado recurso de casación por el ministerio fiscal, el TS mediante sentencia de 14 de octubre de 2005, condenó a los imputados a diversas penas por los delitos de estafa, falsedad en documento oficial y falsedad en documento mercantil. A su vez contra dicha sentencia se elevó, por quien insta ahora la revisión, recurso de amparo ante el TC, siendo inadmitido, lo que determinó la interposición de una nueva demanda ante el TEDH, cuya sentencia de 20 de marzo 2012 declaró admisible la demanda en lo relativo a las quejas derivadas de una violación del artículo 6.1 CEDH en conexión con el carácter equitativo del proceso y su duración.

En esta sentencia el TEDH considera de nuevo que el TS debía haber oído personalmente al recurrente, lo que no hizo toda vez que en España no existe este trámite procesal en el recurso de casación. Asimismo estimaba que había existido excesiva demora en la tramitación procesal, con un lapsus de más de cinco años de total paralización, lo que no quedaba excusado por la complejidad del asunto.

Conocido por los demandantes en revisión, que este cauce había sido declarado como apto por el TS para la ejecución de las sentencias del TEDH, hicieron uso del mismo, y tras los oportunos trámites procesales presentaron el recurso de revisión solicitando la nulidad de la sentencia del TS en que habían sido condenados. El Ministerio Fiscal se adhirió a esta petición.

El TS estima parcialmente la revisión sentando distintos extremos que implicarán futuras y graves controversias. Y así expresa que el que se haya declarado que el recurso de revisión es vía apta, en tanto el gobierno sea incapaz de atender la petición de que positivase un camino procesal *ad hoc*, no cambia la naturaleza jurídica de este recurso al cual se puede acudir al estimar que las sentencias de Estrasburgo constituyen un hecho «nuevo» que permite el ac-

ceso a esta vía. En este sentido *«lo que permite el llamado recurso de revisión (...) es el examen o reapertura del caso (...) que no siempre determinará la nulidad de la sentencia condenatoria dictada contra quien acudió al Tribunal de Estrasburgo, pues puede que no haya sido afectado todo el proceso o que la declaración no se refiera a todas las pruebas, y que subsista material suficiente, independientemente de la vulneración declarada, que autorice el mantenimiento de la condena total o parcialmente.»*

Seguidamente el Supremo señala que el TEDH argumenta que la sentencia impugnada condena al recurrente «en un medio de prueba que no se había examinado durante el juicio» de la Audiencia, y que el TS «privó» al recurrente de la posibilidad de defenderse. Asimismo el Tribunal de Estrasburgo determinó que para llegar a una nueva interpretación jurídica invocada por el acusado, «se pronunció sobre circunstancias subjetivas, en particular su conocimiento de la irregularidad de las operaciones comerciales». Añade que el TS concluyó que el acusado había tenido pues esa intencionalidad o dolo, llegando a esta conclusión «sin haber procedido a la valoración directa del testimonio del demandante». En otras palabras que el Supremo estimó como hecho probado que el inculpado tenía conocimiento del ilícito que se cometía, y tal conclusión al concernir a circunstancias subjetivas del acusado, para poder mantenerse era necesario el haber sido oído de forma directa ante la Sala; lo cual no se hizo, extremo que determina para Estrasburgo la vulneración del derecho a un proceso equitativo.

Tras estas consideraciones parte la sentencia, objeto del presente breve comentario, del principio por el cual debe acatarse lo declarado por el TEDH. En todo caso se añade, que ello se efectúa a través de la facultad que permite la revisión, al posibilitar apreciaciones jurídicas. En este sentido afirma que su sentencia no ha establecido *ex novo* el dolo del acusado, puesto que realmente la sentencia de la Audiencia Provincial no niega su existencia y *«de sus razonamientos jurídicos no puede desprenderse razonablemente la ignorancia de la propia conducta del recurrente»*. De esta forma lo que hace la sentencia del TS, recurrida ante Estrasburgo, no es sino una corrección jurídica de la interpretación de la Audiencia Nacional, y no una modificación de este hecho relativo a la conducta del inculpado, por lo que en este sentido cabe mantener su condena por los delitos de falsedad en documento mercantil y estafa, así como todo el resto de pronunciamientos, anulando tan solo la imputación del delito de falsedad en documento oficial.

Igualmente el TS mantiene íntegramente la pena impuesta en estos delitos, ya que si bien el TEDH ha apreciado la existencia de demora excesiva

en el juicio, ya que su sentencia supone un reconocimiento de esta demora «*a través de una reducción de la pena legalmente imponible a través de la individualización*» que llevo a cabo. En definitiva que no otorga efecto alguno material a la declaración de Estrasburgo que apreció la demora excesiva.

Estas conclusiones nos parecen harto discutibles. Ciertamente el Gobierno ha desoído lo que el propio TS le pidió en el auto que determinaba como vía procesal a seguir el recurso de revisión, cual era el que habilitase un procedimiento para llevar a cabo las ejecuciones de las sentencias dictadas por el TEDH, toda vez que inhabilitaba en sus fallos sentencias firmes con valor de cosa juzgada. El Gobierno no ha querido o ha sido incapaz de establecer el cauce adecuado, y nos encontramos ahora en terreno resbaladizo y cenagoso. Consecuentemente nos enfrentamos ante una ejecución de sentencia, que según el artículo 18.2 de la LOPJ debe cumplirse en sus propios términos, lo que parece querer evitar toda interpretación que los limite. Y en este sentido las manifestaciones del TS pueden entrañar un cercenamiento de este derecho puesto que una reapertura del pleito, como dice suponer el recurso de revisión, puede conducir a consecuencias diferentes de las establecidas en la sentencia. Por todo ello resulta dudoso que la ejecución de la sentencia del TEDH se ajuste a lo prescrito en el artículo 46 CEDH.

**Sentencia 53/2015 de 16 de marzo,
Sala Primera del Tribunal Constitucional.**

Recurso n° 6372-2012

Se estudia en esta sentencia la aplicación retroactiva de un cambio jurisprudencial mediante el cual se exigen nuevas formalidades a unas actuaciones que se llevaron a cabo en un momento ateniéndose a la jurisprudencia vigente en esa fecha. La sentencia que se examina declara la aplicabilidad retroactiva de la nueva jurisprudencia, al estimar que no lesiona el derecho al acceso a la justicia en su modalidad de acceso a los recursos y asimismo no infringe lo dispuesto en el artículo 6.1 CEDH.

Los antecedentes de hecho son los siguientes: el demandante de amparo, ante una sentencia adversa de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, preparó contra la misma recurso de casación. El mismo se efectuó a través de un escrito que se registró en la citada Audiencia con fecha 4 de noviembre de 2010. El escrito de preparación se redactó de acuerdo y cumpliendo con los criterios jurisprudenciales vigentes en ese momento y la Audiencia tuvo por preparado el recurso.

Llegados los autos al TS, éste remitió a las partes escrito para que en el plazo de diez días formularan alegaciones sobre la posible inadmisión del recurso, al estimar que de conformidad con su auto de 10 de febrero de 2011, el escrito de preparación no cumplía los nuevos requisitos que se exigían como consecuencia de una nueva interpretación jurisprudencial.

Efectuadas alegaciones por las partes, el TS dictó auto el 9 de febrero de 2012, inadmitiendo el recurso. Se señala que el escrito de preparación del recurso no contiene cita expresa de los concretos preceptos o jurisprudencia *«que se reputan infringidos o del contenido de las infracciones normativas o jurisprudenciales que se pretendan denunciar»*; exigencia esta que reiteramos ha venido siendo aplicada únicamente desde el citado auto de 10 de febrero de 2011.

Como no podía ser de otra forma, el recurrente formuló incidente de nulidad de actuaciones, alegando vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva prevista en el artículo 24.1 CE e infracción del artículo 6.1 del Convenio de Roma para la protección de los Derechos Humanos, al darle a la nueva jurisprudencia efectos retroactivos. El TS procedió a desestimar el incidente de nulidad, aduciendo que las nuevas exigencias en la preparación del recurso de casación son perfectamente admisibles de conformidad con la doctrina constitucional que acepta sin reservas los cambios de criterio jurisprudencial, siempre que éstos sean motivados y razonables, pues no se puede pretender que la jurisprudencia tenga carácter monolítico. No supone, tampoco, discriminación alguna que conculque el principio de igualdad, pues lo que prohíbe este principio es el cambio irreflexivo o arbitrario. En definitiva concluye el TS que *«barrá de aplicar el nuevo criterio jurisprudencial a todo supuesto o situación jurídica que tenga ante sí para resolver; con independencia del momento temporal en que se interpuso el recurso.»* Lo contrario entrañaría petrificación del derecho.

Desestimado el incidente de nulidad se presentó recurso de amparo que es resuelto por el TC desestimándolo. La parte recurrente volvió a reproducir en el amparo sus argumentos, señalando sustancialmente que se vulneraba el artículo 24 CE en su dimensión de acceso a los recursos. Manifestaba que la doctrina imperante en el momento de llevar a cabo la preparación del recurso no exigía los nuevos requisitos que se establecen *«ex novo por vía de interpretación judicial posterior»*, y que la *«configuración legal del procedimiento no puede quedar al arbitrio de la interpretación judicial si la misma (...) es contraria a la literalidad y finalidad de la norma»*. El recurrente por ello se ve sorprendido *«por una inadmisión según un criterio interpretativo posterior aplicado retroactivamente»*. Ello vulnera el artículo 6.1 CEDH al negar un recurso por *«una irregularidad*

formal subsanable», provocando «*una manifiesta indefensión*». El Abogado del Estado se adhirió a esta postura, al expresar en sus alegaciones que el Auto denegando la admisión del recurso, «*supone frustrar sorpresivamente un razonable expectativa o confianza legítima*». Por su parte el Ministerio Fiscal se opuso a la admisión del amparo.

Con estos antecedentes el Tribunal desestima el recurso y no otorga el amparo partiendo del hecho de que según el TEDH estamos ante una cuestión que depende de los jueces ordinarios. Considera asimismo el TC que la cuestión entra «*dentro de las facultades jurisprudenciales que corresponden al TS*» que es soberano en este punto. Expresa que el citado TEDH ha señalado «*que las exigencias de seguridad jurídica y de protección de confianza legítima de los litigantes no generan un derecho adquirido a una determinada jurisprudencia por mas que hubiera sido constante*», pues «*lo contrario impediría cualquier cambio o mejora en la interpretación de las leyes*». Acaba afirmando que «*la sentencia que introduce un cambio jurisprudencial hace decir a la norma lo que la norma desde un principio decía*». Por todo ello desestima el amparo.

Resulta cuanto menos curiosa la afirmación última transcrita, sino contradictoria y un tanto insostenible, puesto que si la nueva interpretación no cambia lo que la norma desde el principio dice o decía, significa sin lugar a dudas, que las interpretaciones anteriores, no eran acordes con dicha normas y por tanto erróneas y defectuosas. Posiblemente esta consideración pueda predicarse de toda nueva interpretación, lo que nos introduce en el grave problema, mencionado en la sentencia, de la «*petrificación del derecho*», cuya única y posible salida tal vez sea lo dispuesto en el artículo 7 del Código Civil al señalar que las normas se deben de interpretar de conformidad con el tiempo de su aplicación. Más ello, no lo olvidemos, supone entrar en un total relativismo jurídico, y más aún si aceptamos que la interpretación debe ser acorde con el tiempo en que se realiza, lo cual provoca dos consecuencias. Primero: Que la jurisprudencia anterior estaba acorde con el momento en que se efectuó y por tanto era razonable. Segundo: Que la actual corresponde al tiempo presente y por tanto no puede tener efectos retroactivos, puesto que vulneraría el citado artículo 7 del Código Civil en el que nos hemos basado para admitir el cambio jurisprudencial.

Con todo aparece otro condicionante; de no admitir la anterior consideración, como es la relativa a que si la actual jurisprudencia es la que mejor se adapta a la norma, o como dice el TS es la que interpreta lo que realmente dice, supone que la anterior era defectuosa, y en consecuencia nos tendríamos

que preguntar ¿sobre qué base la nueva jurisprudencia es mejor que la anterior? ¿por una simple apreciación subjetiva de los nuevos magistrados? Sea como fuere no resulta convincente la decisión comentada.

Debe destacarse que existe un voto discrepante de dos magistrados, que ratifican la posición que adoptaron en las sentencias del TC 7/2015 de 22 de enero y 16/2015 de 16 de febrero, disintiendo de la mayoría del tribunal, al considerar que la jurisprudencia no debía tener efectos perjudiciales retroactivos puesto que atentaba a la seguridad jurídica y a la confianza generada por la propia jurisprudencia.

Pudiera añadirse que el presente auto del TS colisiona con lo que expresó el TEDH en el caso de Inés del Río Prada (salvando las distancias, puesto que en este caso estábamos en vía penal y ahora nos encontramos en sede de lo contencioso administrativo) en la que se sientan unos principios que consideramos han sido ignorados por el TS. En este sentido el TEDH señala que la noción de «Derecho» utilizada en el artículo 7 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos, corresponde a la de «Derecho» que figura en los otros artículos del Convenio. No hay pues según esta concepción del TEDH, diferencia entre derecho penal, administrativo, civil, en cuanto a los principios que se establecen en el Convenio. Y además determina, y ello es importante que esta noción «*incluye el derecho de origen tanto legislativo como jurisprudencial e implica consideraciones cualitativas como son las de accesibilidad y previsibilidad*».

El Tribunal de Estrasburgo aprecia pues, sin asomo de duda, que toda noción de derecho está condicionado por la previsibilidad para las partes que deben de aplicarlo, ello hasta tal punto que una nueva conducta jurisprudencial que modifique la anterior y que en aquel momento no era razonablemente previsible nunca puede tener efectos retroactivos. El principio fundamental que sienta el TEDH es el de posibilidad razonable de la previsión del cambio. Solo en este supuesto la nueva jurisprudencia puede afectar a situaciones anteriores pendientes de algún trámite procesal. Y regresando de nuevo al presente caso resulta absolutamente imprevisible la nueva jurisprudencia y por tanto no se podía acomodar la forma procesal a ella (*ad impossibilia nemo tenetur*) conculcando, en consecuencia, la tutela judicial efectiva la aplicación retroactiva de la nueva jurisprudencia, que tampoco olvidemos según el TEDH equivale a Derecho. Es decir, se está aplicando retroactivamente una ley que resulta más perjudicial para el litigante y que además le cercena el derecho al acceso a los recursos.

José Elías Esteve Moltó
Universitat de València

V. APLICACIÓN DEL 10.2 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno)

núm. 7/2015, de 22 de enero

Recurso de Amparo 2399/2012

Ponente: *Juan Antonio Xiol Ríos*

Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera),

núm. 16/2015, de 16 de febrero

Recurso de Amparo 1114/2012

Ponente: *Francisco Pérez de los Cobos Oribuel*

Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera),

núm. 53/2015, de 16 de marzo

Recurso de Amparo 6372/2012

Ponente: *Francisco Pérez de los Cobos Oribuel*

Analizamos tres Sentencias en las que el Tribunal Constitucional desestima el recurso de amparo interpuesto contra una sentencia emitida por el Supremo que, a su vez, inadmitió el recuso de casación emitido por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, al preparar la demandante un recuso de casación contra la Sentencia de la Audiencia Nacional que fue desestimado por el Tribunal Supremo, indicando que la demandante en el escrito de preparación de su recurso puso de manifiesto la intención de interponer el recurso, el carácter recurrible de la resolución impugnada, la condición de recurrente y el plazo para la presentación del recurso. A ello añadió «la precisión de que el recurso iba a fundarse en los motivos c) y d) del art. 88.1 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativo». Sin embargo, señala el Supremo que la demandante hizo caso omiso a una Providencia que les señaló a las partes, otorgándoles un plazo de 10 días para que indicaran «en el escrito de preparación del recurso (...) los motivos de casación y las correspondientes infracciones normativas o jurisprudenciales que se desarrollarán en el escrito de interposición (art 88.1, 89.1 y 93.2^a) de la Ley Jurisdiccional» en el sentido del Auto de 10 de febrero de 2011. Durante ese plazo la demandante de amparo interesó la admisión del recurso de casación interpuesto, que fue inadmitido más tarde por el Tribunal Supremo alegando que:

«En efecto, como ha señalado esta Sala en numerosas ocasiones, cuando el artículo 89.1 de la Ley Jurisdiccional 29/1998 establece que el escrito de preparación debe contener una sucinta exposición de los requisitos de

forma exigidos, se está refiriendo a los requisitos expresados en los artículos anteriores, y entre ellos figura de forma primordial la tajante regla procesal del artículo 88.1, que exige que el recurso se funde, exclusivamente, en alguno o algunos de los cuatro motivos que ahí se perfilan; de manera que es carga del recurrente en casación indicar ya en la fase de preparación el concreto o concretos motivos en que se fundará el recurso, con indicación de los concretos preceptos o jurisprudencia que se reputan infringidos o del contenido de las infracciones normativas o jurisprudenciales que se pretendan denunciar y desarrollar en el escrito de interposición del recurso de casación, aunque fuere de forma sucinta. Si así no se exigiera, (...) el trámite de preparación quedaría privado de su sentido y finalidad característicos, desde el momento que el Tribunal a quo quedaría desprovisto de elementos de juicio para verifica que el recurso de casación cumple el más primario requisito de procedibilidad (...); y la parte recurrida carecería de la información necesaria al respecto para adoptar la posición procesal que estimara pertinente».

Ante la aplicación de esta nueva doctrina recogida en el Auto de 10 de febrero de 2011, la demandante adujo incidente de nulidad de actuaciones, argumentando que la inadmisión del recurso de casación provocaba la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución, en relación con los artículos 9 y 117 del mismo texto, y, en relación con el artículo 10.2 de la Constitución, también el artículo 6.1 del Convenio de Roma de 1950, señalando además que «la defectuosa preparación imputada venía referida a un requisito limitativo del acceso al recurso que no está previsto por el legislador y que deriva de una interpretación judicial contraria a la literalidad y finalidad expresa de la norma, procediéndose a su aplicación sin posibilidad de subsanación y en efecto retroactivo sobre actos realizados bajo un criterio interpretativo distinto».

Así las cosas, el objeto del recurso de amparo planteado por la demandante se basa en el análisis de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a los recursos, por un lado, porque los autos impugnados se fundan en un requisito de admisibilidad no exigido por la ley; y, por otro lado, porque la exigencia de anticipar en el escrito de preparación del recuso de casación los concretos preceptos o la jurisprudencia que se reputan infringidos se ha aplicado con carácter retroactivo, en un momento en que aquella exigencia no era conocida ni requerida en la jurisprudencia precedente, haciendo referencia al Auto de 10 de febrero de 2011.

El Tribunal Constitucional abordó de nuevo en esta Sentencia las mismas cuestiones surgidas en dos asuntos anteriores muy parecidos: la sentencia núm. 7/2015, de 22 de enero, y la sentencia núm. 16/2015, de 16 de febrero.

En primer lugar, la demandante señala que la exigencia de citar los preceptos y/o la jurisprudencia que se reputan infringidos en el escrito de preparación del recurso de casación contencioso-administrativo contra las resoluciones de la Audiencia Nacional no está previsto en la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998. Sin embargo, la opinión mayoritaria de los Magistrados del Supremo señala que debe descartarse la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por carecer la decisión judicial de la necesaria cobertura legal, haciendo referencia a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y señalando que no cabe apreciar una lesión al derecho a un proceso equitativo consagrado en el artículo 6.1 del Convenio de Roma de 1950 dada la facultad del legislador de establecer requisitos de admisibilidad más rigurosos para el recurso de casación y la facultad que tiene el Tribunal Supremo, intérprete de las normas procesales, para determinar y concretar el ámbito de esos requisitos, caso *Brualla Gómez de la Torre contra España*, de 19 de diciembre de 1997 o caso *Puchol Oliver contra España*, de 25 de enero de 2005. Señala también las sentencias dictadas en los casos *Sociedad General de Aguas de Barcelona contra España*, de 25 de mayo de 2000, e *Ipamark contra España*, de 17 de febrero de 2014, en los que se juzgaron resoluciones en las que el Supremo inadmitió recursos de casación por considerar que los recurrentes no habían justificado en sus escritos procesales que la infracción de normas estatales o comunitarias había sido relevante y determinante del fallo de la Sentencia recurrida; y en las que el Tribunal de Estrasburgo concluyó la desestimación de ambas demandas en la medida en que la interpretación que deba darse a los preceptos de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998, así como a las condiciones de su aplicación, es una cuestión que depende de los jueces ordinarios, sin que en estos casos la interpretación pueda tacharse de arbitraria o irrazonable o de que dificulte la equidad del procedimiento.

El segundo motivo de amparo alegado por la demandante tiene relación con la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y lo funda en la exigencia de que anticipar en el escrito de preparación del recurso de casación los concretos preceptos y/o la jurisprudencia que entiende infringidos no es predecible en el momento en el que el recurso se está preparando. De nuevo aquí el Constitucional rechaza el motivo y nos recuerda, como hiciera con el motivo apenas analizado, que el Tribunal Constitucional «ha declarado

repetidamente que la selección de normas aplicables y su interpretación corresponde, en principio, a los jueces y tribunales ordinarios en el ejercicio de la función jurisdiccional que con carácter exclusivo les atribuye el art. 117.3 CE. El control de este Tribunal sólo abracará el examen de si se ha realizado una selección o interpretación arbitraria, manifiestamente irrazonable o fruto de un error patente» y añade que el Tribunal Europeo ha señalado que las exigencias de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima de los litigantes no generan un derecho adquirido a una determinada jurisprudencia, por más que hubiera sido constante, caso *Unédic contra Francia*, de 18 de diciembre de 2008, pues la evolución de la jurisprudencia no es en sí contraria a la correcta administración de justicia, ya que lo contrario impediría cualquier cambio o mejorar en la interpretación de las leyes, caso *Atanasovski contra la ex República Yugoslava de Macedonia*, de 14 de enero de 2010.

Los magistrados D. Juan Antonio Xiol Ríos y D. Luis Ignacio Ortega Álvarez emiten un voto particular conjunto que, señalan, es válido para ambas sentencias. En él expresan su discrepancia con la fundamentación jurídica y el fallo de ambas, considerando que debieran haber sido estimatorias por vulneración del artículo 24.1 de la Constitución. En primer lugar, manifiestan que la cuestión controvertida de ambos casos es «el hecho de que (...) la decisión de inadmisión impugnada hizo una interpretación que, al incorporar de manera previsible un nuevo requisito en contra de los dispuesto expresamente en la ley, incurrió en un exceso irrazonable».

En opinión de ambos magistrados, la exigencia del requisito de que se citen las normas y la jurisprudencia que se considere infringida «no puede hacerse en contra de los dispuesto por la ley de modo expreso», pues dicho requisito no aparece en la ley como requisito del escrito de preparación sino como un requisito del escrito de interposición. Exigirlo en el escrito de preparación estaría directamente en contra de la ley, mientras no sea ésta modificada. Y añade que, en virtud del principio de legalidad, «entra en el terreno de lo irrazonable separase abiertamente de ella para exigir un requisito que puede determinar de forma imprevisible la admisibilidad del recurso», tal y como ha ocurrido los casos que analizamos.

Continúa señalando el voto particular que exigir un requisito de esta naturaleza debe ser considerado como una restricción para acceder a los recursos, recordando la Sentencia del Tribunal Europeo, de 4 de noviembre de 2014, caso *Sociedad Anónima del Ucieza contra España*, que consideró relevantes estos requisitos porque afectaban al derecho de acceso a los Tribunales.

Por último, respecto a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24. 1 de la Constitución Española, y que invocan los demandantes fundándose en la exigencia de anticipar en el escrito de preparación del recurso de casación los concretos preceptos o la jurisprudencia que se reputan infringidos, señalan los magistrados en su voto particular que no era predecible en el momento de la preparación del recurso, por lo que no es adecuada la mencionada jurisprudencia que se cita en relación al Tribunal Europeo pues no cuestiona éste el hecho de que la interpretación de las normas evolucionen o se modifiquen a través de la jurisprudencia, sino que de lo que se trata aquí es del problema de los límites a la aplicación retroactiva de las modificaciones jurisprudenciales. Entienden ambos magistrados en el voto particular que los cambios jurisprudenciales no pueden prevalecer cuando implican el sacrificio de derechos o valores que la Constitución protege frente a la aplicación retroactiva de las normas, atendiendo a los principios de protección de situaciones consolidadas, de garantía de la seguridad jurídica, de proscripción de la arbitrariedad y de efectividad del principio de legalidad y añaden: «(...) la eficacia temporal del cambio de criterio jurisprudencial debe ser templada cuando su aplicación se traduce, en la práctica, en la exigencia de un requisito procesal de carácter formal del que depende la acción o el recurso que no se entendía exigible en el momento de la presentación del escrito y no podía ser conocido por la parte, pues así lo impone el parámetro constitucional de la racionalidad de la decisión judicial y los principios de seguridad jurídica, confianza legítima, interdicción de la arbitrariedad y *principi tempus regit actum*, los cuales son incompatibles con una resolución de inadmisión dictada de manera imprevisible en tales circunstancias».

Por último, señalan que la resolución impugnada en el recurso de amparo sí vulneró la exigencia de previsibilidad de la jurisprudencia en aquellos casos en los que este requisito está en directa relación con la exigencia de esta circunstancia respecto de la ley y así ha sido declarado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Del Río Prada c. España*, de 21 de octubre de 2013.

Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno)

núm. 145/2015, de 25 de junio

Recurso de Amparo 412/2012

Ponente: *Andrés Ollero Tassara*

La Sentencia que analizamos a continuación ha supuesto un giro en la doctrina del Tribunal Constitucional, lo que ha conllevado importantes debates sociales, así como importantes debates también en el seno del Pleno de los

Magistrados del Constitucional, tal y como señalan los votos particulares que la acompañan.

El presente proceso constitucional se basa en la demanda de amparo que presentó el cotitular de una oficina de farmacia situada en Sevilla por la sanción que le fue impuesta por la Junta de Andalucía, una multa de 3.300€, al carecer de existencias de preservativos y del medicamento con el principio activo levonorgestrel 0'750 mg, coloquialmente conocido como «píldora del día después». Datos que resultan del acta levantada por la Inspección Provincial de Servicios Sanitarios de la Junta de Andalucía a raíz de la denuncia presentada por el ciudadano que pretendió adquirir, sin éxito, un paquete de preservativos; denuncia basada en la negativa a la venta de preservativos en dicha farmacia y no en la negativa a dispensar la píldora como se trata en la Sentencia objeto de análisis. El recurrente manifestó a la Inspección no disponer de existencias de dichos productos y medicamentos por razones de objeción de conciencia.

La resolución de la Dirección General de Planificación e Innovación Sanitaria de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía por la que fue sancionado considera que el farmacéutico titular de una oficina de farmacia no puede incumplir su obligación legal de contar en su establecimiento con los referidos productos y medicamentos invocando la objeción de conciencia e hizo referencia a la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 23 de noviembre de 2009, que citaba la resolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 2 de octubre de 2001, caso *Pichón y Sajous contra Francia*. En la misma, se rechazó la demanda formulada por dos farmacéuticos franceses que se negaban a suministrar productos contraceptivos compuestos de estrógenos, pues entendió el Tribunal Europeo que la objeción de conciencia no tiene cabida en el artículo 9 del Convenio Europeo de 1950 dedicado a la libertad religiosa, y que habían invocado los demandante, pues las convicciones personales no pueden constituir para los farmacéuticos, a los que está reservada la venta de medicamentos, un motivo para denegar la dispensa de un producto al consumidor.

Frente a esta resolución, el demandante en amparo interpuso un recurso contencioso-administrativo basado en la objeción de conciencia como parte esencial del derecho fundamental a la libertad ideológica del artículo 16 de la Constitución, señalando que los medicamentos del principio activo levonorgestrel 0,750 mg derivan, entre otros, efectos abortivos y sosteniendo respecto de los preservativos que su decisión de no dispensarlos por razones de

conciencia no causa perjuicio alguno, al estar garantizada la distribución de este producto por el gran número de establecimientos que los distribuyen. El recurso fue desestimado por la Sentencia del Juzgado de lo contencioso-administrativo que citaba, junto a la Sentencia del Supremo del 2009 y la jurisprudencia del Tribunal Europeo ya citadas, la Orden de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía de 1 de junio de 2001, que actualiza el contenido del anexo del Decreto 104/2001, de 30 de abril, por el que se regulan las existencias mínimas de medicamentos y productos sanitarios en las oficinas de farmacia.

Finalmente, el recurrente presentó un «recurso de amparo mixto», pues junto a la queja principal, referida a la vulneración del derecho a la objeción de conciencia vinculado a la libertad ideológica del artículo 16 de la Constitución que se imputa a la resolución administrativa sancionadora, también presentó una queja específica contra la Sentencia que confirma dicha resolución por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución, en su vertiente de incongruencia omisiva y motivación arbitraria e irrazonable.

Entrando a conocer del fondo del asunto, el Tribunal Constitucional señaló, en primer lugar, que hasta ese momento no había tenido ocasión de resolver la problemática constitucional que suscita el demandante, esto es, la ponderación entre el invocado derecho a la objeción de conciencia, como manifestación del derecho fundamental a la libertad ideológica reconocida en el artículo 16.1 de la Constitución y la obligación de disponer del mínimo de existencia del citado medicamento que le impone la normativa autonómica para poderlo dispensar a quienes lo soliciten. Así, el Tribunal comienza analizando su Sentencia 53/1985, de 11 de abril, aportada por el recurrente, que en su Fundamento Jurídico número 14 rechaza que se pueda considerar inconstitucional una regulación del aborto que no incluyera de modo expreso la del derecho a la objeción de conciencia, pues a ese respecto afirma que tal derecho «existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación. La objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el art. 16.1 CE y, como ha indicado este Tribunal en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales». Y señala la particularidad de la Sentencia mencionada en el hecho de que trajo a colación el reconocimiento de la objeción de conciencia en un ámbito que no es el tradicional del artículo 30.2 de la Constitución relativo al servicio militar

obligatorio, pasando a dilucidar si la doctrina de tal Sentencia sería aplicable a este caso concreto, para concluir que la base conflictual que late en ambos supuestos se anuda en una misma finalidad, al manifestarse también en este caso una colisión con la concepción que profesa el demandante sobre el derecho a la vida, además de que la condición de expendedor autorizado de la referida sustancia, resulta particularmente relevante desde la perspectiva enunciada; y concluyendo pues que los aspectos determinantes del reconocimiento de la objeción de conciencia que se fijaron en la Sentencia 53/1984 (Fundamento Jurídico 14), también concurren cuando la referida objeción se proyecta sobre el deber de dispensación de la denominada «píldora del día después» por parte de los farmacéuticos, en base a las consideraciones expuestas.

Continua el Tribunal su análisis poniendo de manifiesto cómo las conclusiones a las que ha llegado no son suficientes para llevar a cabo aquella ponderación inicial, debiendo partir ahora de la concreta intervención que el sistema público sanitario impone al profesional que ejerce su actividad en una oficina de farmacia, a saber la disposición para su ulterior dispensación a los consumidores de aquellas especialidades farmacéuticas que la Administración haya incluido dentro de una relación obligatoria, pues dicho deber garantiza el derecho de la mujer a la salud sexual y reproductiva. Ante ello, señala el Ponente que la imposición de la sanción no derivó de su negativa a dispensar, sino del incumplimiento del deber de contar con el mínimo de existencias establecido normativamente y añade, en segundo lugar, no figura dato alguno a través del cual se infiera el riesgo de que la dispensación de «la píldora del día después» se viera obstaculizada, pues amén de que la farmacia regentada por el demandante se ubica en el centro urbano de Sevilla, ninguna circunstancia permite colegir que el derecho de la mujer a acceder a los medicamentos anticonceptivos autorizados por el ordenamiento jurídico vigente fuera puesto en peligro; y, por último, recuerda el Tribunal que el demandante está inscrito como objetor de conciencia en el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Sevilla que, si bien esta Comunidad Autónoma no tiene regulación específica de rango legal sobre el derecho a la objeción de conciencia de los profesionales farmacéuticos, dicha ausencia no se extiende a la totalidad de las normas que disciplinan el ejercicio de la profesión farmacéutica en el ámbito territorial en el que ejerce su profesión el demandante, pues el derecho de objeción de conciencia está reconocido como «derecho básico de los farmacéuticos colegiados en el ejercicio de su actividad profesional» en el artículo 8.5 de los estatutos del Colegio de Farmacéuticos de Sevilla, así como en los artículos 28 y 33

del Código de ética farmacéutica y deontología de la profesión farmacéutica, textos a los que la Ley andaluza 10/2003, de 6 de noviembre, reguladora de los colegios profesionales de Andalucía le otorga plena legalidad. Concluye, por tanto, el Tribunal que, tras la ponderación realizada, la sanción impuesta por carecer de las existencias mínimas vulnera el derecho del demandante a la libertad ideológica del artículo 16.1 de la Constitución.

En segundo lugar, señala el Tribunal que el demandante también fue sancionado por no disponer (y, por tanto, no dispensar) de preservativos en la oficina de farmacia que regenta pero, vistas las razones que han conducido a considerar que la falta de existencias de «la píldora del día después» queda amparada por el artículo 16.1 de la Constitución, es patente que el incumplimiento de la obligación relativa a las existencias de preservativos queda extramuros de la protección que brinda el precepto constitucional indicado. Y, por tanto, la renuencia del demandante a disponer de preservativos no queda amparada por la dimensión constitucional de la objeción de conciencia que dimana de la libertad de creencias del artículo 16.1 de la Constitución Española. Por lo que ningún conflicto de conciencia con relevancia constitucional puede darse en este supuesto.

En consecuencia, el otorgamiento del amparo al demandante por vulneración de su derecho a la objeción de conciencia, vinculado a la libertad ideológica, debe comportar el reconocimiento del derecho fundamental vulnerado, exclusivamente en lo que concierne a la falta de existencias mínimas del medicamento con el principio activo levonorgestrel 0,750 mg.

Debemos analizar, por último, los dos votos particulares emitidos, pues ambos coinciden en señalar que, de acuerdo a la doctrina de este Tribunal, la objeción de conciencia es «un derecho constitucional reconocido por la Norma suprema en su art. 30.2, protegido, sí, por el recurso de amparo (art. 53.2), pero cuya relación con el art. 16 (libertad ideológica) no autoriza ni permite calificarlo de fundamental». Y tampoco ha sido reconocida la objeción de conciencia, con el alcance señalado en el fallo, en el ámbito internacional. Y así, toda vez que el artículo 10.2 de la Constitución nos obliga a acudir a los auxilios interpretativos doctrinales, señalan los votos particulares, tenemos la obligación de acudir al artículo 10.2 de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea, que reconoce el derecho a la objeción de conciencia «de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio»; esto es, no existe en relación a este derecho de objeción de conciencia «tradición constitucional común» por lo que, «fuera de la Constitución y de la Ley, ningún ciudadano

puede elevar su conciencia a norma suprema y objetar cuándo y cómo le dé la gana». Y no sólo acude el voto particular a la Carta de la Unión, sino también a los diversos fallos del Tribunal Europeo, señalando el caso *Pichon y Sajous contra Francia*, de 2 de octubre de 2001, que ya pusiera de manifiesto la Sentencia del Tribunal Supremo y, el caso más reciente, *Bayatyan contra Armenia*, de 7 de julio de 2011, en el que los jueces de Estrasburgo, en formación de Gran Sala, han incluido recientemente la objeción de conciencia al servicio militar en el ámbito del derecho contemplado por el artículo 9 del Convenio de Roma de 1950, al considerar que la oposición al servicio militar, motivada por un serio e insuperable conflicto entre la obligación de servir en el ejército y la conciencia de una persona o sus convicciones profundas y genuinas religiosas o de otro tipo, constituye una convicción y una creencia de suficiente solidez, seriedad e importancia como para atraer las garantías del artículo 9 del Convenio Europeo; y es en ese ámbito de protección donde se aloja en nuestra Constitución: en el artículo 30.2 y no en el artículo 16. «Del citado pronunciamiento del Tribunal Europeo, por tanto, no puede deducirse que, fuera del supuesto específico del servicio militar, el art. 9 CEDH garantice un pretendido derecho de objeción de conciencia de contenidos difusos y de ejercicio incondicionado frente a cualesquiera deberes legales. En definitiva, no hay necesidad alguna de modificar nuestra interpretación del ámbito de protección contemplado por el art. 16 CE».

Coinciden, para terminar, ambos votos particulares en la idea de que no existe una dimensión constitucional en el presente caso, de forma que lo que se lleva a cabo es una elevación a categoría constitucional de una línea de pensamiento, con una finalidad profundamente ideológica que se revela en el *iter* argumental que desemboca en la conclusión alcanzada.

Irene Vázquez Serrano
Universidad de Murcia

VI. DERECHO DE ASILO Y ESTATUTO DEL REFUGIADO, APÁTRIDAS Y EXTRADICIÓN

Entre las resoluciones relativas al derecho de asilo, estatuto del refugiado, apátridas y extradición destacamos la importante sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en formación de Gran Sala, que clarifica los métodos conforme a los cuales las autoridades nacionales pueden evaluar la credibilidad de la orientación homosexual de solicitantes de asilo con arreglo

a las Directivas 2004/83 y 2005/85. Destacamos también una sentencia de la Audiencia Nacional, relativa a la autorización de permanencia en España por razones humanitarias, subsidiaria a la solicitud de asilo, cuyo rechazo por la Administración, como subraya la Sala, debe ser motivado específicamente, y otra sentencia de la Audiencia Nacional relativa a un caso de reclutamiento forzoso de un menor de edad proveniente de Costa de Marfil, el primero sobre «niños soldado» en este país que llega a nuestros tribunales, que estimó el recurso del solicitante y le concedió la protección internacional solicitada. Por último, en sede de extradición, destacamos dos sentencias del Tribunal Supremo que estiman sendos recursos interpuestos por el mismo recurrente por considerar que el Gobierno de España no ha hecho lo suficiente para que Estados Unidos entregue a una persona que había sido extraditada con la condición de que, en caso de ser finalmente condenada en EEUU, y si así lo solicitaba, cumplierse su pena en España, condición que Estados Unidos no ha respetado. Incluimos en esta sección otra sentencia que critica al Gobierno por, lejos de bloquear extradiciones a EEUU con base en el incumplimiento señalado en las sentencias anteriores, admitir a trámite una extradición a EEUU a pesar de faltar documentación esencial para la misma en el expediente.

Derecho de Asilo y Estatuto del Refugiado

Sentencia del Tribunal Supremo

(Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) de 23 febrero 2015

Recurso de Casación 2944/2014

Ponente: *Eduardo Calvo Rojas*

La Sentencia del Tribunal Supremo analizada trae causa de un recurso de casación interpuesto en representación de un ciudadano natural de Kazajstán, contra la sentencia de la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 17 de julio de 2014 (recurso contencioso-administrativo 405/2013) en la que declara nula la resolución del Ministerio del Interior de fecha ordenando a la Administración la tramitación de la solicitud de protección internacional conforme a lo declarado en la fundamentación jurídica de la propia sentencia.

El recurrente en casación alegó, en primer lugar, la infracción de los artículos 117.3 de la Constitución y 218.1 y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por incurrir la sentencia en incongruencia omisiva, habida cuenta de que la

sentencia de instancia decidió devolver el expediente a la Administración para que ésta resolviera, renunciando por tanto la Sala de la Audiencia Nacional a su potestad de pronunciarse sobre una de las pretensiones del demandante, en concreto la relativa a la procedencia del reconocimiento del asilo o protección subsidiaria.

En relación con este argumento, la Sala del Tribunal Supremo («TS») constató que en ocasiones está justificado que un tribunal no se pronuncie sobre el fondo de un asunto, por ejemplo si resuelve sobre la admisibilidad del mismo. No obstante, a diferencia de ese supuesto, en el caso de autos no se había planteado la admisibilidad. Asimismo, el TS precisó que ante la pretensión, formulada por el demandante, de que se le reconociera el derecho de asilo o la protección subsidiaria, la devolución de lo actuado a la Administración para que resuelva sólo podría justificarse si, «el pronunciamiento del órgano jurisdiccional sobre la solicitud de asilo estuviese materialmente impedido por la carencia de algún trámite indispensable o por la falta de los elementos de juicio necesarios para el enjuiciamiento de fondo. Pero nada de esto ocurre en el caso presente, pues disponemos, como disponía la Sala de instancia, de todo lo necesario para resolver.»(FJ 4º). En consecuencia, el TS considera que la sentencia de instancia incurre en incongruencia omisiva, por no haberse pronunciado sobre la principal pretensión del recurrente.

Aceptados los motivos por los que se formuló la casación, y por tanto casada la sentencia de la Audiencia Nacional, el TS entró a conocer el fondo del recurso, y, en concreto, si procedía acoger la solicitud de asilo o protección subsidiaria del recurrente. A este respecto, tras constatar que el relato del solicitante de asilo resultaba congruente y verosímil, y que encuentra suficiente respaldo en el material probatorio aportado en vía administrativa y en el curso del proceso, el TS subrayó que no se exige prueba plena y acabada acerca del temor fundado a padecer persecución, conforme a reiterada jurisprudencia, siendo suficiente con la existencia de indicios razonables de tal persecución.

Con base en estos principios, el TS observó que tanto la situación en Kazajstán como las referencias específicas relativas al recurrente ponen de manifiesto los riesgos de persecución que podría temer fundadamente el mismo. Interesantemente para procesos futuros, el TS también subrayó que personas vinculadas al recurrente habían visto aceptada su solicitud de asilo en otros Estados Miembros de la Unión Europea por hechos similares.

Por último, conviene mencionar que el TS se pronunció sobre la relación entre extradición y asilo debido a que la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo

se había pronunciado previamente con carácter favorable a la extradición del recurrente. Así, y de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el TS concluyó que «En fin, las razones que llevamos expuestas, conducentes todas ellas al reconocimiento del derecho de asilo, no pueden considerarse interferidas ni, desde luego, desvirtuadas por el hecho de que la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional concediese la extradición pasiva del [recurrente] mediante auto, pues ya la sentencia recurrida –cuyo criterio compartimos en este punto– cita la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH de 7 de julio de 1989 (TEDH 1989, 13), caso Soering c. R.U. nº 1/1989/161 /217) que alude al distinto plano en que juegan la extradición, de una parte, y el derecho de asilo, de otra, de suerte que éste no puede quedar postergado o condicionado por la previa adopción de una decisión favorable a la extradición, que en cuanto a los hechos y valoraciones no es prejudicial con respecto a la que deba adoptarse en el litigio referido al reconocimiento del derecho de asilo.»

En suma, a tenor de lo expuesto, la Sala concluyó que la sentencia de instancia debía ser casada en cuanto ordenaba la devolución de lo actuado a la Administración para que tramitase y resolviese la solicitud de protección internacional; y en su lugar que debía estimarse el recurso y reconocerse al recurrente el derecho a la protección solicitada.

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) de 5 marzo 2015.

Recurso contencioso-administrativo: 406/2014

Ponente: *Fernando Román García*

La sentencia objeto de este comentario guarda relación con la autorización de permanencia en España por razones humanitarias, subsidiaria a la solicitud de asilo. El recurrente, nacional de Venezuela, solicitaba en primer lugar la anulación de la resolución que denegaba el reexamen de su solicitud de derecho de asilo y protección subsidiaria. Dicha resolución ratificaba la previa denegación de la solicitud del recurrente, por subsistir los motivos de denegación. En concreto, el recurrente no aportaba datos o hechos respecto de la persecución alegada, sino que alegaba un nuevo motivo de persecución, incoherente por lo demás con los que había presentado anteriormente.

El recurrente hacía referencia en su solicitud a la situación de inseguridad de su país de origen. No obstante, con base en la jurisprudencia del TS,

la Sala concluyó que «el clima general de inseguridad de un país no puede ser suficiente, por sí solo y con desconexión de las particulares circunstancias del actor y de otras posibles alternativas que pudieran existir, para el otorgamiento del asilo, pues, en caso contrario, éste debería concederse a todas las personas que provinieran de dicho país.» (FJ, 6º) En efecto, el solicitante no había conseguido acreditar la existencia de una concreta e individualizada persecución por alguno de los motivos previstos en la Convención de Ginebra y en la Ley de Asilo, ni que la situación general de su país le pudiera afectar de manera diferente que al resto de los ciudadanos que viven en Venezuela. Por otro lado, el rechazo a la solicitud del recurrente, tanto a la solicitud inicial como a la de reexamen coincidía con la opinión de ACNUR. En consecuencia, la sentencia de la Sala confirmó la resolución recurrida en lo relativo a la solicitud de asilo o protección subsidiaria.

No obstante, a pesar de no ser conforme a la legalidad en materia de asilo y protección subsidiaria, la sentencia reconocía como comprensibles las razones por las que no deseaba regresar a Venezuela, entre otras, que llevaba viviendo en España 11 años de manera estable, tenía aquí a su hija menor de edad y a su pareja sentimental, además de exponerse a la situación de inseguridad en su país en caso de regreso.

Estas razones fueron tenidas en cuenta por la Sala al analizar la petición subsidiaria que había formulado el recurrente, a saber, que le fuera concedida la autorización de permanencia en España por razones humanitarias, con base en su situación personal y familiar.

Así, en la parte más relevante del fallo, la Sala critica que, a pesar de lo previsto en los artículos 37.b y 46.3 de la Ley de Asilo y su normativa de desarrollo, la Administración había señalado en la primera resolución denegatoria que «En cuanto a su situación familiar en España, la misma escapa del análisis y valoración de la presente resolución de asilo» (Fundamento Cuarto). En concreto, la Sala critica que la Administración no se pronunciase sobre la existencia de razones humanitarias, distintas a las de la protección subsidiaria, a pesar de que el artículo 46.3 de la Ley 12/2009 estipula que se podrá autorizar la permanencia de la persona solicitante de protección internacional en España mediante una autorización de residencia, en los términos previstos por la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración. La situación personal y familiar del solicitante de asilo no, es por tanto, ajena al análisis y valoración su solicitud.

A la luz de lo anterior, la sentencia estima parcialmente el recurso y conmina al Ministerio del Interior para que se pronuncie sobre la posibilidad de otorgar al recurrente la autorización de residencia en España prevista por el artículo 46.3 de la Ley 12/2009. Con este fin, la sentencia subraya que procede analizar la situación real existente en Venezuela y las circunstancias familiares o de otra índole del recurrente en España conforme a lo dispuesto por el Reglamento aprobado por el Real Decreto 557/2011 y demás normativa aplicable en materia de extranjería e inmigración.

**Sentencia de la Audiencia Nacional
(Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª), de 16 octubre 2014.**

Recurso contencioso-administrativo: 529/2013

Ponente: *Jesús Cudero Blas*

Un supuesto bien distinto al anterior es el de la presente sentencia, por la que la Audiencia Nacional («AN») consideró inadecuada la denegación de la solicitud de asilo realizada por un ciudadano de Costa de Marfil que sostenía haber sido «niño de la guerra» en su país. La Sala constató también que se trataba de la primera vez que conocía de un caso de reclutamiento forzoso de un menor de edad proveniente de dicho país.

La resolución del Ministerio del Interior recurrida denegaba el asilo solicitado por entender que el relato ofrecido es incongruente y genérico, por el tiempo transcurrido entre su llegada a España y su petición de protección, y por haber tenido la oportunidad de solicitar asilo en otro Estado antes de su llegada a España.

La sentencia de la Sala, tras hacer referencia a lo dispuesto por el artículo 13.4 de la Constitución Española, y los artículos 2, 3 y 6 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, Reguladora del Derecho de Asilo y la Protección Subsidiaria, resume los principios generales de la jurisprudencia del siguiente modo:

«El asilo se configura así como un instrumento legal de protección para la defensa de ciudadanos de otros Estados que se encuentran en una situación de posible vulneración de sus derechos por las causas que enumera. En este sentido, la jurisprudencia ha determinado en qué forma y condiciones ha de actuar la Administración para que su conducta quede ajustada al ordenamiento jurídico, precisando que:

- a) El otorgamiento de la condición de refugiado no es una decisión arbitraria ni graciable.

- b) Para determinar si la persona ha de tener la condición de refugiado no basta ser emigrante, ha de existir persecución.
- c) El examen y apreciación de las circunstancias que determinan la protección no ha de efectuarse con criterios restrictivos, so pena de convertir la prueba de las mismas en difícil, si no imposible, por lo que ha de bastar la convicción racional de la realidad de tales circunstancias para que se obtenga la declaración pretendida, lo que recoge la propia Ley en su artículo 8 bajo la expresión ‘indicios suficientes’.
- d) Tampoco puede bastar para obtener la condición de refugiado las meras alegaciones de haber sufrido persecución por los motivos antes indicados, carentes de toda verosimilitud o no avaladas siquiera por mínimos indicios de ser ajustadas a la realidad. Ya la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1989 señalaba que para la concesión del derecho de asilo no es necesaria una prueba plena de que el solicitante haya sufrido en su país de origen persecución por razones de raza, etnia, religión, pertenencia a un grupo social específico, opiniones o actividades políticas o de cualquiera de las otras causas que permiten el otorgamiento de asilo, bastando que existan indicios suficientes, según la naturaleza de cada caso, para deducir que se da alguno de los supuestos establecidos en los números 1 a 3 del artículo 3 de la Ley 5/84. Pero es necesario que, al menos, exista esa prueba indiciaria, 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.
- e) Debe existir, además de persecución, un temor fundado y racional por parte del interesado para quedar acogido a la situación de refugiado.»

A continuación, la sentencia subraya que la jurisprudencia del TS ha hecho referencia a lo dispuesto por el artículo 4.5 de la Directiva europea 83/2004, de 29 abril, sobre normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida, según el cual «Si las declaraciones del solicitante presentan aspectos que no están avalados por pruebas documentales o de otro tipo, tales aspectos no requerirán confirmación si se cumplen las siguientes condiciones: a) el solicitante ha realizado un auténtico esfuerzo para

fundamentar su petición; b) se han presentado todos los elementos pertinentes de que dispone el solicitante y se ha dado una explicación satisfactoria en relación con la falta de otros elementos pertinentes; c) las declaraciones del solicitante se consideren coherentes y verosímiles y no contradigan la información específica de carácter general disponible que sea pertinente para su caso; d) el solicitante ha presentado con la mayor rapidez posible su solicitud de protección internacional, a menos que pueda demostrar la existencia de razones fundadas para no haberla presentado así; e) se ha comprobado la credibilidad general del solicitante».

Por otro lado, la sentencia también recuerda, *in fine*, que la persecución o temor fundado debe provenir, de conformidad con lo previsto en los artículos 13 y 14 de la Ley de Asilo, por acción o por omisión probada, de agentes gubernamentales, en un sentido amplio de la expresión, sin que el derecho de asilo pueda ser considerado un instrumento jurídico idóneo para conjurar la amenaza para la vida, integridad física o libertad del peticionario de asilo cuando procede de grupos terroristas ajenos al Estado, de delincuentes comunes, del crimen organizado o de grupos rebeldes como en el presente caso, a menos que no haya podido obtenerse la tutela o protección del Estado, porque no haya podido o no haya querido dispensarla.

Con base en estos principios, la Sala analiza el contenido de la resolución impugnada, y critica ésta por contener una deficiente motivación que adolece de referencias expresas concretas a la situación del solicitante y que incluye «estereotipados razonamientos jurídicos» y «genéricas afirmaciones» sobre la credibilidad de su relato.

Además, la AN consideró verosímil, coherente y completo el relato del recurrente, y subrayó que estaba avalado por las opiniones forenses de los médicos que lo revisaron y del ACNUR, que también concluyó que el recurrente pudo ser reclutado como soldado cuando era menor de edad. Ante estas circunstancias, la Sala constató que la Administración debería haber hecho un esfuerzo por contrarrestar los argumentos esgrimidos por el solicitante, lo que no figuraba en la lacónica resolución objeto del recurso.

A la luz de estas consideraciones, y del carácter flexible de la exigencia probatoria en estos casos conforme a los principios enunciados, la Sala determinó la concurrencia de razones suficientes para obtener el asilo solicitado, por lo que estimó el recurso, anuló la resolución impugnada y reconoció el derecho del recurrente al asilo.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), de 2 de diciembre de 2014

Asuntos acumulados C-148/13 a C-150/13

Mediante la importante sentencia objeto de este comentario, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea («TJUE»), en formación de Gran Sala, ha clarificado los métodos conforme a los cuales las autoridades nacionales pueden evaluar la credibilidad de la orientación homosexual de solicitantes de asilo con arreglo a las Directivas 2004/83 y 2005/85, que establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países como refugiados y los procedimientos de examen de las solicitudes de asilo.¹

La sentencia trae causa de una cuestión prejudicial formulada por el Consejo de Estado holandés, que tiene por objeto la interpretación del artículo 4 de la Directiva 2004/83/CE, y de los artículos 3 y 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta»). La cuestión prejudicial fue formulada en el marco de unos litigios entre tres solicitantes de asilo, y la Administración holandesa, en concreto el Secretario de Estado de Seguridad y Justicia en relación con la desestimación de sus solicitudes de asilo en Holanda.

El tribunal remitente consideraba que el mero hecho de plantear preguntas al solicitante de asilo sobre su orientación sexual podía menoscabar, en cierto modo, los derechos garantizados por los artículos 3 y 7 de la Carta, relativos a como el derecho al respeto de la a la integridad de la persona y el derecho al respeto de la vida privada y familiar. En consecuencia, formuló la siguiente pregunta al Tribunal de Justicia:

«¿Qué límites establecen el artículo 4 de la [Directiva 2004/83] y la [Carta], en particular sus artículos 3 y 7, a las modalidades de apreciación de la verosimilitud de una orientación sexual declarada, y son distintos estos límites de los límites aplicables a la apreciación de la verosimilitud de otros motivos de persecución y, en caso de respuesta afirmativa, en qué medida?»

¹ Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida (DO L 304, p. 12) y Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre de 2005, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado (DO L326, p. 13).

En su sentencia, el TJUE aclara, en primer lugar, que las declaraciones sobre su orientación sexual de los solicitantes de asilo no pueden considerarse como un hecho probado, como pretendían los demandantes en el litio nacional, sino que constituye el punto de partida en el proceso de examen de los hechos y circunstancias previsto en el artículo 4 de la Directiva 2004/83.

No obstante, el TJUE también precisa que los métodos de apreciación empleados por las autoridades competentes para comprobar la veracidad de las declaraciones y de las pruebas documentales presentadas deben los derechos fundamentales garantizados por la Carta, tales como el derecho al respeto de la dignidad humana, recogido en el artículo 1 de la Carta, y el derecho al respeto de la vida privada y familiar, garantizado en su artículo 7.

En este contexto, y con el fin de dar una respuesta útil al tribunal remitente, el TJUE estableció una serie de pautas que deben observar las autoridades nacionales cuando evalúen este tipo de solicitudes de asilo que conviene reproducir a continuación:

En primer lugar, «Si bien unos interrogatorios relativos a conceptos estereotipados pueden constituir un elemento útil a disposición de las autoridades competentes a efectos de dicha evaluación, la evaluación de las solicitudes de concesión del estatuto de refugiado basada únicamente en conceptos estereotipados asociados a los homosexuales no responde sin embargo a lo exigido en las disposiciones mencionadas en el apartado anterior, en la medida en que no permite que dichas autoridades tengan en cuenta la situación particular y las circunstancias personales del solicitante de asilo de que se trate. [...] Por consiguiente, la incapacidad de un solicitante de asilo para responder a tales preguntas no constituye, per se, un motivo suficiente para llegar a la conclusión de que el solicitante carece de credibilidad, en la medida en que tal enfoque resulta contrario a lo exigido en el artículo 4, apartado 3, letra c), de la Directiva 2004/83 y en el artículo 13, apartado 3, letra a), de la Directiva 2005/85.»(apartados 62-63)

En segundo lugar, «si bien las autoridades nacionales pueden llevar a cabo, en su caso, interrogatorios destinados a apreciar los hechos y circunstancias relativos a la orientación sexual declarada de un solicitante de asilo, los interrogatorios sobre los detalles de las prácticas sexuales de dicho solicitante son contrarios a los derechos fundamentales garantizados por la Carta y, en concreto, al derecho al respeto de la vida privada y familiar, tal y como se consagra en su artículo 7.» (apartado 64)

En tercer lugar, «por lo que respecta a la posibilidad de que las autoridades nacionales acepten, como han propuesto varios demandantes en los liti-

gios principales, la práctica de actos homosexuales, su sumisión a eventuales «exámenes» para demostrar su homosexualidad o incluso la presentación por dichos solicitantes de pruebas como grabaciones en vídeo de sus actos íntimos, es preciso subrayar que, aparte de que tales elementos no tienen necesariamente valor probatorio, pueden menoscabar la dignidad humana, cuyo respeto está garantizado en el artículo 1 de la Carta.[...] Por lo demás, autorizar o aceptar tal tipo de pruebas supondría un efecto incentivador respecto de otros solicitantes y equivaldría, de facto, a imponerles a éstos tales pruebas.» (apartados 65-66)

En cuarto lugar, «por lo que respecta a la posibilidad de que las autoridades competentes consideren que no existe credibilidad cuando, en particular, el solicitante no invocó su orientación sexual en la primera ocasión que se le ofreció de exponer los motivos de persecución[...] De lo dispuesto en el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2004/83 resulta que los Estados miembros pueden considerar que es obligación del solicitante presentar «lo antes posible» todos los elementos necesarios para fundamentar su solicitud de protección internacional.[...] Sin embargo, habida cuenta de que las preguntas relativas a la esfera personal de una persona, y en particular a su sexualidad, son delicadas, no cabe concluir que dicha persona carece de credibilidad por el mero hecho de que, debido a su reticencia a revelar aspectos íntimos de su vida, no haya declarado desde un primer momento su homosexualidad.»

A la luz de lo anterior, el TJUE concluye lo siguiente en respuesta a la concreta pregunta formulada por el tribunal holandés:

«- El artículo 4, apartado 3, letra c), de la Directiva 2004/83 y el artículo 13, apartado 3, letra a), de la Directiva 2005/85 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que, en el marco del examen, por las autoridades nacionales competentes, que actúan bajo control judicial, de los hechos y circunstancias referentes a la orientación sexual declarada de un solicitante de asilo, cuya solicitud se basa en el temor a ser perseguido por razón de dicha orientación, las declaraciones de ese solicitante y las pruebas documentales o de otro tipo presentadas para apoyar su solicitud sean objeto de apreciación, por dichas autoridades, mediante interrogatorios basados únicamente en conceptos estereotipados relativos a los homosexuales.

- El artículo 4 de la Directiva 2004/83, a la luz del artículo 7 de la Carta, debe interpretarse en el sentido de que se opone a que, en el marco de dicho examen, las autoridades nacionales competentes lleven a cabo interrogatorios detallados sobre las prácticas sexuales de un solicitante de asilo.

– El artículo 4 de la Directiva 2004/83, a la luz del artículo 1 de la Carta, debe interpretarse en el sentido de que se opone a que, en el marco de dicho examen, las referidas autoridades acepten pruebas como la práctica de actos homosexuales por el solicitante de asilo de que se trate, su sumisión a «exámenes» para demostrar su homosexualidad o la presentación por dicho solicitante de grabaciones en vídeo de tales actos.

– El artículo 4, apartado 3, de la Directiva 2004/83 y el artículo 13, apartado 3, letra a), de la Directiva 2005/85 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que, en el marco de ese mismo examen, las autoridades nacionales competentes concluyan que carecen de verosimilitud las declaraciones del solicitante de asilo de que se trate por el único motivo de que éste no invocó su orientación sexual en la primera ocasión que se le ofreció de exponer los motivos de persecución.»

En suma, se trata de una importante sentencia que, sin duda, pronto veremos reflejada en nuestra jurisprudencia interna habida cuenta de la relevancia de la misma para los solicitantes de asilo por razón de orientación sexual, y de la dificultad objetiva a la que las autoridades nacionales hacen frente para acreditar la veracidad de dicha solicitud. En la respuesta del TJUE hallarán nuestros jueces los límites que las autoridades nacionales no han de rebasar en el examen de estas solicitudes en atención a los derechos fundamentales garantizados por la Carta.

Otras sentencias

Un supuesto interesante es el de la **sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, de la Audiencia Nacional, de 16 octubre 2014 (Recurso contencioso-administrativo 409/2013, Ponente: Excmo Sr. Jesus Cudero Blas)** por la que la AN estima el recurso interpuesto por un solicitante de asilo contra la resolución por la que se denegó la concesión del derecho de asilo y la protección subsidiaria, a pesar de haber acreditado que nació con albinismo, lo que le ha provocado discriminación y persecución en su país de origen, Benin.

La Sala, con una argumentación muy similar a la recogida en la sentencia de la misma fecha, y mismo ponente, comentada *supra* en esta sección (Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) Sentencia de 16 octubre 2014, Recurso contencioso-administrativo: 529/2013, Ponente: Excmo Sr. Jesús Cudero Blas) critica que la resolución recurrida no mencionase el problema alegado por el demandante para justifi-

car su petición, a saber, la enfermedad en la piel que padece, que es además la causa de la persecución que describe.

La sentencia critica también que el informe de fin de instrucción se refiera a este hecho lacónicamente y sólo para rechazar su relevancia pues, según dicho informe, «los albinos son tratados con la máxima veneración» en Benín, lo que contrasta además, según la sentencia, con el proceder de la Administración en relación con otros casos de solicitantes de asilo con albinismo, originarios de Sudán o Guinea, en los que había concedido la protección con base en la declaración de los solicitantes exclusivamente.

En consecuencia, habida cuenta de que (i) el relato del solicitante resultaba verosímil, (ii) el solicitante padecía en efecto albinismo, (iii) la resolución contenía una argumentación estereotipada, genérica, e insuficiente, y (iv) la concurrencia de precedentes similares resueltos en sentido opuesto por la Administración al encajar este padecimiento en la Convención de Ginebra, sin justificar las razones por las que el presente caso sería diferente, la Sala estimó el recurso y concedió al demandante el derecho al asilo solicitado.

Por otro lado, en la **sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 10 de octubre de 2014, N° de Recurso: 1133/2014, Ponente: Excma. Sra., María Isabel Perelló Domenech**, el TS precisó que a la hora de resolver los recursos contra las resoluciones administrativas de asilo, el Tribunal ponderará la evolución de las circunstancias en el país de origen desde la formalización de la petición hasta el momento en que el Tribunal haya de pronunciarse. En el caso de autos, se trataba de la solicitud formulada por una ciudadana de Costa de Marfil, país respecto del que el TS considera que la situación de violencia generalizada ha mejorado considerablemente desde 2012 (las Sentencias de 26 de octubre y 28 de diciembre de 2012 (recursos de casación número 2609/2012 y 2522/2012), en consonancia con lo que sobre dicho país señala el ACNUR desde junio de dicho año. El informe del ACNUR reduce el ámbito geográfico de la inseguridad a partes de la ciudad de Abidján y a algunos lugares del oeste del país. Asimismo, el Informe de junio de 2012 de ACNUR reconoce que puede haber inseguridad sobre determinados grupos de personas por causas específicas, como su vinculación política o étnica. En suma, con base en la jurisprudencia confirmada por esta sentencia del TS, una solicitud de asilo podrá ser rechazada si, estando posiblemente justificada en el momento de ser formulada, deja de estarlo cuando los tribunales deban pronunciarse a la luz de la evolución de las circunstancias.

Apátridas

En materia de reconocimiento de la condición de apátridas señalamos dos sentencias relativas a solicitantes de protección internacional provenientes del Sáhara occidental que habían sido rechazadas por la Administración, a pesar de la jurisprudencia constante del TS desde los años 2007 y 2008.

**Sentencia de la Audiencia Nacional
(Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) de 1 abril 2015**

Recurso contencioso-administrativo 252/2013

Ponente: *Jesús Nicolás García Paredes*

Mediante esta sentencia, la Audiencia Nacional estima el recurso presentado frente a la desestimación por silencio de la solicitud presentada por el recurrente en 2012, para ser reconocido como apátrida, al haber nacido en un campamento de refugiados, concretamente en el departamento de Hagunia, localidad de El Aaiún, careciendo de una nacionalidad.

Según la Abogacía del Estado, la denegación de la solicitud formulada por el recurrente era conforme a derecho, a pesar de la jurisprudencia constante del Tribunal Supremo respecto de la situación de los ciudadanos saharauis, esto es, que gozan del estatuto de apátrida pese a tener un pasaporte argelino, expedido no por ser de dicha nacionalidad sino por razones humanitarias.

La Abogacía sostenía que el recurrente no había obtenido resolución favorable a su petición por no haber presentado un certificado de MINURSO (Misión de Naciones Unidas para la Organización del Referéndum en el Sáhara Occidental) que acreditase su procedencia de los campamentos de Tinduf. Frente a esta argumentación, la Sala considera que dicho certificado no puede constituir un requisito esencial, una condición *sine qua non* para conceder el estatuto de apátrida a los ciudadanos saharauis, especialmente si existen otros documentos que corroboran la versión defendida por el solicitante, en este caso varios documentos expedidos por la autoridad saharauí que ponían de manifiesto que su nacionalidad es saharauí y que ha residido hasta el 25 de agosto de 2011 en los campamentos de refugiados, documentos que la Administración no había objetado.

La Sala de la Audiencia Nacional ya había rechazado el argumento presentado por la Administración en términos prácticamente idénticos en las

Sentencias de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 2ª) de 10 de julio de 2014, Número de recurso: 240/2013 y Recurso 260/2013, Ponente: D. José Guerrero Zaplana).

Asimismo, mediante **sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) de 16 octubre 2014, Recurso contencioso-administrativo 243/2013, Ponente: Excma. Sra. Felisa Atienza Rodríguez**, la AN resolvió un litigio similar por el que se recurría la denegación de la condición de apátrida por silencio administrativo, y en la que la Administración alegaba, en esencia, que el recurrente carecía de un certificado de la MINURSO que acreditase su procedencia de los campamentos de Tinduff. La Sentencia de la Sala en este segundo supuesto hacía referencia expresa para fundamentar su fallo a la STS de fecha 19/12/08, en la que se recoge la doctrina de las SSTS de 20/11/07 y 18/7/08, y a otras posteriores como las SSTS de 20/09/11, 21/10/11, y 14/12/11.

En suma, no parece que los órganos judiciales estén dispuestos a restringir los efectos de la jurisprudencia del Tribunal Supremo citada respecto de los ciudadanos saharauis provenientes de campos de refugiados en Argelia mediante la exigencia de certificados de la MINURSO u otro tipo de pruebas siempre que el relato de los solicitantes venga corroborado por documentación, sirviendo a este respecto la expedida por las autoridades saharauis.

Extradición

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) de 17 noviembre 2014
Recurso ordinario: n° 314/2014

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª) de 16 marzo 2015
Recurso contencioso-administrativo: 57/2014
Ponente: *Pablo Lucas Murillo de la Cueva*

Las dos sentencias del Tribunal Supremo citadas *supra* se pronuncian sobre la misma, e interesante, controversia. En esencia, el Gobierno de España aceptó la extradición de un ciudadano español para ser juzgado ante los órganos jurisdiccionales de los Estados Unidos, con la condición expresa de, si lo solicitaba el extraditado, que podría cumplir la pena que eventualmente le

fuera impuesta en España (acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de marzo de 2009 y auto de 1 de agosto de 2008 –PROV 2009, 124430– de la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional).

Una vez en los Estados Unidos, el extraditado fue juzgado, condenado y enviado a prisión en dicho país. Tras su encarcelamiento, el extraditado solicitó cumplir su pena en España, a lo que las autoridades de Estados Unidos se negaron a pesar de la condición impuesta en ese sentido en el acuerdo de extradición. Ante esta situación, el extraditado solicitó del Gobierno español que solicitara su devolución para el cumplimiento de la pena en España.

Asimismo, a instancias del extraditado, la Directora General de Cooperación Internacional del Ministerio de Justicia fue informada por el presidente de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de que la negativa de los Estados Unidos de América vulneraban la condición a la que se sometió la extradición, y requerida para que se hicieran las gestiones necesarias para que se respetara dicha condición. El Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación pidió explicaciones a la Embajada de los Estados Unidos en España a este respecto. Dicha embajada respondió que la Oficina de Traslado Internacional de Condenados, dentro de la Oficina de Ejecuciones del Departamento de Justicia, es la única institución competente para aceptar la devolución y que ya la había rechazado. Posteriormente, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, por auto de 23 de enero de 2013, se declaró incompetente para adoptar medidas de retorsión.

El extraditado solicitó entonces del Presidente del Gobierno de España que adoptase todas las medidas necesarias, diplomáticas y judiciales, para hacer cumplir lo acordado en Consejo de Ministros. Al no recibir respuesta, interpuso, por el procedimiento de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, un recurso contencioso-administrativo.

Mediante su recurso, el extraditado solicita la tutela judicial efectiva en el ejercicio de sus derechos ante la indefensión que ha venido sufriendo con base en el artículo 24.1 CE y el principio de legalidad recogido en el artículo 9.3 CE, y en concreto que el TS obligue al Presidente del Gobierno de España a llevar a cabo de forma inmediata «cuántas acciones diplomáticas, coercitivas y legales sean precisas, la suspensión y denegación de las entregas extradicionales que se soliciten por parte de EEUU e incluso inicie cuantas acciones legales sean precisas para exigir la devolución de recurrente a territorio español para cumplir la pena impuesta tanto ante Tribunales Internacionales como ante los Tribunales de los Estados Unidos que pudieran corresponder.»(FJ, 2º).

El recurrente había interpuesto previamente otro recurso, el recurso ordinario n° 314/2014, que fue resuelto por la Sección Sexta de la misma Sala del TS por sentencia de 17 de noviembre de 2014 (RJ 2014, 5939). Mediante esta sentencia la Sala estimaba en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el recurrente contra la desestimación por silencio del escrito presentado por el recurrente al Gobierno de España, y acordaba requerir a dicho Gobierno para que adoptase todas las medidas conducentes a la entrega del recurrente por las autoridades de Estados Unidos a las españolas para el cumplimiento de la pena que le fue impuesta en España o justificase la imposibilidad de adoptar otras distintas a las ya adoptadas.

Esta sentencia criticaba que la actuación de la Administración española para hacer cumplir la condición a la que había sido sometida la extradición se limitaba al envío de dos notas verbales emitidas por el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación el 16 de diciembre de 2011 y el 7 de febrero de 2012, a pesar de que Parte de que dicha condición había sido impuesta judicialmente, que la Audiencia Nacional calificó su cumplimiento de imprescindible y que los Estados Unidos de América no dieron garantías de su observancia.

En el segundo recurso, interpuesto por el cauce de la protección de los derechos fundamentales (arts. 114 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción) y sin embargo resuelto con posterioridad al recurso ordinario porque se propuso y admitió prueba (FJ 6°), la Abogacía del Estado y el Ministerio Fiscal sostuvieron que el recurso debía ser inadmitido pues, en su opinión, el recurrente pretendía que la Sala sustituyese al Gobierno en el ejercicio de un típico acto de soberanía que excede del ámbito de su jurisdicción. Además, sostuvieron que la extradición sólo es exigible en el marco de la reciprocidad política, y que no constituía un acto administrativo sometido a la jurisdicción contencioso-administrativa, y que no había ningún derecho fundamental afectado por el proceder del Gobierno en este caso.

Frente a esta argumentación, la Sala precisa que su sentencia no está motivada por los aspectos políticos de la extradición sino por las consecuencias jurídicas que conlleva ignorar lo dispuesto por un auto judicial, en concreto el Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que aprobó la extradición del recurrente sujeta a la condición mencionada. A este respecto, prosigue el TS, según la Ley 4/1985, de 21 de marzo (RCL 1985,697 y 867), se debe estar a dicho Auto para saber si puede o no concederse y en qué términos la extradición. La relevancia constitucional viene motivada porque las resoluciones judiciales firmes han de ser cumplidas y que la obtención de su ejecución

forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido por el artículo 24.1 de la Constitución.

Además, en un interesante pasaje, la Sala cita la reciente sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictada en el asunto *Del Río Prada contra España* el 21 de octubre de 2013, para recordar que la modalidad del cumplimiento de la pena puede comportar una infracción del artículo 7 del Convenio de Roma. Utilizando un razonamiento similar, la Sala concluye que «para el ordenamiento jurídico español, la modalidad de la ejecución de la pena que le pudiera ser impuesta al recurrente en lo relativo al país de cumplimiento estaba preestablecida por el auto de la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. En consecuencia, la inobservancia de la conocida condición judicialmente impuesta, además de suponer el incumplimiento de los términos en que, según la Audiencia Nacional, podía autorizarse la extradición y de generar la correlativa obligación del Gobierno a que se refiere la sentencia dictada por la Sección Sexta el 17 de noviembre de 2014 (RJ 2014, 5939), ha supuesto una alteración sustancial de los términos en que se ha de cumplir la pena.» (FJ, 9°).

Con base en lo anterior, la Sala concluyó que el recurrente se había visto privado del derecho a cumplir la pena en nuestro país previsto por el auto firme de la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, viendo así empeorada su situación. Además, la Sala también constató que la insuficiente actuación del Gobierno había contribuido a mantener en el tiempo dicha situación. En consecuencia, y en consonancia con lo que hiciera previamente la sección de la misma Sala que conoció del recurso ordinario interpuesto por el mismo recurrente, el TS le reconoció el derecho a que por el Gobierno de España se adopten todas las medidas conducentes a que por los Estados Unidos de América se proceda a su entrega a las autoridades españolas para el cumplimiento en España de la pena que le fue impuesta o justifique la imposibilidad de adoptar medidas distintas a las ya adoptadas.

Otras decisiones de tribunales nacionales relativas a extradición

Entre las decisiones dictadas por los tribunales nacionales en materia de extradición durante el periodo cubierto por este trabajo cabe destacar dos igualmente relacionadas con procedimientos de extradición a los Estados Unidos de América. En primer lugar, mediante la **sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) de 16 de marzo**

de 2015, **Recurso Núm.: 449/2014, Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Córdoba Castroverde**, el TS estima un recurso contra el Acuerdo del Consejo de Ministros decidiendo la continuación de un procedimiento de extradición a pesar de que faltaba parte de la documentación que ha de acompañar a la solicitud inicial de extradición según el Tratado de extradición entre España y EEUU. El TS subrayaba a este respecto, en primer lugar, que los Acuerdos del Consejo de Ministros que deciden continuar con el procedimiento de extradición pasiva solicitada por otro Estado despliegan no son meros actos de trámite sino que despliegan indudables efectos y pueden ser revisados jurisdiccionalmente de conformidad con jurisprudencia constante (p.ej, sentencia de 29 de enero de 2004, de 24 de junio de 2003, de 2 de febrero de 2010 –recurso de casación 255/2009– y de 22 de septiembre de 2014 (rec. 419/2013)). A continuación, el TS constata que la solicitud de extradición no contenía la documentación exigida por el art. X del Acuerdo de Extradición entre la Unión Europea y los Estados Unidos de América de 25 de junio de 2003, en concreto, la misma no incluía la transcripción de los textos legales del Estado requirente que establecían el delito y la pena por los que deberían ser juzgados, ni la «orden de detención emitida por un Juez u otro funcionario judicial de la Parte Requirente». Ante la ausencia de esta documentación esencial, la Sala estimó el recurso y acordó la anulación del Acuerdo del Consejo de Ministros objeto del mismo.

En segundo lugar, mediante el **Auto del Tribunal Constitucional núm. 299/2014 de 15 diciembre**, el Tribunal Constitucional estima el recurso de súplica interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la providencia por la que se inadmite el recurso de amparo formulado contra el Auto de 10-01-2014, de la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que acuerda acceder a una extradición solicitada por Estados Unidos, así como contra otro auto del Pleno de la misma Sala de la Audiencia Nacional, que desestima el recurso de súplica interpuesto contra el anterior.

En esencia, el TC constata que la providencia y auto recurridos no se pronunciaban en absoluto respecto de dos de los argumentos esgrimidos por la recurrente. En concreto, ésta sostenía que se había vulnerado el derecho a la vida familiar del que son titulares la propia actora y sus dos hijas (arts. 18.1 CE [RCL 1978, 2836], 8 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (RCL 1999, 1190, 1572) y 7 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea

[LCEur 2001, 3034], habida cuenta de que de accederse a la extradición se cercenarían los derechos de las hijas, que viven con sus padres en España y se encuentran escolarizadas en dicho país, y la lesión del derecho de las hijas de la demandante a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional (art.19 CE [RCL 1978, 2836]). En consecuencia, el TC estima que la providencia impugnada incurre en incongruencia omisiva, vulneradora del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión de la recurrente, por lo que ordena reponer las actuaciones.

Juan Jorge Piernas López
Universidad de Murcia

VII. INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social, Sección 5ª)

Recurso de Suplicación 791/2014

Ponente: *José Ignacio de Oro-Pulido Sanz*

La sentencia objeto de este comentario trae causa de un recurso interpuesto contra una sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 30 de Madrid en la que se declara la nulidad de un despido de efectuado por la *Scuola Statale Italiana Madrid*, por vulneración del derecho fundamental a la Igualdad, condenando a dicha escuela a readmitir a la demandante en primera instancia en su puesto de trabajo.

Frente a esta sentencia, el recurso interpuesto por la *Scuola Statale Italiana Madrid* y el Ministerio de Asuntos Exteriores de Italia ante el Tribunal Superior de Justicia («TSJ») de Madrid, denunciaba la infracción, *inter alia*, de los artículos 21 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el Convenio de Viena de 18 de abril de 1961, el Convenio de Viena de 24 de abril de 1963, el Canje Notas diplomáticas entre los gobiernos de España e Italia de 27 de noviembre de 1984 y el Acuerdo de 15 de diciembre de 1979 –BOE un. 143, de 15 de junio de 1985– y los artículos 1 y 2 del Convenio Cultural entre España e Italia, por entender que el juzgado de instancia debió apreciar la excepción de inmunidad «*iure imperii*».

El Tribunal consideró que las cuestiones presentadas por este recurso habían sido resueltas por otra sentencia incluida en el periodo cubierto por este trabajo, en concreto la **sentencia dictada por la misma Sala del TSJ**

de Madrid de 9 de diciembre de 2014, rec. 632/14 (PROV 2015, 36633), que se remite a su vez a una dictada por el Tribunal Superior de Cataluña de 25 de junio de 2014, Rec. 1557/2014 (AS 2014, 2229).

En dichas sentencias se observa la evolución que la institución de la inmunidad de jurisdicción, fundamentada en último término en el principio de igualdad soberana de los Estados, ha experimentado una notable evolución, pasando, de ser absoluta, a restringirse en la actualidad a aquellos actos considerados realizados a través de sus poderes públicos y considerados de *iure imperii*, por contraposición a los actos de carácter civil y mercantil que se consideran como de *iure gestionis*. Como afirma la Sala «La consecuencia de una tal distinción entre unos y otros actos radica en que mientras los actos de *iure imperii* estarían o, mejor, continuarían protegidos por el principio de inmunidad de jurisdicción, los actos de *iure gestionis* no gozarían de dicha inmunidad.» (FJ 3º).

Para distinguir entre un tipo de actos y otro la Sala señala que los actos de *iure gestionis*, aunque los realicen poderes públicos, podrían en principio ser llevados a cabo por un particular mientras, que los de *iure imperii* no. La Sala precisa también que la Convención de Naciones Unidas Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes de 2 de diciembre de 2004, que se abrió a la firma el 17/01/2005, va en la misma línea al reconocer en su artículo 11, y en la materia más relevante para la resolución de este que «salvo que los Estados interesados convengan otra cosa, ningún Estado podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción ante un tribunal de otro Estado, por lo demás competente, en un proceso relativo a un contrato de trabajo entre el Estado y una persona natural respecto de un trabajo ejecutado o que haya de ejecutarse total o parcialmente en el territorio de ese otro Estado».

A este respecto, la Sala reconoce que sólo 11 Estados han ratificado hasta la fecha esta Convención, por lo que no está en vigor de conformidad con su artículo 30.1, que exige la ratificación 30 Estados. No obstante, lo previsto por esta Convención es sin duda relevante pues, como ha afirmado Gutiérrez Espada, la misma constituye ya el marco jurídico internacional de referencia en materia de inmunidad de jurisdicción y de ejecución del Estado².

² GUTIÉRREZ ESPADA, C., «La adhesión española (2011) a la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes (2005)», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol., 3, nº 2, octubre 2011.

Por último, la Sala constata la existencia de una jurisprudencia constante en nuestros tribunales desde la STS 10/02/1986 (RJ 1986, 727), que confirma la división entre actos *iure impreei* e *iure gestionis*, y que reconoce la existencia de jurisdicción respecto a Estados extranjeros en litigios sobre despido de personal localmente contratado para prestar servicios en misiones diplomáticas y oficinas consulares por tratarse de actos de *iure gestionis*. En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia de los tribunales europeos, como observa la Sala, en concreto mediante la sentencia, dictada en formación de Gran Sala, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19/07/2012 (nº C-154/2011), relativa a un pleito entre una empleada de una embajada y la embajada en cuestión.

En suma, con referencia a las disposiciones del Derecho internacional, de la jurisprudencia interna y de la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la Sala concluyó que los Tribunales españoles del orden social resultan competentes para el conocimiento de las controversias que puedan suscitarse derivadas de los contratos de trabajo suscritos en España, y cuando la prestación de servicios se ha llevado a cabo en este Estado, por lo que desestimó el recurso interpuesto contra la decisión del Juzgado.

Otras sentencias de tribunales nacionales relativas a la inmunidad de jurisdicción

Entre las sentencias dictadas por los tribunales nacionales en materia de inmunidad de jurisdicción durante el periodo cubierto por este trabajo cabe destacar la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 1 de junio, Recurso de Suplicación: 1063/2014, Ponente: Ilma. Sra. María Begoña Hernani Fernández**. Esta sentencia resuelve un asunto relativo a la institución de la inmunidad de ejecución, y trae causa de un recurso por el que la Embajada de Grecia en España solicita la nulidad de un Auto, de fecha 25/06/2014, dictado en ejecución de sentencia, por el que se acuerda el embargo de la devolución del IVA que se reconozcan por parte de la Agencia Tributaria a favor de la ejecutada, Embajada de Grecia.

En opinión de la recurrente, la Embajada de Grecia, el embargo se había llevado a cabo en contra de las normas rectoras de la legalidad, creando una total indefensión a la Embajada de Grecia en virtud del artículo 24 de la Constitución Española, y violentado el principio de legalidad. A este respecto,

la recurrente alegaba la infracción del artículo 21.2 de la L.O.PJ en relación con los artículos 26 y 27 del Convenio de Viena de 13 de mayo de 1969 sobre el Derecho de los Tratados en los que se establece el principio «pacta sunt servanda» y el principio de reciprocidad entre Estados; y el Convenio sobre Relaciones Diplomáticas de Viena de 18 de abril de 1961, artículo 22.3.

La Embajada de Grecia hacía referencia asimismo a la jurisprudencia, del Tribunal Supremo y Constitucional, relativa a la diligencia que los juzgados deben observar antes de tomar ninguna decisión o iniciativa al efecto de ejecutar bienes contra una Misión Diplomática para que «se respeten los acuerdos bilaterales, los usos y prácticas vigentes sobre el particular, así como la existencia de reciprocidad» [TS 10-02-1986 (RJ 1986, 727) y 01-12-1986 (RJ 1986, 7231)]. En concreto, la Sra. Secretario del Juzgado, según la recurrente, debería haber recabado el informe del departamento de Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores del Estado.

No obstante, el Tribunal desestimó el recurso por considerar que la devolución del IVA no constituía un acto «de iure imperii» sujeto a la inembargabilidad. El Tribunal subrayó que el IVA pendiente de reembolso es un derecho de crédito que no resulta equiparable a los bienes protegidos con la inmunidad absoluta de la ejecución de los Estados Extranjeros, y que de hecho proviene del reconocimiento del Estado donde se ejerce la soberanía y al que se aplican criterios de reciprocidad.

Por último, el Tribunal recodó la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre esta cuestión dictada, entre otras, en la sentencia 27-10-1994 (RTC 1994, 292) en la que se dispone que la inmunidad de ejecución de los Estados no alcanza a los bienes inequívocamente destinados al desenvolvimiento de actividades industriales y comerciales, no afectos a la actividad propia de la misión diplomática, y que corresponde al Juez executor determinar, de entre los bienes de que sea titular el Estado extranjero en España, cuales responden a aquella caracterización y son por tanto susceptibles de ejecución.

El Tribunal estableció, con base en esta jurisprudencia, una serie de principios sobre la relación entre la tutela judicial efectiva y el régimen de inmunidad de ejecución que se reproducen a continuación por poder ser relevantes para futuros asuntos. En concreto, según el Tribunal:

«1º tratándose de un derecho de naturaleza prestacional el de tutela judicial efectiva, aquí en su vertiente de derecho a la ejecución de sentencias, es de configuración legal por lo que el legislador puede establecer límites a su

pleno acceso siempre que sean razonables y proporcionales respecto de fines constitucionalmente lícitos para el legislador y se apliquen judicialmente conforme a la interpretación más favorable al derecho a la tutela, de modo que corresponde a este Tribunal comprobar que la decisión de inejecución se ha basado en una causa legal.

2º Desde esta perspectiva ‘el régimen de inmunidad de ejecución de los Estados extranjeros no es contrario, cualquiera que este sea, al derecho a la tutela judicial efectiva consagrado por el art. 24 CE (RCL 1978, 2836) –pero por otra parte– una indebida extensión o ampliación por parte de los Tribunales ordinarios del ámbito que es dable atribuir a la inmunidad de ejecución de los Estados extranjeros, en el actual ordenamiento internacional acarrea una violación del derecho a la tutela judicial efectiva del ejecutante porque supone restringir sin motivo las posibilidades del justiciable de conseguir la efectividad del fallo sin que ninguna norma imponga una excepción a dicha efectividad’

3º El régimen concreto de la inmunidad de ejecución de los estados extranjeros por remisión del art. 21.2 LOPJ (RCL 1985, 1578 y 2635) se contiene en normas de Derecho internacional público.

4º La delimitación del alcance concreto de la inmunidad de ejecución de los Estados debe partir de que ‘con carácter general, cuando en una determinada actividad o cuando en la afectación de determinados bienes no esté empeñada la soberanía del estado extranjero, tanto el ordenamiento internacional como por remisión el ordenamiento interno desautorizan que se inejecute una sentencia, y en consecuencia una decisión de inejecución supone una vulneración del art.24.1CE’.

5º Además de esta delimitación genérica es preciso tener en cuenta que determinados bienes gozan de una particular inmunidad por la calidad de sus titulares, como ocurre con los de las misiones diplomáticas y consulares de modo que la inmunidad de los Estados se asienta sobre una doble distinción: son absolutamente inmunes a la ejecución los bienes de las misiones diplomáticas y consulares, incluyendo las cuentas corrientes bancarias y son inmunes a la ejecución los demás bienes de los Estados extranjeros que estén destinados a actividades *iure imperii* pero no los destinados a actividades *iure gestionis*.

6º Corresponde en cada caso al Juez ejecutor determinar cuáles sean esos bienes.»

Con base en estos principios, y en la tradicional distinción entre bienes destinados a actividades de «*iure imperii*» y bienes destinados a actividades «*iure gestionis*», el Tribunal Superior de Justicia concluyó que en la afecta-

ción de determinados bienes, como el IVA pendiente de reembolso, no esté empañada la soberanía del estado extranjero, y que tanto el ordenamiento internacional como, por remisión, el ordenamiento interno deben desautorizar que se inejecute una sentencia, dado que tal decisión de inejecución supondría en tales casos una clara vulneración del artículo 24.1 de la Constitución Española.

Juan Jorge Piernas López
Universidad de Murcia

VIII. OTRAS SENTENCIAS

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 23 abril 2015

Asunto C-38/14

Ponente: *L. Bay Larsen*

Mediante la sentencia objeto de este comentario, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea («TJUE») resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco («TSJPV»). El TSJPV preguntaba, en esencia, si era compatible con el Derecho de la Unión la legislación española, tal y como la interpreta el Tribunal Supremo, que permite imponer, bien una multa, bien la expulsión, en caso de situación irregular de nacionales de terceros países en territorio español. El TJUE concluyó que dicha legislación no es compatible con el Derecho de la Unión Europea.

En concreto, el TSJPV preguntaba si la Directiva 2008/115, en particular sus artículos 6, apartado 1, y 8, apartado 1, en relación con su artículo 4, apartados 2 y 3, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el procedimiento principal, que, en caso de situación irregular de nacionales de terceros países en el territorio de dicho Estado, impone, dependiendo de las circunstancias, o bien una sanción de multa, o bien la expulsión, siendo ambas medidas excluyentes entre sí.

El TJUE precisó que el objetivo de la Directiva 2008/115, tal como se desprende de sus considerandos 2 y 4, es establecer una política eficaz de expulsión y repatriación, y que la obligación de los Estados miembros de dictar una decisión de retorno contra cualquier nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio aparece recogida en el artícu-

lo 6, apartado 1, de dicha Directiva con carácter principal. Además, el TJUE hizo referencia al artículo 8, apartado 1, de la Directiva 2008/115, que establece que, cuando se ha adoptado una decisión de retorno respecto a un nacional de un tercer Estado, pero éste no ha respetado la obligación de retorno, los Estados miembros deben, con objeto de garantizar la eficacia de los procedimientos de retorno, adoptar todas las medidas necesarias para proceder a la expulsión del interesado.

A la luz de las consideraciones anteriores, el TJUE concluyó que la normativa española no respondía a las manifiestas exigencias impuestas por los artículos 6, apartado 1, y 8, apartado 1, de la Directiva 2008/15 (ap. 35), sin que la facultad de los Estados miembros de establecer excepciones a las normas y a los procedimientos regulados en la mencionada directiva pudiera desvirtuar dicha conclusión.

Juan Jorge Piernas López
Universidad de Murcia