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

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

Elena LÓPEZ-ALMANSA BEAUS [Universidad de Valencia]

José Elías ESTEVE MOLTÓ [Universidad de Valencia]

I. JURISDICCIÓN UNIVERSAL: LAS DUDAS SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA REFORMA DEL TRIBUNAL SUPREMO EN EL ASUNTO DE LOS CAMPOS DE CONCENTRACIÓN NAZIS Y LA INAPLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

Los efectos de la LO 1/2014 han continuado perpetuando la impunidad en una serie de asuntos. Por un lado, la Audiencia Nacional ha confirmado el sobreseimiento del caso Couso negando el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, y de una forma decepcionante la Sección Segunda de la Sala de lo Penal en el asunto Flotilla de la Libertad, ha dejado sin efecto la diligencia cautelar del juez de la Mata por la cual solicitaba a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado que informaran de la hipotética llegada de algunos de los acusados a territorio español. Asimismo el Tribunal Supremo a través del caso Ruanda y República Democrática del Congo, cuya ponencia ha corrido a cargo de Conde-Pumpido, ha ratificado los extremos más restrictivos de la aplicación de la justicia universal en nuestro país.

Con todo, algunos destellos de esperanza en la justicia universal se han podido atisbar. El caso Ellacuría ha proseguido su avance ante el Juzgado Central de Instrucción nº 6 de la Audiencia Nacional con lo que el procedimiento relativo a los asesinatos de los jesuitas en El Salvador sigue su curso, reiterándose las órdenes de arresto internacional contra los acusados. Es más, uno de ellos ha podido ser detenido en los Estados Unidos y se ha autorizado su extradición a España. Asimismo la Sala Segunda del Tribunal Supremo se ha pronunciado en relación a lo que preceptúa la nueva disposición del artículo

* La selección se ha referido exclusivamente a decisiones judiciales adoptadas desde el 1 de septiembre de 2015 al 31 de agosto de 2016.

23.5 LOPJ y ha acabado por estimar que la justicia chilena no muestra una clara voluntad de esclarecer judicialmente los hechos relativos al asesinato del español Carmelo Soria. Así pues por esta vez la justicia universal ha ganado la partida al principio de subsidiariedad, apoyándose de forma considerable en el trabajo realizado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Y finalmente esta misma Sala del Tribunal Supremo en el caso de los campos de concentración nazis de forma abierta ha cuestionado la reforma de la justicia universal aunque no ha acabado por plantear la debida cuestión de constitucionalidad, dada la posible extinción del procedimiento por el fallecimiento de todos los procesados. Por último el asunto relativo al grupo terrorista Boko Haram continúa abierto en la Audiencia Nacional, tal y como se pone de manifiesto en el Informe sobre el Estado de la jurisdicción universal en España 2016 elaborado por la Fundación FIBGAR; documento de investigación publicado en abril del 2016 y que describe y actualiza la situación procesal de todos los casos de justicia universal en España y concluye con una decisiva contribución a través de la concreción de los llamados «Principios de Jurisdicción Universal de Madrid-Buenos Aires».

Sentencia de 24 de septiembre de 2015

Sala de lo Penal, Tribunal Supremo

Caso Ruanda y República Democrática del Congo

Sentencia nº 551/2015. Recurso 10372/2015.

Magistrado Ponente: *Cándido Conde-Pumpido*

En el presente asunto ruandés se dictan dos sentencias por parte del Tribunal Supremo en la misma fecha y con el mismo número de referencia. En la primera de ellas el ponente Conde-Pumpido recuerda a la parte apelante que en modo alguno los nuevos criterios exigidos por la reforma de la jurisdicción universal vulneran los tratados internacionales. Y para ello trae a colación la sentencia de referencia que finiquitó el caso del Tíbet en mayo del 2015. En este sentido en la introducción al fallo ya se dictamina con claridad que: «el protagonismo de la jurisdicción española en esta materia no venía impuesto por los Tratados, lo que habría determinado que todos los países establecieran el mismo modelo de jurisdicción universal absoluta o «in absentia», sino por nuestra legislación interna, por lo que debe modificarse cuando cambia dicha legislación. En realidad los Tratados, que configuran el Derecho Penal Internacional convencional aplicable al caso, no disponen con carácter

imperativo la necesidad de establecer en cada Estado firmante un modelo de Jurisdicción Universal absoluta e incondicionada, como se razona en la STS 296/2005, de 6 de mayo, por lo que no se puede apreciar que la LO 1/2014 esté contradicción con ellos, con independencia de la opinión personal o doctrinal más o menos crítica que pueda sostenerse respecto de esta norma. Basta examinar el Derecho Comparado, para constatar que en la mayoría de los Estados de la Comunidad Internacional no se ha establecido el modelo absoluto. Esa es la razón de que este procedimiento se siga en España, y no en otro país con mayores conexiones con el lugar donde se produjeron los hechos.»

La parte recurrente, al margen de constatar la violación del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, alegó que el sobreseimiento de esta causa en el que había víctimas españolas, suponía una violación a «los arts. 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el derecho los Tratados, en conexión con los arts. 5º a 8º del Estatuto del Tribunal Penal Internacional, arts. 8.1 y arts. 2 a 4 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, con el art 1º de la Convención contra el Genocidio». Ante este alegato de nuevo Conde Pumpido asegura que los tratados no obligan a los Estados a una persecución universal de los crímenes más graves, sino que nos encontramos ante una facultad discrecional de los mismos. Así pues los jueces deben atenerse a lo que marca de forma exclusiva la legislación interna en la materia, en consecuencia «no cabe apreciar vulneración alguna del Derecho de los Tratados». (Fundamento derecho 3º in fine).

En cambio si estima el Tribunal Supremo la alegación de carácter procesal por la cual admite que «la disposición transitoria única de la LO 1/2014, constituye una modalidad especial de sobreseimiento establecido en una norma con rango de Ley Orgánica, que no tiene que corresponderse necesariamente con los requisitos prevenidos en la Lecrim para las modalidades de sobreseimiento en ella establecidas». Por todo ello el sobreseimiento de este tipo de asuntos debe ser provisional y no definitivo, ya que en un hipotético futuro puede reiniciarse el procedimiento si concurren los requisitos establecidos por la reforma legal. En todo caso los distintos fundamentos de derecho acaban desestimando todas las alegaciones relativas a vulneraciones del derecho penal internacional.

La segunda sentencia sobre la que se pronuncia la Sala Segunda del Tribunal Supremo únicamente añade un fallo de un párrafo en el que constata que el sobreseimiento debe ser el previsto en la LO 1/2014 y por lo tanto revoca su carácter definitivo.

Auto de 20 de octubre de 2015

Sala de lo Penal, Tribunal Supremo

Recurso 20092/2015. Caso Carmelo Soria

Magistrado Ponente: *Alberto Jorge Barreiro*

El caso Carmelo Soria desde la entrada en vigor de la reforma había podido sortear los obstáculos de la misma ante el Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional y se mantuvo separada la pieza tercera del Sumario de la llamada Operación Cóndor. 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.

Así pues afianzada la jurisdicción española para este caso de terrorismo con víctima española, el Tribunal Supremo centra el objeto del veredicto en la ponderación del principio de subsidiariedad. Del mismo modo tras la constatación que la justicia chilena también conoce del caso, se examina el asunto bajo lo dictaminado en el artículo 23.4 LOPJ, esto es, el principio de subsidiariedad no resulta de aplicación tal como establece la ley «cuando el Estado que ejerza su jurisdicción no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o no pueda realmente hacerlo, y así se valore por la Sala 2ª del Tribunal Supremo, a la que elevará exposición razonada el Juez o Tribunal». Como recuerda el fallo, la propia reforma LO 1/2014 aporta los criterios para dilucidar tal disyuntiva: «A fin de determinar si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado, se examinará, teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el Derecho Internacional, si se da una o varias de las siguientes circunstancias, según el caso: a) Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal. b) Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia. c) Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia».

En primer lugar el Tribunal Supremo admite la delicada complejidad de esta tarea, ya que el presente dictamen supone «enjuiciar la actuación de la Administración de Justicia de otro Estado», desde el punto de vista no solo jurídico, sino político-diplomático e histórico (fundamento derecho 2º in fine). La sentencia siguiendo el informe del juez de la Mata, recuerda que la justicia chilena inicialmente archivó la causa por aplicación de la ley de amnistía de 1978 a pesar del criterio emanado de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Con todo la hija de la víctima ha podido iniciar un nuevo caso cuya instrucción continúa en la actualidad. Una vez examinadas las diligencias practicadas en el procedimiento chileno, se trae a colación el criterio del juez de la Audiencia Nacional por el cual «no ha existido en ningún momento ni todavía existe una investigación diligente y eficaz sobre lo ocurrido». A continuación se corrobora esta apreciación con «el contenido del Informe número 13/1999 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que llevó a cabo un detallado análisis de lo ocurrido y de las actuaciones realizadas por las autoridades del Estado chileno, concluyendo que el Estado chileno ha violado respecto de Carmelo Soria Espinoza el derecho a la libertad personal, a la vida y el derecho a la integridad personal consagrados en el artículo 1 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; y que las decisiones judiciales de sobreseimiento dictadas en la causa criminal agravan la situación de impunidad y violan el derecho a la justicia que asiste a los familiares de las víctimas para identificar a los autores de dichos delitos, establecer responsabilidades y sanciones correspondientes y obtener reparación judicial. Para concluir diciendo que el Estado de Chile ha violado los derechos consagrados en los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1 y 2 de la Convención.»

Por todo ello concluye el auto que vista la falta de determinación de la justicia chilena por investigar el caso, «*resulta inaplicable en este caso el principio de subsidiariedad*», por lo que la parte dispositiva estima «*la jurisdicción de los tribunales españoles para continuar conociendo de los hechos objeto de investigación*».

Auto de 18 de mayo de 2016

Sala de lo Penal, Tribunal Supremo

Recurso 1569/2015. Caso campos de concentración nazis.

Magistrado Ponente: *Alberto Jorge Barreiro*

El Tribunal Supremo por el presente auto falla sobre el recurso de casación presentado por la Asociación para la defensa y el progreso de los ciudadanos

(Politeia) contra el auto de 15 de diciembre de 2014 del Pleno de la Sala de lo Penal que decretó el sobreseimiento y archivo del asunto de los campos de concentración nacionalsocialista de Mauthausen, Sachsenhausen y Flossenbürg. El caso se dirigía contra Leprich, Tittjung, Kumpf, Demjanjuk y Szhinsky por haber cometido genocidio, crímenes de lesa humanidad y de guerra entre cuyas víctimas se contaban miles de nacionalidad española. La parte recurrente rebatía el auto mencionado por considerarlo que violaba el Derecho de los Tratados, además de considerar que la reforma de la LO 1/2014 incurre en inconstitucionalidad.

Ahora bien, el punto de controversia que puede dejar extinguida la acción penal gira alrededor de la constatación por la cual los cinco procesados han fallecido. Aunque la parte dispositiva de la sentencia deja sin efecto el sobreseimiento de la Audiencia Nacional y exige que se complete la investigación para que pueda de forma fehaciente constatarse que todos los imputados han fallecido; sobre este extremo se apunta que no constan las respectivas certificaciones de fallecimiento de dos de los oficiales nazis. Al margen de esta decisiva vicisitud procesal, el presente auto manifiesta algunas consideraciones de sumo interés.

El fundamento de derecho tercero sospecha abiertamente de la inconstitucionalidad de la reforma que la califica de «restricción sustancial del derecho de los ciudadanos víctimas de tales delitos en el extranjero». En este sentido remarca que el acceso a la jurisdicción resulta muy remota al tener que acreditar la residencia habitual de los acusados en España. Y en esta línea pone de manifiesto que ya el propio ministerio fiscal sugirió a la Audiencia Nacional el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad al poder estar vulnerándose el derecho a la tutela judicial efectiva y el principio de igualdad. Con todo el auto cuyo ponente es el juez Alberto Jorge Barreiro continúa incidiendo los puntos más controvertidos de la reforma de la siguiente manera:

«La gran contradicción sustancial de la reforma queda evidenciada en el hecho de que mientras que los delitos más graves del Derecho penal internacional (lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra) son desplazados fuera de la competencia de la jurisdicción española, excepto para los supuestos de rarísimas excepciones anteriormente expuestas; en cambio, sí cabría encuadrar en el ámbito de nuestra jurisdicción los delitos de segundo grado del Derecho Penal internacional, aunque también con unas restricciones que no se daban en la Ley Orgánica 1/2009, y mucho menos en la 6/1985.

Como dato significativo a destacar debe subrayarse que el criterio de la nacionalidad española de la víctima (principio de personalidad pasiva), que ha

quedado excluido para los delitos más graves o de primer grado, sí se admite como vínculo para la aplicación de la jurisdicción española para algunos de los graves delitos del segundo nivel: contra la integridad moral, desaparición forzada, trata de seres humanos, terrorismo, contra la libertad e indemnidad sexual, falsificación de productos médicos y delitos que supongan una amenaza para la salud pública. Ahora bien, se exige a mayores que el imputado se encuentre en territorio español, requisito que sólo se excluye en los cuatro últimos delitos que se acaban de citar».

En todo caso a pesar de esta sugerente crítica a la reforma, los jueces de la Sala de lo Penal no van más allá, ni se adentran en las alegaciones de la parte recurrente en casación centradas en la vulneración del Derecho de los Tratados, ni en el posible planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, puesto que la acción penal puede estar ya extinguida por la inexistencia de los cinco imputados.

Auto de 25 de noviembre de 2015

Sección Tercera, Sala de lo Penal, Audiencia Nacional

Órgano de origen: Juzgado Central de Instrucción nº 1

Rollo de la Sala: Sumario 34/2007. Caso Couso

Este auto pone fin a la última tentativa de reapertura del caso Couso, una vez que se dio por concluido el sumario por parte del titular del Juzgado Central de Instrucción nº 1, Santiago Pedraz; veredicto que vino condicionado por lo dispuesto en la sentencia 296/2015 de 6 de mayo de 2015 del Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en el asunto Tíbet.

Con todo la familia Couso solicitó tanto la desestimación del sobreseimiento y archivo del sumario, como que se promoviera la cuestión de inconstitucionalidad contra la reforma de la LOPJ, mediante Ley Orgánica 1/2014. Los jueces de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal traen a colación en el segundo fundamento de derecho la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2015 en el caso Ruanda para afirmar que la redacción del nuevo art. 23.4 LOPJ no vulnera el derecho de los tratados, «y por consiguiente lo dispuesto en el art. 10 de la C.E.». De nuevo transcribe el siguiente razonamiento jurídico tercero fragmentos de la sentencia de Ruanda, esta vez para afianzar que en ningún modo se ha podido vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva.

El resto de los fundamentos de derecho del auto se dedican a examinar cuestiones procesales relativas a la naturaleza del sobreseimiento del caso. Y de

nuevo acogíendose al tenor literal del criterio del Tribunal Supremo estiman que el sobreseimiento previsto en la reforma posee un carácter especial y autónomo, «aunque si el procedimiento puede reiniciarse no debe ser calificado de definitivo». Asimismo se declara que las decisiones de sobreseimiento de la Audiencia Nacional, «siempre que exista un procesado», son controlables en casación. Sea como fuere tras recordar que en el presente asunto Couso existe un auto de procesamiento contra tres ciudadanos norteamericanos, acuerda no promover la cuestión de inconstitucionalidad y confirmar el sobreseimiento de la causa «hasta que no se acrediten cumplidos los requisitos establecidos en la L.O. 1/2014 de 13 de marzo».

Auto de 17 de noviembre de 2015

Juzgado de Instrucción nº 5, Audiencia Nacional

Diligencias Previas 197/2010. Caso Flotilla de la Libertad

Tras la sentencia del Tribunal Supremo en el caso Flotilla de la Libertad, el Magistrado José de la Mata se vio obligado a sobreseer mediante auto de 10 de junio de 2015 la causa. Ahora bien instó a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado que informaran a la AN, si cualquiera de los querellados 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) llegase a territorio español. El fiscal mediante escrito de 13 de noviembre de 2015 alegaba que debiera dejarse sin efecto esta comunicación relativa a la hipotética información sobre la presencia de los querellados en España ya que se trataba de una «medida ausente de respaldo legal y de muy difícil ejecución».

El titular del JCI nº 5 inadmite el recurso del fiscal por extemporáneo, ya que se interpuso una vez había devenido firme el auto mencionado. Con todo «con la finalidad de no dejar sin respuesta las pretensiones deducidas por el fiscal», el juez de la Mata recuerda al ministerio público que no se trató de un sobreseimiento ni libre, ni provisional tal y como lo contemplan los artículos 641 y 779 LECrim, sino que se trataba del sobreseimiento provisional especial previsto en la DT única de la LO 1/2014. Habida cuenta de esta provisionalidad, el tercer fundamento de derecho recuerda al fiscal «no se han adoptado ni acordado medidas cautelares contra estas personas: lo que se ha hecho es dar cumplimiento exacto a la obligación imperativamente impuesta por el IV Convenio de Ginebra de 12.08.1949: buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, cualquier infracción grave (de las previstas en

la Convención), si estas personas se han refugiado u ocultado en su país, a fin de hacerlas comparecer ante los propios Tribunales. Y también lo establecido en la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, que por su parte ordena (art. 5), que todo Estado Parte tome 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.»

Siendo así estima que la comunicación efectuada a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad resulta necesaria para cumplir con estas obligaciones internacionales, dada la «la gravedad extraordinaria de los hechos objeto de la causa y la calificación *jurídica de los mismos. Calificación jurídica realizada en la resolución recurrida, pero también en las Conclusiones del Informe del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas y en los dictámenes de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional*». Por todo ello se desestiman las pretensiones del ministerio público.

Auto de 22 de diciembre de 2015

Sección Segunda, Sala de lo Penal, Audiencia Nacional

Rollo de la Sala: Apelación contra autos 387/2015

Caso Flotilla de la Libertad

Contra la resolución anterior, el fiscal interpuso recurso de apelación reiterando sus peticiones criticando abiertamente las alegaciones de la parte querellante puesto que «podrán entenderse como descalificaciones hacia el Ministerio Fiscal». Una vez llamada la atención a la representación procesal de la asociación querellante, el auto, amparándose en veredictos del Tribunal Constitucional, acaba enmendando el veredicto del juez de la Mata. Los razonamientos jurídicos del auto se dedican de forma exclusiva a argumentos de carácter procesal considerando que «la jurisdicción es presupuesto del proceso», por lo que un juez que carezca de esa jurisdicción no puede emitir veredictos válidos, «porque estaría actuando fuera del proceso».

Una vez efectuadas las consideraciones genéricas procesales recuerdan los magistrados de la Sección Segunda, que «si el propio Tribunal Supremo ha dicho que los Tribunales españoles carecen de jurisdicción para el conocimiento de los hechos delictivos y en las circunstancias que la LO 1/2014 establece, y esta misma Ley ya hemos visto las limitaciones que impone al ejercicio de la jurisdicción fuera de nuestras fronteras, hasta el punto de que el propio legislador (y repetimos un anterior pasaje de la Exposición de Motivos)

nos reitera que «los Tribunales españoles no pueden continuar procedimientos sobre los que ya carezcan de jurisdicción», por más que formalmente se puede decir que hay un procedimiento en trámite, materialmente no podrá mantenerse que la causa se encuentra abierta, y, en consecuencia, el juez estará actuando fuera del proceso, de modo que si es solo dentro del mismo donde puede adoptar decisiones, las que dicte fuera de él habrá que tenerlas por no puestas».

En consecuencia se anula la comunicación del Juez de la Mata a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, ya que «no es una decisión inocua», e implica una actividad investigadora «que solo puede ser adoptada en el ejercicio de la jurisdicción»; jurisdicción de la que carece el titular del JCI nº 5. Siendo así, «No hay necesidad, por tanto, de entrar a valorar si la misma es consecuencia del cumplimiento exacto de la obligación impuesta por el IV Convenio de Ginebra, porque, cualquiera que fuera el resultado de ese debate, lo que impide entrar en él es que se ha dictado por quien no puede continuar con la sustanciación del procedimiento que venía instruyendo, porque ya carecía de jurisdicción, y, como es esto lo que la hace inviable, nada más es preciso para dejarla sin efecto». Sorprende sobremanera en este auto tanto la defensa a ultranza de la posición del ministerio fiscal incluso de las alegaciones de la parte querellante efectuadas bajo el ámbito del derecho a la defensa, como la calificación de la medida del juez de la Mata como lesiva («no inocua») y sobrepasando sus competencias al no reconocer la jurisdicción española para resolver este caso de crímenes de guerra. Ahora bien si como la misma Sala admite nos encontramos ante un sobreseimiento provisional, la presencia física en España de los querellados podría activar la causa. De esta forma la información que pudieran remitir las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad resultaría ser determinante; negar esta posibilidad parece afianzar más el carácter definitivo del sobreseimiento y deja en manos exclusivamente de las víctimas el rastrear la agenda de movimientos y estancias de los querellados. No parece ser que sea este el propósito de lo previsto en las Convenciones de Ginebra. No sorprende que semanas después de este veredicto la prensa publicara que «Israel agasaja al presidente y al fiscal jefe de la Audiencia Nacional tras el archivo del caso Netanyahu» (eldiario.es, 21 febrero 2016) y que «dos de los tres jueces» de esta sección de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional hayan «sido apartados del juicio de Gürtel por su proximidad al Partido Popular» (eldiario.es, 22 diciembre 2015).

Auto de 4 de enero de 2016**Juzgado Central de Instrucción nº 6**

Audiencia Nacional. Sumario 97/2010

Caso Ellacuría

Tras la activación del caso Ellacuría tras la sentencia del Tribunal Supremo, el titular Juzgado Central de Instrucción número 6 de la AN acuerda reiterar las órdenes de arresto internacional con fines de extradición de los querellados. Y más aún después de haber constatado el juez Eloy Velasco el contenido del informe de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos de El Salvador recomendando a la Corte Suprema que dictamine el llevar a cabo «la captura de las personas perseguidas por la ley», pese a su oposición inicial.

Justo un mes después de este auto, y tras las oportunas actuaciones judiciales efectuadas por el Center for Justice and Accountability se autorizaba la extradición a España del antiguo coronel y ex viceministro de Seguridad Pública, Inocente Orlando Montano, que acababa de cumplir su condena en una prisión en Estados Unidos por haber cometido fraude migratorio, según informaba en un comunicado de 5 de febrero de 2016 la asociación querellante APDHE (Asociación Pro Derechos Humanos España). Este militar retirado es uno de los 18 querellados en la causa Ellacuría sobre el que pendía orden de detención internacional. En la ampliamente fundada decisión de autorización de extradición de la Jueza estadounidense Kimberley A. Swank de 4 de febrero de 2016, constata que el tratado de extradición entre los Estados Unidos y España autoriza dicho veredicto; y más aún cuando el crimen que habilita la extradición ha sido el de «asesinato terrorista» cumpliéndose así con el requisito de la doble incriminación (US District Court for the Eastern District of North Carolina, Northern Division, nº 2:15-MJ-1021-KS).

Al éxito del devenir procesal de este caso, deben sumarse la sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de El Salvador de julio de 2016 declarando inconstitucional la ley de amnistía salvadoreña de 1993, y la lamentablemente sentencia de 16 de agosto de 2016 en la que se ha decidido no extraditar a España a cuatro detenidos el pasado mes de febrero (elmundo.es, «El Salvador no extraditará a España a los cuatro militares procesados por el caso Ellacuría», 16 agosto 2016). En todo caso la alerta roja de la Interpol sigue activa.

José Elías Esteve Moltó
Universitat de València

II. DERECHO DEL MAR

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 4ª) de 2 marzo de 2016

Recurso de Apelación núm. 7/2015

Ponente: *Excmo Sr. D. Juan Francisco Martel Rivero*

La Audiencia Nacional condena a diversos nacionales de Siria y de la India por delito de tráfico de drogas a raíz de un abordaje acometido en aguas internacionales a un buque de supuesto pabellón de la República Democrática del Congo (RDC). La pretendida nulidad del procedimiento esgrimida por las defensas de los acusados se basa en irregularidades de dicho abordaje, e incluso en la falta de jurisdicción española según algunas, lo que descarta el órgano judicial en su fundamento jurídico primero.

Antes que nada, la Audiencia atiende a los hechos y subraya que el buque no posee nacionalidad. Considera probado que las autoridades de la RDC confirmaron que no estaba inscrito en el registro que permite enarbolar la bandera congoleña, por lo que, a pesar de solicitárseles autorización para el abordaje, no la dieron. Es más, en el momento del abordaje no tenía izado pabellón alguno.

A continuación, el juzgador identifica la normativa aplicable (art. 23.4.d de la LOPJ), que atribuye a España la competencia para investigar y enjuiciar este tipo de delitos (tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas cometidos en alta mar) al estar previsto en tratados internacionales ratificados por nuestro país. En concreto, trae a colación el artículo 108 de la Convención de Bahía Montego y el artículo 17 apartados 1 y 2 de la Convención de Viena de 1988 (Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas) para sostener la jurisdicción española y la legalidad del abordaje en aguas internacionales cuando se trata de naves que no enarbolan ningún pabellón o con abanderamiento ficticio y se tenga motivos razonables para sospechar que están siendo utilizadas para el tráfico ilícito de drogas. Es más, recuerda que los Estados tienen reconocido el derecho de visita (incluido el abordaje) a las naves sin nacionalidad (art. 110 de la Convención sobre el Derecho del Mar de 1982). En base a esta normativa, concluye que la actuación de los funcionarios españoles en aguas internacionales para reprimir el tráfico de drogas ha sido adecuada a la legalidad vigente.

**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª),
de 11 noviembre de 2015**

Recurso de casación núm. 1502/2015

Ponente: *Excmo Sr. D. Andrés Palomo del Arco*

**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª),
de 14 diciembre de 2015**

Recurso de casación núm. 1498/2015

Ponente: *Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez*

En este lapso temporal objeto de nuestro análisis, se localizan dos sentencias que repasan en profundidad (y descartan) la jurisdicción universal española en la persecución y enjuiciamiento de delitos de tráfico ilegal de drogas cometidos más allá del mar territorial a bordo de buques con pabellón de otro Estado. Ambas desestiman los recursos y confirman la jurisdicción preferente de Portugal para conocer de los hechos enjuiciados (tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas), a pesar de sostener las defensas la competencia española.

Centrándonos en el primer supuesto (el de la sentencia de 11-11-2015), se trata de un buque investigado por autoridades de ambos países que fue abordado en aguas internacionales por miembros del Servicio de Vigilancia Aduanera español (FD 2). Aunque en virtud del art. 23.4.d de la LOPJ existen criterios competenciales a favor de España (comisión del delito en aguas internacionales, varios españoles están encausados, actos preparatorios del delito producidos en España... FD 3), el Supremo confirma la jurisdicción portuguesa para el enjuiciamiento en aplicación del criterio de preferencia del Estado del pabellón y el tratado bilateral entre ambos países, pues los demás criterios de atribución jurisdiccional establecidos en el artículo 23 LOPJ se aplican sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea parte (en este caso, el Convenio de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988, y el Tratado entre el Reino de España y la República de Portugal para la represión del tráfico ilícito de drogas en el mar, hecho en Lisboa el 2 de marzo de 1998).

Respecto al pabellón del buque en cuestión, cabe añadir que el tribunal congruentemente estima válido el portugués, a pesar de las maniobras disuasorias de los acusados para alterar la documentación que así lo constataba para aparentar otra matriculación (de Guinea Bissau), de ahí que no pudiera resul-

tar de aplicación en ningún caso el artículo 92 de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar que equipara a buque carente de nacionalidad al buque que navega bajo los pabellones de dos o más Estados, utilizándolos según su conveniencia. Por ello, el abordaje español es legal al contar con la autorización portuguesa.

De este modo, como la embarcación enarbola pabellón legítimo de ese otro Estado, la competencia española es tan sólo para el abordaje, inspección, incautación de sustancias y detención de los tripulantes siempre que obtenga la autorización del Estado de abanderamiento del barco (art. 17.3 y 4 de la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes o sustancias psicotrópicas). Porque la competencia para el enjuiciamiento corresponde al país de bandera de forma preferente (art. 7.1 Tratado entre el Reino de España y la República de Portugal de 2-3-1998), y solamente de forma subsidiaria la del país que llevó a cabo el abordaje y la inspección. Sólo si el pabellón fuera ficticio o se tratara de buque sin pabellón, o el Estado del pabellón renunciara, sí que habría competencia española para enjuiciar. Recuerda el juzgador que lo mismo sucede con otros delitos cometidos en espacios marinos más allá de la jurisdicción nacional (mar territorial): se coopera en su persecución y existe el derecho de visita conforme a los tratados aplicables, pero el enjuiciamiento corresponde preferentemente al país del pabellón conforme a los tratados internacionales ratificados por España o los actos normativos de organizaciones internacionales en las que España es parte. O lo que es lo mismo, la atribución jurisdiccional del artículo 23.4.d) es norma especial cuando se cometen más allá del mar territorial los delitos de piratería, terrorismo, tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, trata de seres humanos, contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y delitos contra la seguridad de la navegación marítima.

En la misma línea, la sentencia del TS de 14-12-2014 (FD 4 y 5) se basa en el anterior pronunciamiento judicial para desestimar la jurisdicción española y por ende el recurso, con la particularidad de existir un imputado común en ambos procedimientos. Nuevamente existe un intento fraudulento de alterar la documentación del abanderamiento que era verdaderamente portugués a pesar de tachaduras y enmiendas para aparentar que era de Guinea Bissau, por lo que tampoco puede aplicarse el artículo 92 de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar.

**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª),
de 14 julio de 2016**

Recurso de casación núm. 10076/2015

Ponente: *Excmo Sr. D. Andrés Martínez Arrieta*

Se está ante un supuesto en el que la aplicación del art. 23.4 LOPJ sí que conduce a juicio del tribunal a la jurisdicción española para abordar y enjuiciar, desestimándose el recurso de casación y ratificando la condena de la AN por delitos contra la salud pública. En este caso, a raíz de un chivatazo telefónico, se investigó un inminente traslado de hachís desde Marruecos a la costa de España y Portugal y, una vez detectado el barco en alta mar, se ejercitó el derecho de visita por agentes de vigilancia aduanera y acabó trasladándose a Cádiz.

De nuevo, el Supremo tiene que repasar detalladamente la normativa española e internacional que resulta aplicable a la competencia de las autoridades españolas para investigar, abordar y enjuiciar los hechos delictivos, y atender a la jurisdicción universal de España por lo que hace a los delitos relacionados con el tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas (FD 2). La diferencia con los supuestos anteriores estriba en que en este caso el buque poseía pabellón marroquí, si bien no lo enarbolaba. Al ejercitarse el derecho de visita previsto por la CNUDMAR y constatar la ilícita actividad, la visita se suspende y se solicita autorización judicial y, al conocer del pabellón marroquí, se comunica a dicho país (que no solicita su enjuiciamiento). Por lo que aquí sí se permite y autoriza la competencia española para enjuiciar, además de realizar la visita y posterior abordaje en aras a reprimir un hecho constitutivo de delito.

Para basar su fallo y estimar la jurisdicción española, el Tribunal se basa en la interpretación que de dicha normativa efectúan sentencias del Pleno de la sala de 24-7-2014 (núms. 592 y 593) que resuelven y unifican la interpretación de las reglas correspondientes a los apartados d), i) y p) del art. 23.4 de la LOPJ en la redacción dada por la LO 1/2014 de 13 de marzo, y en donde preponderantemente se atiende a la configuración de los tratados internacionales y al grado de atribución de jurisdicción que otorgan a los Estados firmantes. A este respecto, recuerdan que los tratados que resultan aplicables al caso son los siguientes: el artículo 108 de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar; el artículo 4.1.b y 4.3 (que regula la competencia jurisdiccional en general) y el 17 (que regula la persecución del tráfico ilícito de drogas por mar, estableciendo asimismo ciertas normas de competencia) de la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes

y sustancias psicotrópicas de 1988; y el art. 22.2.a. apartado iv) del Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas de 1971 y la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes enmendada por el Protocolo de 1972 (art. 36).

Conforme a esta regulación, en los delitos de tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas cometidos en medios marinos, el apartado d) del art. 23.4 LOPJ confiere jurisdicción a las autoridades españolas para el abordaje, inspección, incautación de sustancias y detención de los tripulantes de cualquier embarcación que enarbole el pabellón de otro Estado, siempre que obtenga la autorización del Estado de abanderamiento del barco (art. 17.3 y 4 de la Convención de Viena). Igual solución se predica para el caso de naves que no enarbolan ningún pabellón (*vid.* art. 17.2 de la Convención y arts. 110 y 92.2 de la Convención sobre Derecho del Mar de 1982), que es el supuesto que aquí concurre. Esta competencia para el abordaje, la inspección y la detención supone, lógicamente, la del enjuiciamiento de los imputados cuando se trate de buques sin pabellón, o resultando éste ficticio (art. 17.1 de la Convención de Viena), como es el caso enjuiciado.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 24 febrero de 2016

Recurso de casación núm. 10229/2015

Ponente: *Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez*

El 24 de febrero de 2016, el Supremo dictó otro pronunciamiento judicial sobre operaciones relacionadas con la lucha contra la piratería en las costas de Somalia en el marco de la Operación Atalanta de la UE. En su fallo, se desestima recurso de casación contra sentencia de la Sala de lo Penal de la AN que condenada a diversos nacionales somalíes como miembros de una cédula de asalto o grupo de acción pirata organizado destinado al abordaje y secuestro de barcos comerciales que navegaban por el Océano Índico.

En octubre de 2012, un día después de atacar sin éxito a un atunero español en aguas del Océano Índico, estos somalíes fueron localizados y abordados a unas 200 millas náuticas de la costa de Somalia por un barco de guerra de la Real Marina de los Países Bajos que actuaba bajo el mandato de la Fuerza Naval de la Unión Europea. Los detenidos fueron puestos a disposición de un buque de la Armada española integrado asimismo en la Operación Atalanta y trasladados por miembros de la Policía Naval española al Aeropuerto de Djibouti, desde donde partieron en un avión militar española la Base Aérea

de Torrejón de Ardoz, y posteriormente a la Audiencia Nacional, donde se les recibió declaración, pasando después a prisión provisional.

Los acusados interpusieron recurso de casación, entre otros motivos, por infracción de ley y aplicación indebida del precepto del Código Penal que tipifica la piratería. Las defensas rebaten la consideración de este delito por el tribunal sentenciador como delito de mera actividad en el que el simple atentado o acometimiento conlleva consumación, lo que el TS confirma trayendo a colación el artículo 101 de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, en el que define qué conductas han de considerarse constitutivas de un delito de piratería, y el artículo 3.1 del Protocolo de 2005 relativo al Convenio para la represión de los actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima de octubre de 2005.

En concreto, el fundamento jurídico 3.A de la sentencia desmenuza el contenido del delito, que admite distintas formas comisivas alternativas que pueden concurrir: la primera exigiría la destrucción, el daño o el apoderamiento de un buque u otro tipo de embarcación o plataforma en el mar, mientras que para la segunda bastaría el atentado contra las personas, cargamento o bienes que se hallen a bordo de aquellas embarcaciones. En base a ello, el Supremo ratifica la postura del tribunal *a quo* y desestima la pretensión de las defensas.

Elena López-Almansa Beaus
Universitat de València

III. APLICACIÓN DE TRATADOS INTERNACIONALES: DE LA PERSECUCIÓN DEL YIHADISMO DE ACUERDO AL DERECHO INTERNACIONAL A LAS MÚLTIPLES CONTROVERSIAS SURGIDAS POR LA POSIBLE COLISIÓN DE LOS EFECTOS DE LA MATERNIDAD SUBROGADA Y ADOPCIONES CON LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Distintos tribunales españoles durante estos últimos meses han tenido que enfrentarse a asuntos tan dispares como el terrorismo yihadista, las inversiones extranjeras en el sector eléctrico o los distintos interrogantes que plantean la llamada maternidad subrogada y las adopciones. Para resolver todos estos casos los jueces españoles han traído a colación la normativa internacional, tanto resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas emitidas bajo el mandato del capítulo VII de la Carta y otros instrumentos convencio-

nales vinculantes de las Naciones Unidas y europeas en materia de represión del terrorismo internacional, como el Tratado sobre la Carta de la Energía o la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.

Sentencia 23/2015 de 30 de septiembre de 2015

Sección Segunda, Sala de lo Penal

Audiencia Nacional. Rollo de la Sala 1/2014

La Audiencia Nacional juzga en esta sentencia a componentes de una célula yihadista operativa en España. Se examina la finalidad de tales células, y su naturaleza terrorista, que queda atribuida por su integración en este tipo de organización. Los hechos que dieron lugar a la incoación de la vía penal, principiaron por un oficio de la Comisaría General de Información de la Policía Nacional. A través de posteriores informaciones se ponía de manifiesto la existencia de una organización yihadista en Suecia, que a su vez había formado dos células en Marruecos y Ceuta con la finalidad de aportar materiales para ayudar a los islamistas en Siria y asimismo entrenar a voluntarios para su destino: la lucha armada en este país del Medio Oriente. Con ello se incoó el sumario 1/2014 por el Juzgado Central nº 2, concluido el cual se elevó a la Sala. Por la fiscalía se formuló acusación por el delito de integración en banda armada y tenencia ilícita de armas. La defensa basó principalmente su alegato en infracciones de derechos fundamentales durante el procedimiento de obtención de pruebas. La Sala dicta sentencia condenando a los acusados.

El supuesto fáctico de la sentencia acredita que: *«Al Qaeda es una organización terrorista que pretende la expulsión de los occidentales y el establecimiento de un Califato Islámico Mundial; imponiendo la aplicación estricta y radical de la Sharía o Ley Islámica; empleando para ello la violencia y siguiendo los postulados de la Yihad Global»*. Se señala que el Estado Islámico de Irak es una organización integrada en Al Qaeda. Asimismo se apunta que al inicio de la revolución siria se enviaron, desde Irak a esta país, efectivos formando un grupo yihadista con la pretensión de crear un Estado Islámico en Siria, y a partir de ahí realizar el establecimiento del que llaman el Califato Gra Saham (la Gran Siria) que estaría formado por Siria, Jordania, Líbano y Palestina. Para ayudar en esta pretensión y lucha, en el año 2012 operan dos células con estrechas relaciones, una en Marruecos y otra en Ceuta con la finalidad del envío de combatientes. Los acusados se integraron en la célula ceutí, llevando a cabo labores de adoctrinamiento, radicalización doctrinal y traslado de yihadistas; todo ello en coo-

peración con la célula de Marruecos. A este fin controlaban, llevaban a cabo los viajes de los desplazados y los supervisaban. Los desplazados o bien directamente tenían por misión el llevar a cabo acciones violentas, incluso suicidas, o bien primero pasaban a campos de entrenamiento para su posterior lucha armada en Siria. Estas actividades son constatadas y acreditadas en España, a través de ocupación de documentación, teléfonos móviles, tarjetas telefónicas, vídeos, intervenciones telefónicas y registros domiciliarios.

La sentencia acude a distintas resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. Señala que este organismo internacional, ya desde 1999 y posteriormente en 2000 y 2001, consideran organizaciones terroristas a Al Qaeda Central y a todas sus filiales o ramas. Al Qaeda fue expresamente incluida como organización terrorista en el listado de la ONU el día 6 de octubre de 2001 (QE.A.4.01). Al Qaeda Irak y su denominación Estado Islámico de Irak fueron incorporadas al mismo listado de organizaciones terroristas el 18 de octubre de 2004 (QE.J.115.04). En otra resolución del Consejo de Seguridad de 31 de mayo de 2013 se incluyó como organización terrorista, a Jabhat Al Nusrah y a todas sus acepciones, entre las que se encuentra la del Estado Islámico de Irak y Levante. Con arreglo a estos antecedentes fácticos, el fiscal formuló acusación de integración en organización terrorista. La defensa de los acusados se centró, primordialmente, en solicitar la nulidad de las pruebas aportadas por considerar que infringían derechos fundamentales; alegaciones defensivas, todas ellas interpuestas sin pormenorizar y fundamentar las mismas con la debida concreción.

La Sala rechaza la petición de la defensa con cita de la sentencia del Tribunal Supremo 138/2015 de 13 marzo, que expresa que no son admisibles las impugnaciones de las intervenciones efectuadas sobre la base de alegatos genéricos. Asimismo indica que la doctrina constitucional admite que la resolución judicial autorizando la obtención de pruebas –intervenciones telefónicas, etc.– pueda considerarse motivada si, integrada con la solicitud policial a la que se remite, o con el informe o dictamen del Ministerio Fiscal en el que se solicita la intervención, contiene todos los elementos necesarios para llevar a cabo el juicio de proporcionalidad (SSTC 72/2010, de 18 de octubre y SSTC 248/2012, de 12 de abril y 301/2013, de 18 de abril y 1076/2006, de 27 de octubre). También puntualiza, sigue argumentando la Sala, la citada STS 138/2015 que la intervención telefónica de usuarios sin identificar está amparada por la doctrina jurisprudencial. Recoge, en este sentido, la STS 48/2013, de 23 de enero, que declaró que el hecho por el cual no se aporten ciertos datos de identidad no puede ser, en modo alguno, obstáculo para la legitimidad

de la interceptación. Precisa igualmente que la jurisprudencia ha ido más allá, admitiendo incluso la validez de la medida en supuestos de falta de identificación, no ya del titular, sino incluso del usuario del terminal que luego resulta interceptado. Y todo ello queda avalado según señala la STS 884/2012, de 8 de noviembre, la cual transcribe la Sala: *«cuando servicios de información extranjeros proporcionan datos a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad españoles, la exigencia de que la fuente de conocimiento precise también sus propias fuentes de conocimiento, no se integra en el contenido del derecho a un proceso con todas las garantías. Lo decisivo, además de la constancia oficial, no necesariamente documentada, de que esa comunicación se produjo, es que el intercambio de datos sirva para lo que puede servir; esto es, para desencadenar una investigación llamada a proporcionar a los Tribunales españoles los medios de prueba precisos para el enjuiciamiento de los hechos»*. La impugnación de los Registros domiciliarios es igualmente rechazada y al efecto, con cita en la STS 11/2011 de 1 febrero, señala la Sala que para autorizar el registro *«no es necesario que se alcance el nivel de los indicios racionales de criminalidad propios de la adopción del procesamiento. Es de tener en consideración que, en el momento inicial del procedimiento en el que ordinariamente se acuerda la entrada y registro, no resulta exigible una justificación fáctica exhaustiva, pues se trata de una medida adoptada, precisamente, para profundizar en una investigación no acabada, por lo que únicamente pueden conocerse unos iniciales elementos indiciarios»*. En cuanto a la exigencia por la cual durante el registro se encuentre presente el interesado la STS 420/2014 de 2 junio indica que no es necesariamente el titular, en el sentido de propietario o arrendatario de la vivienda, ya que lo determinante no es quien sea el propietario (que puede ser desconocido, no residir en el domicilio, o incluso ser una persona jurídica), sino quien es el residente en el domicilio, cuya intimidad es la que va a ser afectada (cita la STS 680/2010, de 14 de julio). Añade dicha sentencia que, en el supuesto de que el imputado se encuentre detenido, bien con anterioridad al registro o bien en el propio acto del mismo, es imprescindible como regla general su asistencia, so pena de nulidad de la diligencia, salvo excepciones por causa justificada, encontrándose entre estas excepciones la hospitalización (STS 393/2010, de 22 de abril o 968/2010, de 4 de noviembre) y la detención en lugar muy alejado del domicilio. En el supuesto de que el imputado no se encuentre detenido, debe asistir asimismo a la diligencia si se encuentra presente en el domicilio cuando se vaya a practicar el registro, lo que constituye la alternativa preferente, pero si no es habido en ese momento, puede ser sustituido por cualquier familiar u otro morador de la vivienda, mayor de edad, ya que por su propia naturaleza, una diligencia de carácter urgente no se puede demorar a la espera

que el imputado regrese a su domicilio o sea localizado policialmente. Por ello la Ley autoriza a prescindir del interesado «cuando no fuere habido» (art. 569 LECrim); pudiendo en estos casos realizarse el registro ante cualquiera de sus familiares mayores de edad. En el supuesto de que haya una pluralidad de moradores imputados, y ninguno se encuentre detenido, en principio es suficiente la presencia del morador o moradores que se encuentren en la vivienda cuando se vaya a practicar el registro (STS 402/2011, de 12 de abril). Igualmente, expresa la sentencia, que no se exige necesariamente la asistencia de letrado durante estas intervenciones.

La Sala entra también a conocer del concepto de asociación terrorista, que resulta imprescindible establecer para la aplicación del tipo penal, y señala que será la constituida para cometer delitos de terrorismo, o bien la que, una vez constituida, decide proceder a la comisión de tal clase de actos; remitiéndose respecto del concepto de terrorismo al contenido de la mencionada STS núm. 50/2007, en la que se aludió a que el Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas cometidos con Bombas, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 17-12-1997. Allí se establece que: «1. Comete delito en el sentido del presente Convenio quien ilícita e intencionalmente entrega, coloca, arroja o detona un artefacto explosivo u otro artefacto mortífero en o contra un lugar de uso público, una instalación pública o gubernamental, una red de transporte público o una instalación de infraestructura: a) Con el propósito de causar la muerte o graves lesiones corporales; b) Con el propósito de causar una destrucción significativa de ese lugar, instalación o red que produzca o pueda producir un gran perjuicio económico. 2. También constituirá delito la tentativa de cometer cualquiera de los delitos enunciados en el párrafo 1 del presente artículo. 3. También comete delito quien: a) Participe como cómplice en la comisión de un delito, enunciado en los párrafos 1 ó 2 del presente artículo; o (u) b) Organice o dirija a otros a los efectos de la comisión del delito enunciado en los párrafos 1 ó 2 del presente artículo; o c) Contribuya de algún otro modo a la comisión de uno o más de los delitos enunciados en los párrafos 1 ó 2 del presente artículo por un grupo de personas que actúe con un propósito común; la contribución deberá ser intencional y hacerse con el propósito de colaborar con los fines o la actividad delictiva general del grupo o con conocimiento de la intención del grupo de cometer el delito o los delitos de que se trate».

Por ello dictamina la sentencia que «en principio, obtenida la calificación como terrorista del grupo de referencia, es acertada la atribución de integrante para todos aquellos que, cumpliendo las exigencias del conocimiento de sus fines, fueran sus miembros, ya que quien forma parte activa, cualquiera que sea su cometido personal concreto, de una organización con un designio terrorista, no requerirá inicialmente una actividad deter-

minada, puesto que las acciones concretas constitutivas de infracciones penales autónomas son independientes del delito de integración y suponen sustratos de hechos diferentes».

Y la identificación de los acusados como integrantes de una organización terrorista no se desvirtúa por el hecho de la organización Siria o Irak no fueran declaradas organizaciones terroristas por el Comité del Consejo de la ONU hasta el 31 de mayo de 2013. Extremo que alegó la defensa al estimar que los hechos imputados eran anteriores a esta fecha. La Sala con cita en la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 2015, concluye que la previa declaración de ilicitud de una organización no es un presupuesto normativo para la subsunción en los tipos de integración en organización terrorista. Es más la ya citada STS 30 de octubre de 2012, indica la Sala, había señalado que las organizaciones son terroristas en la medida en que sus finalidades cumplimentan los requisitos contemplados en los numerosos Instrumentos Internacionales de la ONU que se refieren al terrorismo y, en el ámbito europeo, y de modo específico en la Decisión Marco 2002/475/JAI de 13 de junio de 2002, la cual en su artículo primero, con antecedentes en el art. 2.1.b) del Convenio de Naciones Unidas para la Represión de la Financiación del Terrorismo, hecho en Nueva York en 9-12-99, y en la Posición Común 2001/931 (PESC del Consejo de la Unión Europea, de 27-12-01), conceptúa el delito de terrorismo con base en la finalidad perseguida: intimidar gravemente a una población; obligar indebidamente a los poderes públicos o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo o; desestabilizar gravemente o destruir las estructuras fundamentales políticas, constitucionales, económicas o sociales de un país u organización internacional.

También trae a colación la Sala para avalar esta interpretación, la sentencia de 11 de febrero de 2015 de la Audiencia de Amberes, que asimismo reputó irrelevante el hecho de que las Naciones Unidas añadieran a Isis y a Jabhat Al-Nusrah a la lista de grupos terroristas el 30 de mayo de 2013. Según esta sentencia el delito se produce cuando los comportamientos de los acusados *«emprendían actividades terroristas, tales como desestabilizar las zonas en las que estaban activos y producir intranquilidad entre los civiles. Llevaban a cabo acciones de bandidaje, violaciones, ejecuciones aleatorias, ataques suicidas, expolios y secuestros para pedir un rescate»*. Concluía esta sentencia, que estas actuaciones no podía considerarse como acciones de las fuerzas armadas durante un conflicto armado, ya que en el derecho internacional humanitario (DIH) las fuerzas armadas se describen como fuerzas, grupos y unidades organizadas bajo una especie de cadena de mando «militar», responsable de las acciones de sus subordinados y tiene que existir un conjunto de normas que pueda asegurar que dichas «fuer-

zas armadas» cumplen con el DIH; precisando que las mismas deben ser reconocibles a distancia, llevar sus armas abiertamente y respetar las leyes y usos de la guerra», ya que *«llevan a cabo una lucha violenta con todos los infieles, incluyendo a los chiíes para el establecimiento de la Sbaria a nivel mundial y de un estado islámico totalitario (llamado el califato)»*. *«Jabhat Al-Nusrah no ejecuta acciones militares, en el sentido que les da el DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO sino que lleva a cabo actos de terrorismo (internacionales), tales como ataques suicidas, expolios, bandidaje, ejecuciones aleatorias, asesinatos y homicidios»*.

En concreto la Resolución 2178/2014 aprobada por el Consejo de Seguridad el 24 de septiembre de 2014 expresa la grave preocupación por la grave y creciente amenaza que plantean los combatientes terroristas extranjeros. En base a lo expuesto, la Resolución, en su párrafo 5º, *«decide que los Estados Miembros deberán, de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional de los refugiados y el derecho internacional humanitario, prevenir y reprimir el reclutamiento, la organización, el transporte o el equipamiento de las personas que viajan a un Estado distinto de sus Estados de residencia o nacionalidad para cometer, planificar o preparar actos terroristas o participar en ellos, o para proporcionar o recibir adiestramiento con fines de terrorismo»*.

En definitiva, esta exhaustiva sentencia estudia en su examen de hechos y fundamentos legales: 1. El concepto de terrorismo tanto a nivel internacional como interno. 2. Su diferenciación respecto de la lucha armada. 3. Interpretación y efectos de la inclusión de una organización como terrorista en el listado de Naciones Unidas. Para resolver la primera cuestión se apoya en el contenido de las definiciones que al efecto se hacen a nivel internacional e interno. Respecto de la diferenciación de las acciones terroristas respecto de las de una lucha armada, señala que esta debe llevarse a cabo siguiendo los cánones del Derecho Internacional Humanitario, extremo que no cumple Al Qaeda ni las organizaciones que se integran en la misma. Y finalmente no es requisito indispensable el que la organización terrorista esté incluida en una lista para tener esta calificación.

**Sentencia 270/2015, de 17 de diciembre de 2015
del Pleno del Tribunal Constitucional**
(BOE núm. 19, de 22 de enero de 2016)

Resulta reiterado el hacer referencia al ya vulgar concepto de globalización, mas es necesario el resaltar que dicho fenómeno, aunque no por sobradamente conocido, ha modificado sustancialmente el mercado económico de los

distintos países y asimismo ha supuesto complejos dilemas jurídicos aun no totalmente dilucidados. Al amparo de esta globalización y desde una perspectiva estrictamente economicista amparada por la Organización Mundial del Comercio, las empresas han procedido a su deslocalización con fundamento en dos pilares: mejores condiciones de desarrollo de su actividad económica (es decir buscando mayores beneficios) siempre que esté acompañado de la pertinente seguridad jurídica en la inversión exterior. El cumplimiento de estas dos condiciones determina la posibilidad por la cual inversores extranjeros efectúen sus actividades económicas en terceros países. Resulta claro que faltando uno de estos requisitos la inversión no tendrá lugar. Ahora bien tales circunstancias colisionan frecuentemente con las facultades del poder legislativo del país en que tiene lugar la inversión que sobre la base de esta potestad soberana legisla nuevas normas que trastocan las condiciones primigenias en que tuvo lugar la inversión y que determinaron que ésta se llevase a efecto, ya que pueden repercutir en una merma de beneficios e incluso en su desaparición. El problema jurídicamente suele vincularse al principio de seguridad jurídica, de confianza, que puede quebrar por la nueva norma aprobada. La cuestión es delicada pues tanto al país inversor le interesa que la inversión continúe tal como se previno al realizarse, y también conviene al país receptor de la misma, el que esta no desaparezca o cuanto menos no le suponga una demanda contenciosa que le cause fuertes perjuicios económicos. En esta línea, inestable, deben de conjugarse los principios de seguridad jurídica junto con la facultad de legislar. La sentencia del TC en cuestión trata de dilucidar el tema denegando el amparo por estimar el derecho del país a legislar en la forma que estime más oportuna para el bien común. Sin embargo consta de un voto discrepante que ciertamente deja la puerta abierta para posteriores interpretaciones jurisprudenciales.

El íter procesal comienza mediante escrito presentado ante el TC por la Comunidad Autónoma de Murcia, en el que interpone recurso de inconstitucionalidad contra el RS 9/2013 de 12 de julio que regula la estabilidad financiera del sistema eléctrico. La demanda señala que la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico, reguló la producción de energía eléctrica en régimen especial, otorgando a las Comunidades Autónomas la competencia para la instalación de producción. Al amparo de esta regulación tuvieron lugar diversas inversiones, muchas de ellas venidas del exterior. Sin embargo el Gobierno, bajo el paraguas del llamado equilibrio financiero del sistema eléctrico, publica el RD-Ley 9/2013 mediante el cual se suprimen determinados beneficios, primas a los productores, y establece una retribución

adicional para cubrir costes de inversión, pero solamente a aquellas empresas que se consideren eficientes y bien gestionadas. La Comunidad demandante de amparo estima que el nuevo sistema infringe «el art. 9.1 (CE) en lo que atañe al principio de jerarquía normativa y de sometimiento de los poderes públicos a la propia Constitución y al resto del ordenamiento jurídico». Expone la demanda que *«España ha ratificado el Tratado sobre la carta de la energía, celebrado en Lisboa el 17 de diciembre de 1994, y publicado en el «Boletín Oficial del Estado» de 17 de mayo de 1995. Dicho Tratado, que forma parte del ordenamiento interno español, establece en su art. 10 que las partes contratantes fomentarán y crearán condiciones estables, equitativas, favorables y transparentes para que los inversores de otras partes contratantes realicen inversiones en su territorio. Entre dichas condiciones se contará el compromiso de conceder a esas inversiones un trato justo y equitativo; gozarán, además, de una protección y seguridad completas, y ninguna parte perjudicará, en modo alguno, mediante medidas exorbitantes o discriminatorias, la gestión, mantenimiento, uso, disfrute o liquidación de las mismas; y en ningún caso podrán concederse a estas inversiones un trato menos favorable que el exigido por el derecho internacional»*. Se hace asimismo cita del artículo 13 de este Tratado que dictamina que las inversiones no serán objeto de nacionalización o expropiación o medida alguna que encubra estos hechos. En este sentido considera la demanda que el citado RD-Ley implica una expropiación «indirecta u oculta». Considera la comunidad demandante que las nuevas normas perjudican a los inversores y han modificado las condiciones en que llevaron a cabo las mismas, lo que puede suponer que acudan al CIADI y éste lleve a cabo un arbitraje perjudicial y oneroso para la Comunidad en que ha tenido lugar la inversión.

Por su parte el abogado del Estado, oponiéndose al amparo, expresa que el Tratado sobre inversiones no ha sido transgredido puesto que existe el mismo trato tanto para las realizadas por los nacionales como para las procedentes del exterior. Igualmente la nueva regulación no supone ninguna expropiación de derechos pues el inversor realizó su actuación bajo la vigencia de un régimen jurídico a «cuya petrificación o inalterabilidad no tenía derecho».

4. La Sala examina las alegaciones de las partes y expresa que *«los Tratados internacionales no son parámetros para medir la constitucionalidad de las leyes ordinarias. La aplicación a un caso concreto de lo dispuesto en un tratado o de lo establecido en una ley ordinaria es un problema de elección de norma o selección de derecho. Asimismo el tratado internacional no puede erigirse en norma fundamental con la misma naturaleza que la CE»*. Considera la Sala que la incorporación al ordenamiento interno de un tratado internacional, no entraña la vulneración

del principio de jerarquía puesto que un proceso de inconstitucionalidad viene proporcionado por la Constitución y la adecuación o no de las normas a ella.

5. Con respecto a la vulneración del principio de seguridad jurídica y de confianza legítima, cabe expresar, sigue la contestación del tribunal, que la materia que regula el RD-Ley impugnado está inserta en un sistema altamente intervenido administrativamente que *«hace inviable la pretensión de que los elementos más favorables estén investidos de permanencia o inalterabilidad frente al ejercicio de una potestad legislativa que obliga a los poderes públicos a la adaptación de dicha regulación a una cambiante realidad económica»*. Y añade que *«los cambios legislativos producidos no pueden ser cuestionados desde la óptica del principio de confianza legítima. Este principio no protege de modo absoluto la estabilidad regulatoria, ni la inmutabilidad de las normas precedentes, máxime en el contexto en que se promulgó el Real Decreto-ley que ahora se enjuicia, es decir, de dificultades económicas y de crecimiento del déficit del sistema eléctrico. Los principios de seguridad jurídica y su corolario, el de confianza legítima, no suponen el derecho de los actores económicos a la permanencia de la regulación existente en un momento dado en un determinado sector de actividad. Dicha estabilidad regulatoria es compatible con cambios legislativos, cuando sean previsibles y derivados de exigencias claras del interés general»*. Y en este sentido, manifiesta, que era previsible que podría producirse una nueva regulación dadas las circunstancias que afectan al sector eléctrico que obligan a acometer ajustes para asegurar el equilibrio económico. En definitiva que la protección de los intereses generales constituye una premisa que obliga a los poderes públicos a adaptar las normas a las nuevas situaciones. En palabras de este Tribunal, los principios de seguridad jurídica y confianza legítima no *«permiten consagrar un pretendido derecho a la congelación del ordenamiento jurídico existente (SSTC 182/1997, de 28 de octubre, Fj 13, y 183/2014, de 6 de noviembre, Fj 3) ni, evidentemente pueden impedir la introducción de modificaciones legislativas repentinas, máxime cuando lo hace el legislador de urgencia (STC 237/2012, de 13 de diciembre, Fj 6). Y añade «la realización del principio de seguridad jurídica, aquí en su vertiente de protección de la confianza legítima, no puede dar lugar a la congelación o petrificación de ese mismo ordenamiento (por todas, STC 183/2014, Fj 3)»*. Por ello la Sala no otorga el amparo solicitado.

6. Sin embargo la sentencia tiene un voto particular que a nuestro entender examina con mucha mayor precisión jurídica y con mejores fundamentos la cuestión sometida a examen. Procede este voto, en primer lugar, al examen del control abstracto de convencionalidad de normas con rango legal, y si bien señala que la mayoría de la Sala confunde lo pedido por el reclamante, en cualquier modo la respuesta precisa de un examen mucho más profundo que

el efectuado por la Sala. La demandante alega que existe infracción de lo dispuesto en un tratado internacional por el RD-Ley sobre energía de 2103, en tanto en cuanto esta norma conculca el principio constitucional de jerarquía normativa y sometimiento del poder público al ordenamiento jurídico (arts. 9.1 y 9.3 CE). Es decir que formula una cuestión de constitucionalidad mediata (no directa), por lo que la respuesta debía haber sido que no puede invocarse el artículo 96 CE como vía «para desarrollar el control abstracto de convencionalidad de una norma», pero que el TC en otras sentencias, si ha estimado la posibilidad del control de constitucionalidad de una norma positiva como ha ocurrido respecto de determinadas disposiciones autonómicas sometidas a este examen; aunque si es cierto que lo ha hecho no como infracción del principio de jerarquía normativa. Por ello el TC debería plantearse la posibilidad del control abstracto de convencionalidad de forma mediata por la vía del art. 9.1 o 96 CE.

7. Resulta incomprensible, según el voto discordante, que los tribunales ordinarios no puedan desarrollar el control de convencionalidad de manera concreta cuando estiman que una norma resulte contraria a un tratado internacional y que tampoco el TC este posibilitando este control a través del recurso de inconstitucionalidad como es el que se está examinando. En el fondo el recurso lo que realmente plantea el voto discrepante es que se está infringiendo el principio de seguridad jurídica, el principio de confianza legítima recogido en la Carta de la Energía, y que constitucionalmente está recogido en el artículo 9.3 CE. Y siendo esto así resulta posible el recurso a través de la confrontación de la normativa impugnada con la CE de forma inmediata. Por ello considera que debe profundizarse en el examen del principio de confianza legítima y la modificación del régimen de incentivos a las energías renovables. El reclamante formula queja por la cual dentro de la regulación de incentivos a las energías renovables se han producido cambios, en el «devenir legislativo», que implican una modificación al principio de confianza legítima y que perjudican a los inversores que en el momento de invertir tomaron esta decisión en base a la situación jurídica existente que les permitía una cierta rentabilidad. La mayoría de la Sala contesta a esta queja que la alta intervención administrativa del sector eléctrico hacía prever modificaciones del mismo por lo que las nuevas medidas no resultan «inesperadas». Y que la modificación normativa es «efecto de las difíciles circunstancias del sector en su conjunto y la necesidad de asegurar el necesario equilibrio económico y la adecuada gestión del sistema».

8. Señala, sin embargo, el discrepante que existen cuanto menos elementos que debían haber conducido a un examen mucho más pormenorizado de la

cuestión. En efecto, hay, al menos, unos elementos importantes confluyentes en esta materia que hubieran debido llevar al ánimo de la opinión mayoritaria a no analizar de una manera tan somera la cuestión de la confianza legítima. Y entre tales elementos se encuentra *«la existencia de numerosos litigios multimillonarios contra el Reino de España planteados por inversores extranjeros contra estos cambios normativos ante cortes internacionales de arbitraje por la infracción, precisamente, del principio de confianza legítima, en relación con el cual una resolución más extensamente fundada por parte de este Tribunal Constitucional parece especialmente necesaria.»*

9. Recuerda que a partir del año 2010 el sector fue objeto de distintas modificaciones legales que condujeron incluso a recursos ante la sala de lo Contencioso Administrativo del TS, que dictó una primera sentencia el 12 de abril de 2012, en la que efectuó un minucioso examen sobre la ponderación de los elementos que intervienen en el principio de seguridad jurídica concluyendo para exigir la razonabilidad de los cambios que: *«(a) es necesario valorar todo el sistema de incentivos en su conjunto, ya que las tarifas reguladas solo son un elemento de mismo; (b) las ventajas de la exclusión de los riesgos del mercado que supone el sistema de tarifas reguladas se ve contrarrestado con el riesgo regulatorio propiciado por la necesidad de dar respuesta sobrevenida a la satisfacción de intereses generales superiores; (c) la diligencia de los inversores al hacer un análisis de los condicionamientos implícitos de este tipo de medidas de fomento estatal; y (d) la influencia que sobre el sistema de incentivos debía tener el cumplimiento de los objetivos pretendidos con los mismos»*. Igualmente por ese alto Tribunal también se contempló la cuestión en la sentencia de 16 de marzo de 2015.

10. Los inversores extranjeros considerando que España habían ratificado el Tratado de la Carta de la Energía, que prevé en su artículo 26 la posibilidad de acudir al arbitraje internacional, han formulado diversas y cuantiosas demandas ante el CIADI fundadas en el principio de seguridad que ha vulnerado lo dispuesto en los artículos 10 y 23 de la Carta, es decir, con el mismo fundamento que la recurrente ante el TC, y ello al estimar que el cambio regulatorio supone una expropiación indirecta. Parte el discrepante del hecho por el cual la controversia no ha sido objeto del debido estudio por la doctrina y jurisprudencia española, hasta tal punto que, en ocasiones, ha sido confundido con la irretroactividad. Debería haberse establecido un mayor examen por el TC del principio de confianza como integrante del de seguridad jurídica. Considera este voto, que el TC se ha limitado a sentar que el principio de seguridad jurídica se limita a proteger a los administrados que ajustan su actividad económica a una determinada legislación frente a modificaciones per-

judiciales futuras de la misma, especificando que para poder dilucidar si una norma futura ha vulnerado este principio debe tenerse en cuenta en cada caso concreto, la previsibilidad de la modificación futura y el fundamento que ha determinado la misma. Con esta ponderación se llegará a la conclusión de si se ha vulnerado la seguridad jurídica o si ésta debe ceder ante bienes o derechos constitucionalmente protegidos (STC 182/1997, de 28 de octubre, FJ 13).

11. Añade que esta ausencia de estudio del tema por el TC contrasta por el llevado a cabo tanto por la jurisdicción contencioso administrativo del TS, como por el TJUE. Y así las sentencias del TJUE de 10 de septiembre de 2009 (asunto C-201/08); de 11 de junio de 2015 (asunto C-98/14); o 10 de diciembre de 2015 (asunto C-427/14), consideran que el principio de seguridad jurídica o confianza *«protege las legítimas expectativas de los ciudadanos que ajustan su conducta económica a la legislación vigente frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles»*. Y en esta línea fija y establece *«como parámetro del control del principio de confianza legítima un análisis y ponderación de los siguientes elementos: (a) las legítimas expectativas de los interesados deben haber sido generadas a partir de actuaciones concretas que, aportando garantías precisas, incondicionales y coherentes, sean conformes con la normativa aplicable y objetivamente susceptibles de suscitar esas expectativas; (b) los agentes económicos no pueden confiar legítimamente en que se mantenga una situación existente que puede ser modificada en el ejercicio de la facultad discrecional de los poderes públicos especialmente en ámbitos cuyo objeto lleva consigo una adaptación constante en función de las variaciones de la situación económica, que respondan a situaciones excepcionales o transitorias, o ante la necesidad de satisfacer un interés público superior; (c) los cambios normativos en que se fundamente la eventual frustración de esas expectativas legítimas no han debido de resultar imprevisibles para un operador económico prudente en atención a las diferentes circunstancias concurrentes incluyendo la evolución de la situación del mercado o del sector concreto de referencia e incluso el comportamiento de los poderes públicos en relación con determinadas medidas intervencionistas; y (d) los cambios normativos deben tomar en consideración las situaciones específicas de esos operadores económicos y prever adaptaciones a la aplicación de esa nueva normativa que minimicen, compensen o reequilibren las legítimas expectativas frustradas aunque sea a través de la implantación de medidas sustitutivas que resulten proporcionadas con los fines perseguidos por la modificación»*. En este sentido el voto discrepante reprocha a la mayoría que no ha procedido al debido examen, sin embargo se adhiere al fallo al considerar que la parte recurrente ha incurrido en una falta de concreción en los elementos fácticos a partir de los cuales se pudiere haber llevado a cabo la ponderación que exige el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

12. En cualquier caso creemos que estamos en un campo jurídico de muy difícil determinación y el llevarlo a una casuística concreta, ya por sí implica precisamente falta de seguridad y atenta a la confianza y previsibilidad. La previsibilidad del cambio normativo es tan subjetiva que puede dejar en una total libertad a los tribunales para su determinación, libertad que si bien es legítima y forma parte de la independencia judicial, es innegable que se integra en valoraciones subjetivas, por muy fundadas que estén, que pueden, perfectamente, estar en contra de la apreciación llevada a cabo por el agente inversor en el momento de efectuar la actuación económica; apreciación que, como la del juzgador, también siempre será subjetiva, todo lo cual queda abocado a la total inseguridad. Ante esta inseguridad los pequeños inversores exteriores (e internos) nunca tendrán confianza jurídica en el desarrollo de sus inversiones. Y de la misma forma los grandes inversores exteriores para llevar a cabo las mismas no confiarán en la aplicación de estos principios (seguridad y confianza) y exigirán, para realizar la inversión, un contrato complejo cuyas discrepancias pueden ser resueltas por el CIADI (clausula arbitral de efectos controvertidos que somete al Estado al dictamen de unos supuestos expertos que nadie ha elegido democráticamente) y nunca por los tribunales del país en que se haya realizado el desembolso económico.

Sentencia 5220/2015, de 2 de diciembre de 2015

Sala de los Civil. Tribunal Supremo

Recurso 1983/14

Se resuelve un recurso de casación en el que se plantea el derecho de la madre, que presuntamente abandonó a dos hijos, a que se reintegren en el núcleo familiar, y respecto de los cuales se inició procedimiento de preadopción que de admitirse supondrá la integración de los menores en otra familia. El TS resuelve el recurso otorgando prevalencia a los derechos de protección de los menores frente a los derivados de su madre biológica que los incumple.

El Servicio de Protección de Menores de la Consejería de Igualdad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía-Granada, elevó escrito al juzgado formulando propuesta de Constitución Judicial de Acogimiento Familiar Pre-adoptivo a favor de determinadas personas relacionados con dos menores, respecto de los cuales la madre dejó presuntamente abandonados en manos de la Administración. A tal petición se opuso la madre biológica por estimar

que procedía la recuperación de los menores y su reintegro al ámbito familiar, por cuanto nunca se habían roto los lazos afectivos con los mismos, señalando además que el actual entorno permitía el reinicio de la convivencia. El juzgado dictó auto estimando la propuesta del Servicio de Protección de Menores y desestimando la oposición de la madre. Recurrido en apelación se estimó el recurso, revocando el auto de primera instancia por la Audiencia Provincial, contra cuya resolución se elevó recurso de casación por la Consejería citada de la Junta de Andalucía.

El TS dicta sentencia estimando el recurso y denegando la petición de la madre biológica de reintegro de dos menores al ámbito familiar. Para ello este Alto Tribunal hace cita de los principios rectores de la Constitución entre los que cobra especial relevancia el de la protección del menor, principio influenciado por la Declaración Universal de los Derechos del Niño de 1959, así como por la Convención de los Derechos del Niño de la Asamblea General de las Naciones Unidas (Nueva York 20-11-89). De estas normas rectoras se desprende que late en ellas el interés superior del menor sin discrepancia alguna, sirviendo de criterio determinante para la adopción toda medida. En efecto prepondera el menor y la *«supremacía de todo lo que le beneficie, más allá de las preferencias personales de sus padres, tutores, guardadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural; bien con su salud y su bienestar psíquico y su afectividad, junto a otros aspectos de tipo material; bien, simplemente con la protección de sus derechos fundamentales»*.

El seguimiento de estos principios conduce directamente la cuestión debatida a un problema de prueba cual es el de acreditar qué parte interesada ha actuado guiada por estos principios observándolos o apartándose de ellos. En este sentido se analiza la conducta de su madre biológica, y tras descartar que una situación de necesidad económica no puede ser objeto de obstáculo para el cuidado del menor, examina su conducta en relación con el mismo y aprecia que no ha sido lo suficientemente adecuada para preservar sus derechos, en tanto que sus cuidadores sí han creado un entorno beneficioso para el niño creando incluso lazos afectivos que por los propios menores han sido debidamente apreciados. Ante la acreditación de estos hechos rechaza la petición de la madre biológica para reintegrar a los menores a su ámbito familiar. En esta sentencia como en otras relativas a los menores, los tribunales dilucidan la cuestión que se les somete atendiendo al principio del derecho del menor a su protección. Principio que prima sobre cualquier otro, incluso cuando choque con los derechos de sus padres biológicos.

Asuntos relativos a los efectos de la gestación subrogada y sus colisiones con la Convención sobre los Derechos del Niño

Distintas sentencias de Tribunales Superiores de Justicia se han venido dictando respecto a esta cuestión de los vientres de alquiler y los efectos jurídicos que puede desplegar. Estos fallos traen a colación el derecho internacional y normativa comunitaria. Pero en especial hacen referencia a la sentencia C-363-12 de 13 de marzo de 2014 del TJUE que por su trascendencia en los posteriores casos españoles, se referencia brevemente.

Las nuevas tecnologías han permitido la gestación a través de la implantación de óvulos o en el caso del padre los gametos en el llamado vientre de alquiler, dándose la figura jurídica de la gestación subrogada. En estos supuestos la madre gestante hace expresa renuncia a su maternidad dejando de aparecer en el Registro Civil tanto como gestante como madre del recién nacido. Estos nuevos avances se han trasladado al mundo del derecho, creando distintos problemas imposibles de prever en el momento del nacimiento de las leyes. Entre las nuevas cuestiones objeto de debate, se encuentra el del derecho a la prestación de maternidad respecto de un hijo que ha sido gestado en vientre ajeno. A ello se le anuda el problema, en el caso de España, de que el contrato gestatorio está prohibido en nuestra legislación y por tanto es nulo, lo que no ocurre en terceros países en los que se puede celebrar con ajuste total a su legalidad. Ello ha permitido que distintas parejas españolas acudan a estas legislaciones más permisivas y celebren a su amparo tales contratos. Y así, bien por incapacidad gestante de la madre, bien por tratarse de parejas monoparentales, tales contratos han tenido lugar, de modo frecuente en terceros países, cuya legislación admite este tipo de relación contractual. Celebrado en dicho país el contrato de gestación y nacido el niño por este procedimiento, surge la dificultad legal de su inscripción en España y, en un aspecto más restringido, de si el padre o madre biológica tiene derecho a la prestación de maternidad. El INSS, por su parte ante un pedimento de esta clase, viene sistemáticamente denegando dicha prestación mediante resoluciones que, en su mayoría, recurridas en vía contenciosa son rechazadas por los TSJ otorgando, con distintos argumentos la prestación demandada. Entre otras sentencias favorables a la concesión de la maternidad se encuentran la 1032/09 del TSJ de Madrid. La 539/2010 del TSJ de Castilla-León. La 7985/2012 de Cataluña y la 1259/104 del TSJ de Canarias, a más de las dos más recientes una del TSJ de Cataluña de 1 de julio de 2015 y otra del TSJ de Madrid de 17 de julio de 2015. Todas estas resoluciones judiciales se amparan para la concesión de la prestación de

maternidad, en términos generales, en la necesidad de la «atención al menor durante la etapa inicial de su vida familiar» que considera principio primordial para la aplicación de la ley.

Las dos últimas sentencias del 2015 citadas se han dictado tras haberse resuelto una cuestión prejudicial, en sentido que estimamos contrario al otorgamiento de la prestación, por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencia C-363/12 de 18 de marzo de 2014. En esta sentencia se resuelven distintas preguntas formuladas por el Equality Tribunal de Irlanda, planteadas como cuestiones prejudiciales relativas a la interpretación de la Directiva 2006/54. El caso se origina cuando una determinada trabajadora carece de útero y ante la imposibilidad de tener hijos, acude con su marido a un tratamiento de fecundación in vitro en Irlanda, realizándose posteriormente la transferencia de los óvulos a una madre gestante en California. En Irlanda no está tampoco regulada la gestación en vientre ajeno. Tras nacer el hijo y habida cuenta de que la madre biológica no había estado embarazada, se dedujo que no reunía los requisitos para lucrar la protección de la maternidad. Asimismo al no haber adoptado al recién nacido, no podía tampoco acceder al permiso por adopción. Por todo ello se le denegó el pago previsto por el gobierno irlandés para estas situaciones. Presentada demanda ante el Tribunal de Equality al estimar que la actora había sido objeto de trato discriminatorio por motivos de sexo, estatuto familiar y discapacidad al no concederle un permiso retribuido por maternidad, dicho Tribunal decidió suspender el procedimiento y plantear ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, distintas cuestiones prejudiciales. Tres de estas cuestiones tenían suma importancia: la primera relativa a si las disposiciones del Derecho primario de la Unión europea (art. 3 TUE), y 8 y 157 (TFUE) o los artículos 21.23,33 y 34 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE determinaban que la interpretación de la Directiva 2006/54 implicaba una discriminación por razón de sexo «cuando una mujer cuyo hijo genético ha nacido gracias a un convenio de gestación por sustitución, y al que tiene a su cuidado desde su nacimiento se le deniegue un permiso retribuido equivalente al permiso de maternidad y/o adopción». La segunda cuestión se centraba en determinar si es compatible la Directiva 2006/54 (caso de haber contestado negativamente a la primera cuestión) con el Derecho primario de la Unión. Y por último si puede invocarse la Convención de la ONU a efectos de interpretar la Directiva 2000/78 y si es compatible la misma con los artículos 5, 6, 27 y 28 de la Convención sobre los Derechos del Niño de la ONU.

El Abogado General expuso en sus conclusiones que *«en virtud de la legislación nacional aplicable (...) un hombre que fuese padre de un niño gracias a un*

convenio de gestación por sustitución, sería tratado de la misma forma que una madre subrogante en una situación comparable, es decir, tampoco el tendría derecho a un permiso retribuido equivalente a un permiso de paternidad». Ello equivale a que la negativa a concederse tal permiso a la madre biológica no implica discriminación alguna por razón de sexo puesto que al padre tampoco se le otorgaría. La discriminación implica diferencia con otros trabajadores y esta no existe en el presente caso. Igualmente el «hecho de que la madre subrogante cuide del hijo desde el nacimiento (...) no puede desvirtuar esta consideración». Señala que el Tribunal de Justicia «ha declarado que la Directiva 92/85 debe interpretarse en el sentido de que los Estados miembros no están obligados en virtud del artículo 8 de esta Directiva a conferir un permiso de maternidad a una trabajadora en su calidad de madre subrogante que ha tenido ese niño gracias a un convenio de gestación por sustitución incluso cuando puede amamantar a ese niño tras su nacimiento o lo amamante efectivamente». La Directiva 2006/54, señala el Tribunal, en consecuencia, debe interpretarse, en particular sus artículos 4 y 14 «en el sentido de que no constituye discriminación basada en el sexo el hecho de denegar la concesión de un permiso de retribuido» a la madre subrogante. E igualmente ocurre con la interpretación de la Directiva 2000/78 que define que la incapacidad para gestar no impide que se pueda realizar el trabajo en las mismas condiciones que el resto de operarios, y por tanto esta afección no constituye incapacidad en el sentido que defina esta Directiva y por tanto dicha norma no es aplicable a estos supuestos.

Por último, y en cuanto a la cuestión de la posible incompatibilidad del derecho de la Unión con las reglas del Derecho Internacional, hay que tener en cuenta que «el sistema de un Tratado internacional» permite un control de la validez del acto del Derecho de la Unión, pero para apreciar este hecho es necesario que las disposiciones invocadas sean incondicionales y suficientemente precisas. Y deben ser los Estados parte los que tomen las medidas para hacer efectivos los derechos reconocidos en una Convención. La Convención de la ONU invocada en este caso tiene carácter programático y sus disposiciones están sometidas a la adopción de actos ulteriores que corresponden a los Estados parte, toda vez que no son lo suficientemente incondicionales y precisas. Servirá para interpretar normas nacionales pero sus preceptos no serán de aplicación directa. Por todo ello el Tribunal declara que según la Directiva 2006/54/CE la denegación de un permiso retribuido a una trabajadora en su calidad de madre subrogante no constituye discriminación basada en el sexo.

Las sentencias de los TSJ de las Comunidades Autónomas españolas posteriores a esta sentencia, salvan las objeciones referenciadas, considerando que los derechos del niño declarados en los distintos tratados y convenciones

internacionales permiten el otorgar la prestación de maternidad en aras a salvaguardar estos derechos ya que la maternidad es un instituto complejo que persigue no solo proteger a la madre, sino posiblemente en mayor manera al menor. Asimismo de forma reiterada proclaman que el interés del menor prima sobre cualquier otra consideración; afirmación que colisiona con la sentencia del TJUE cuando señala que, el *«becho de que la madre subrogante cuide del hijo desde el nacimiento (...) no puede desvirtuar esta consideración»*. Por su parte las sentencias españolas precisamente se basan para otorgar la prestación de la maternidad al padre biológico, el interés del menor que se manifiesta y explica en el cuidado que el primero le otorga; motivo por el cual se le concede la maternidad.

Sobre la base de estos precedentes se pronuncia el **Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social**, Sentencia 4314/2015, Rec. 2460/2015

El supuesto fáctico que entra a dilucidar la sentencia es el siguiente: Don A se casó con don B y fueron padres biológicos (no se examina quien de los dos) de dos niños, que nacieron mediante técnica de reproducción asistida (vientre de alquiler) en California. Se acudió a contratar a una madre gestante en dicho Estado federal por cuanto en España este contrato es nulo, siendo perfectamente legal en el mencionado Estado. Tanto en Los Ángeles como en España dichos menores constan inscritos como hijos biológicos de A y B. Uno de ellos solicitó la prestación de maternidad, la cual le fue denegada por el INSS. Presentada demanda ante el Juzgado de lo Social, fue desestimada y contra la misma se interpuso Recurso de Suplicación, que por el TSJ de Cataluña es estimado.

La Sala admite que el contrato de gestación por sustitución está prohibido en España en virtud de lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 14/2006. Ello puede interpretarse como obstáculo insalvable para lucrar la prestación de maternidad denegada por el INSS, pero el tribunal salva este escollo, señalando que esta norma se refiere a problemas de filiación e inscripción en el Registro Civil. Sin embargo apunta que el objeto de discusión es la prestación de maternidad, y en particular, se trata de dilucidar si su finalidad abarca no solo el descanso de la gestante pre y post parto sino si la misma finalidad también enlaza con el cuidado del menor. A raíz de la contestación que se dé a esta cuestión se dilucidará si existe o no derecho a la prestación de maternidad

solicitada. Recuerda la sentencia que la protección al menor se expande a situaciones de acogimiento y preadopción, y siguiendo lo declarado por el TSJ de Madrid (sentencia de 13 de mayo de 2013) carece de justificación negar el derecho sobre la base por la cual la relación de filiación es ilegal, pues nos encontraríamos ante una evidente discriminación inadmitida por la Constitución. El problema, pues, se conecta con la mencionada prohibición de llevar a cabo un contrato de gestación subrogada en España.

En el presente caso el contrato se celebró en California con arreglo a las leyes allí vigentes y a este respecto el TS expresa que *«la protección ha de otorgarse a dichos menores partiendo de las previsiones de las leyes y Convenios aplicables en España, y la jurisprudencia que los interpreta.»*(STS de 6-2-2014). Esta sentencia tiene un voto particular que expresa que *«lo que se somete a la autoridad española no es la legalidad del contrato sino el reconocimiento de una resolución extranjera válida y legal conforme a su normativa»*. Partiendo de esta posición el TSJ de Cataluña estima que la filiación *«fue declarada por sentencia «e inscrita en el Libro de Familia del actor y si dicha inscripción no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español, habiendo tenido acceso al Registro «se ha dado validez a uno de los efectos derivados del contrato, esto es a la filiación»*. Y ello por cuanto *«lo que se somete a la autoridad española no es la legalidad del contrato gestacional sino el reconocimiento de una decisión judicial extranjera válida y legal conforme a su normativa»*.

Señala el TSJ catalán que existen dos sentencias del TJUE resolviendo cuestiones prejudiciales relativas al permiso de maternidad derivada de vientre de alquiler (una planteada por Gran Bretaña asunto 167/12 y otra de Irlanda asunto 363/2012) en las que se manifiesta que no constituye discriminación la negación del permiso de maternidad a la madre biológica pero no gestante según las Directivas 2000/78 del Consejo de 27 de noviembre de 2000 y Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006. Ahora bien no puede ignorarse que las directivas comunitarias tienen el carácter de norma mínima mejorable por las legislaciones y normas nacionales a favor de los trabajadores (STS de 18 de marzo de 2009). Es por ello que la protección al menor debe prevalecer, y superado el control de legalidad de la resolución extranjera y siendo finalidad principal de la maternidad, entre otras, *«el interés superior del menor de acuerdo con la exigido por el artículo 3 de la Convención de 20 de noviembre de 1989 sobre derechos del niño (voto particular de la STS de 6-2-2014)»* y a la vista de lo dispuesto en la Observación nº 14 de las Naciones Unidas de 2013 sobre la Convención sobre los Derechos del Niño, *«cuando una norma colisiona con el principio o clausula general del interés superior*

del menor (...) su aplicación debe realizarse conforme a las exigencias derivadas de un principio general prioritario, el del interés superior del menor».

En consecuencia con todo ello estima esta sentencia que de no aplicarse esta protección e inadmitir la filiación, el menor, que va creando vínculos afectivos con sus padres biológicos estaría en un limbo jurídico que le reportaría serios perjuicios. Y así falla a favor del actor y en contra del INSS, otorgándole el derecho a la prestación de maternidad. En evidente conclusión debe aceptarse que el principio rector para interpretar la prestación de maternidad, es el de la protección del menor y siendo ello así, casi resulta intrascendente el concepto de madre, puesto que debe primar el del cuidador del menor, el de la persona que en sus primeros días y semanas se preocupa de su protección. Por ello a dicho cuidador, padre biológico o madre incluso tercera persona que asuma esta obligación, puede tener derecho a la prestación, la cual se encamina, entre otras finalidades, a este fin. No resultaría lógico que se exija al cuidador diversas obligaciones y se le excluya de los beneficios que pueda otorgar la ley.

De forma similar se pronuncia la

**Sentencia 625/2015 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid,
Sala de lo Social, Sección Primera**

Recurso 429/2015

Se vuelve a reexaminar en esta sentencia el derecho a la prestación de maternidad del padre biológico por el hijo gestado en vientre de alquiler. Se reitera lo ya declarado en anteriores sentencias de la misma Sala. Con ello se sigue una línea casi continua y constante de las distintas salas de los Tribunales Superiores de las Comunidades Autónomas. Pese a ello el INSS sigue manteniendo, en interpretación estricta del artículo 133 de la Ley General de la Seguridad Social, su negativa al pago de dicha prestación, postura que posiblemente seguirá manteniendo en tanto el TS no dicte sentencia que venga a sentar jurisprudencia al efecto. El tema pues continua siendo polémico.

En este asunto el solicitante de la prestación, mediante técnicas de reproducción humana asistida, gestación por sustitución, tuvo un hijo en Illinois. Tras el nacimiento pudo inscribir al niño en el Registro Civil de España, en el que figura la filiación paterna, sin que consta quien fue la madre. Solicita la prestación de maternidad que le es denegada por el INSS. Tras rechazar su demanda por el juzgado de lo social, se recurrió en Suplicación ante el TSJ de

Madrid, el cual dicta sentencia estimando el recurso y otorgando la maternidad al padre biológico. En esta sentencia, que recoge, y hace suyos, ampliamente los argumentos jurídicos de otras anteriores, vienen a sentarse los principios para poder acceder a esta prestación por los padres biológicos respecto de los hijos nacidos en vientre de alquiler. Se considera por el Tribunal con cita en las sentencias anteriores, que una interpretación de las normas aplicables, debe estar presidida por: 1. El principio de preeminencia del interés superior del menor; 2. Que hay una equiparación por analogía con otros institutos como son la adopción y el acogimiento; 3. Que en todo caso el reconocimiento de la filiación del menor por el Registro Civil, hace dimanar de la misma todos los efectos jurídicos correspondientes, entre los que se encuentra la prestación de maternidad.

La sentencia de instancia estimó que el contrato de gestación en vientre de alquiler era nulo, y comoquiera que el actor no fue quien alumbró al niño, el artículo 133 no contempla el supuesto y por tanto no se puede lucrar esta prestación. En suplicación se pasa a examinar cual es la finalidad de la citada norma, y observa que, el objeto de la misma, trata de amparar no solo a la madre sino también al menor, y que el concepto general de madre no deriva inexcusablemente del previo hecho del parto. Es más, teniendo en cuenta la L.O. 3/2007 para la Igualdad Efectiva el concepto de beneficiario se debe realizar sin distinción de sexo, ya que no se puede hacer de peor condición a los miembros de la pareja del mismo sexo que a los de distinto. Igualmente «*la posición del demandante es similar a la que, también como progenitores, ocupan aquellos que se hallan en supuestos de adopción o acogimiento familiar*», y encontrándonos, respecto de la maternidad, ante una laguna legal, teniendo en cuenta el reconocimiento de la filiación cabe hacer una interpretación extensiva del artículo 133 LGSS. A ello se añade que se ha permitido la inscripción en España y en consecuencia se ha dado validez a uno de los efectos derivados del contrato de gestación cual es la filiación.

Se recuerda que los tratados internacionales forman parte integrante del ordenamiento positivo español (art. 23.3 de la Ley 25/2014 de 27 de noviembre) y en este sentido, y establecido que prima el interés superior del menor, del mismo deriva su derecho a disfrutar plenamente de la vida familiar (art. 8 en relación con el 14 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos) y ello hasta tal punto es así que el RD295/2009, amplía la protección no solo a los supuestos de adopción y acogimiento sino a aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras. Y siendo nuestra legislación más favorable no puede aplicarse la STJUE de 18 de marzo de 2014, que

expresa la inexistencia de discriminación por razón de empleo al no otorgar la maternidad al padre biológico de un niño nacido en vientre de alquiler.

Se añade que el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 (suscrita por España) refiere que en todas las medidas que se tomen en las instituciones, órganos legislativos, judiciales o administrativos prime el interés del menor. Establecido pues este principio en los tratados internacionales no puede ser ignorado por nuestra legislación y al servir de norte interpretativo, en este caso, del artículo 133 de la LGSS, el padre biológico tiene derecho a la prestación de maternidad. En todo el caso esta cuestión no está zanjada por nuestros tribunales, aunque debiera concluirse que más allá del desarrollo jurisprudencial de la controversia, a nivel legislativo deberían emprenderse las medidas pertinentes para dar una solución definitiva a esta problemática.

Sentencia 181/2016, de 17 de marzo de 2016

Sala de los Civil. Tribunal Supremo

Recurso 1624/15

Esta sentencia resuelve el recurso de casación presentado contra el fallo de la Audiencia Provincial de A Coruña por el cual se privó a la apelante el derecho de sufragio activo como consecuencia de la discapacidad cuyo veredicto se recurre. El motivo único de la casación se fundamenta en que la sentencia recurrida viola el Convenio de Nueva York sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 13 de diciembre de 2006, en concreto a sus artículos 5 y 12 que prohíben toda discriminación por motivos de discapacidad. Especial referencia se efectúa al artículo 29 de la Convención que salvaguarda los derechos políticos de las personas discapacitadas, como el ejercicio del derecho al voto. Ahora bien el Tribunal Supremo frente a estas alegaciones concluye que, *«la decisión de privación del derecho de sufragio activo es por tanto legalmente posible y compatible con la Convención de Nueva York, sin perjuicio de que para la eventual adopción de tal medida sea preciso examinar de forma concreta y particularizada las circunstancias e intereses concurrentes, evitando todo automatismo, incompatible con los derechos fundamentales en juego»* (fundamento de derecho segundo). En consecuencia desestima el recurso fundamentado en la infracción de esta norma internacional.

José Elías Esteve Moltó
Universitat de València

IV. DERECHO A LA REVISIÓN DEL FALLO CONDENATORIO Y LA PENA
IMPUESTA: LA CONTROVERSIA RELATIVA A LA DOBLE INSTANCIA
PENAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH

En este apartado se trae a colación la controversia relativa a la doble instancia penal. En este sentido se referencia una sentencia del Tribunal Constitucional en la que además de invocar preceptos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se acude a precedentes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con el objeto de motivar posibles violaciones a la tutela judicial efectiva que justificarían la revisión del fallo anterior. Precisamente en este contexto se deja constancia de la sentencia de 29 de marzo de 2016 relativa al asunto Gómez Olmeda c. España, en la que se da por violado el artículo 6.1 CEDH al haberse condenado al demandante en segunda instancia sin vista oral; pronunciamiento que obliga a revisar el fallo previo de los tribunales españoles al vulnerarse el derecho a un juicio justo.

**Sentencia 194/2015 de 21 de septiembre,
Sala Segunda, Tribunal Constitucional**
(BOE nº 260, 30 octubre 2015)

En el presente asunto se procede al examen de un recurso de amparo fundado en el derecho a la doble instancia en vía penal, así como a la tutela judicial efectiva y al derecho de defensa y asistencia letrada. Se alega infracción del artículo 24 de la CE en relación con el 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El demandante de amparo fue declarado culpable y condenado por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, constituida como Tribunal Jurado, a diecisiete años y seis meses de prisión como autor de un delito de asesinato. La representación legal del condenado presentó ante la Audiencia Provincial con destino al TSJ de la Comunidad Canaria, escrito de apelación contra la sentencia condenatoria. Posteriormente siguiendo los oportunos trámites procesales se personó ante el TSJ, mientras el condenado se hallaba recluso en centro penitenciario. La Secretaria del TSJ dictó oficio citando a la vista que remitió a la Procuradora del condenado, quien manifestó «quedar enterado». Igualmente se le notificó al condenado, señalando que «no es necesario el traslado del interno a la vista». Llegado el día de la vista oral de la apelación tanto el abogado del condenado como su procurador no com-

parecieron a la misma, sin constar a la Sala motivo alguno que justificara la incomparecencia. La Sala ante estos hechos dictó auto señalando «tener por desistido al apelante del recurso». Notificada dicha resolución judicial, la representación del condenado formuló escrito solicitando la rectificación del auto y nuevo señalamiento por considerar que no conoció la fecha del anterior debido a un error informático (no acreditado) manifestando que nunca hubo voluntad de desistimiento. La Sala desestimó esta petición, aduciendo además que no había explicación de la incomparecencia del procurador.

Contra el auto denegatorio se formuló incidente de nulidad basado en dos motivos. Primero: vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE en relación con el 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Se basaba jurídicamente esta alegación en que la Sala equiparó la incomparecencia con el desistimiento, cuando son dos conceptos jurídicos distintos. El segundo motivo se ciñó a la vulneración del derecho a la doble instancia penal, estimando que la Sala debió permitir la subsanación del actor procesal. Nuevamente la pretensión del recurrente fue rechazada. Alega la Sala que la indefensión para que produzca efecto anulatorio debe «ser imputable al órgano judicial» y en el presente caso fue debida a la «voluntad, pasividad malicia o falta de la necesaria diligencia» del recurrente. Contra este otro auto se formuló recurso de amparo, que fue admitido por el TC. En el desarrollo del mismo el recurrente aduce que debió la Sala interpretar las actuaciones según el principio «pro actione», optando por otras soluciones no tan drásticas como la que tomó. Se acudió a una interpretación lesiva y ante la existencia de una laguna procesal se llenó «in malam partem». Insiste el recurrente en que hubo una confusión de conceptos al equiparar falta de asistencia con desistimiento ya que la ley no establece ningún efecto por la incomparecencia. Estima el actor que se debió designar por el tribunal un abogado de oficio que supliese al incomparecido, como se tiene declarado en otros supuestos. Por su parte el Ministerio Fiscal estima en sus alegaciones que debía otorgarse el amparo a fin de evitar la indefensión del justiciable en el procedimiento penal. Hace cita de la STC 179/2014 en la que apreció distintas circunstancias concurrentes entre las que se encontraban la inexistencia de falta de diligencia del acusado (no del abogado), así como de su desistimiento. Y si bien en ese caso se trataba de un abogado de oficio, que se suplió con el nombramiento de otro, igual solución podría haberse dado en el actual supuesto.

El TC accede al amparo y lo otorga. Parte del presupuesto por el cual la incomparecencia fue por «causa no atribuible a la Sala», y de acuerdo con este extremo fáctico, reitera su doctrina del siguiente modo: «la inactividad o

defectuoso proceder de la representación procesal o de la defensa del acusado, causante de la pérdida de algún recurso o tramite del proceso penal, únicamente genera el deber positivo de velar por la efectividad de la defensa del acusado o del condenado en el proceso penal por parte de los profesionales designados de oficio». En el presente caso los profesionales que representan y defienden al acusado no fueron designados de oficio sino que provenían de libre designación y el órgano judicial ni debe ni puede supervisar sus actuaciones. Por ello se rechaza la petición de que la Sala debía haber nombrado a otro profesional de oficio. Ahora bien respecto del derecho a la doble instancia, derecho que es ampliamente reconocido, podría quedar conculcado si se toman decisiones de inadmisión extremadamente rigoristas o con excesivo formalismo que llevan a anular la misma y desde esta perspectiva se deben examinar los efectos de la incomparecencia con relación al desistimiento, y este último, dice el TC, solo «puede sostenerse (...) si existe precepto que prevea dicha consecuencia procesal» es decir norma concreta que vincule la incomparecencia con el desistimiento, o si se acredita una voluntad expresa e inequívoca del apelante de poner fin al recurso. Considera el TC que no hay en el ordenamiento jurídico en la vía penal, norma que anude taxativamente la incomparecencia al desistimiento. Siendo así manifiesta que tampoco se acredita la voluntad del penado a desistir de su recurso, máxime cuando fue ajeno a los hechos por estar en prisión. En consecuencia se estima el recurso y se otorga el amparo solicitado.

En todo caso no aclara el tribunal, y entendemos que ello podría ser importante, si dada la existencia de una norma expresa que equipare la incomparecencia de los profesionales al desistimiento y no consta la voluntad del mismo del acusado, si tal desistimiento conculca el derecho a la tutela efectiva y a la segunda instancia. El TC parece inclinarse por considerar que la vigencia de tal norma implicaría la automaticidad del desistimiento. En nuestra opinión podría por el contrario interpretarse que dicha norma vulneraría la tutela judicial efectiva y el derecho a un juicio justo. La jurisprudencia en EEUU ha ahondado en este concepto que estima deriva de la Sexta Enmienda, la cual sucintamente señala que en el proceso penal se tiene derecho a un abogado. Partiendo de este derecho, la Corte Suprema ha considerado que si el abogado no fue suficientemente eficiente en su defensa, podría tener lugar un nuevo juicio quedando anulado el anterior. Ello, claro está, sólo es admisible tras una acreditada prueba de dicha ineficiencia. Tal interpretación también ha sido admitida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe 1/05 de 28 de enero de 2005. Caso Roberto Moreno Ramos –Estados Unidos–. Ante ello pues consideramos que en casos como el examinado, incluso exis-

tiendo una norma de derecho positivo que establezca la incomparecencia de los profesionales del derecho ante un emplazamiento, la conclusión que admita tal hecho como desistimiento solo debería tener lugar si esa era la voluntad del acusado, o éste era consciente y sabedor de que dicha incomparecencia iba a tener lugar y tácitamente la admitió. No pensamos que en un proceso penal la actuación de un tercero profesional pueda limitar o peor aún cercenar un derecho fundamental del acusado, como lo es la tutela judicial efectiva o a la segunda instancia.

Sentencia de 29 de marzo de 2016 del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos.

Asunto Gómez Olmeda C. España (Demanda no 61112/12)

En esta sentencia el TEDH vuelve a estudiar la cuestión concerniente a la posibilidad de condenar, en vía penal en segunda instancia (en este caso en un recurso de apelación penal) sin haberse celebrado audiencia en la que se haya podido oír al condenado. El hecho de que el tribunal de apelación haya visionado el vídeo que recoge la vista pública de primera instancia no desvirtúa esta conclusión, ya que en modo alguno puede equipararse el visionado con una declaración personal y directa del acusado. Por todo ello se estima que se vulneró el artículo 6.1 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos al no haberse llevado a cabo un juicio equitativo. Juicio equitativo que obliga a oír al acusado, caso de ser condenado, en toda audiencia de la que pueda dimanar la condena.

En el presente caso el demandante fue condenado por un juzgado de lo penal por un delito de desobediencia a la autoridad, tras haber sido acusado de otros de calumnias e injurias. La sentencia fue apelada ante la Audiencia Provincial, tanto por el condenado como por la acusación. No se pidió por el acusado vista oral, ni tampoco la Audiencia tomó medida alguna al respecto. La Audiencia Provincial sin nuevo juicio oral, amplió la condena por un delito de calumnias. Y como se ha mencionado este Tribunal visionó un vídeo del juicio oral de primera instancia. Tras inadmitirse incidente de nulidad formulado por el acusado, acudió al Tribunal Constitucional al estimar que había sido condenado sin otorgarle la posibilidad de defensa en audiencia pública. El Tribunal Constitucional consideró que el contenido del recurso no tenía transcendía constitucional y lo inadmitió.

Agotada la vía jurisdiccional interna se elevó demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considerando que se había vulnerado el artí-

culo 6.1 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos en cuanto que allí establece el derecho a un proceso equitativo, que en este caso no había tenido lugar por no haber sido oído el acusado en audiencia pública antes de ser condenado. El Tribunal Europeo trae a colación la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional Español, en esta materia, expuesta en la sentencia número 120/2009 de 18 de mayo de 2009 al establecer que: «6. (...) *debemos examinar la cuestión que confiere singularidad al presente recurso de amparo, esto es, la referida a si las garantías de inmediación y contradicción han quedado colmadas mediante el visionado por el Tribunal de apelación de la grabación audiovisual del juicio oral celebrado en primera instancia (...)* En este sentido, el repaso de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos anteriormente reseñada pone de manifiesto que, de concurrir los presupuestos a que la misma se refiere, resulta preciso que el Tribunal de apelación lleve a cabo un examen «directo y personal» del acusado y de los testimonios presentados por él en persona, en el seno de una «nueva audiencia» en presencia de los demás interesados o partes adversas. (...) 7. (...) *La Audiencia Provincial entendió [en el presente caso] que, tras haber visionado la grabación audiovisual del juicio oral celebrado ante el Juez de lo Penal, estaba facultada para realizar una valoración de las pruebas de carácter personal practicadas en el dicho juicio, apreciando que el Juez a quo había incurrido en error al valorar tales pruebas, como consecuencia de lo cual procedió a fijar un nuevo relato de hechos probados que condujo a la condena de quienes habían sido inicialmente absueltos. Sin embargo, lo cierto es que la Sala quedó privada de la facultad de valorar de un modo distinto a como lo hizo el Juez de lo Penal las pruebas de carácter personal –desde el prisma de la credibilidad de los declarantes– al no haber convocado una vista o audiencia pública y contradictoria en la que poder oír personal y directamente a quienes habían declarado en el juicio oral de primera instancia, ni concurrir causa obstativa legalmente prevista de la comparecencia ante el Tribunal de tales personas. En consecuencia, al no haber respetado la Sala de apelación dicho límite, vulneró el derecho del recurrente a un proceso con todas las garantías reconocido en el art. 24.2 CE.»*

En su demanda el actor había alegado que la Audiencia había revisado las pruebas sin haberlo oído, argumentando al efecto «que la proyección de un vídeo durante la apelación no equivalía a una vista oral en segunda instancia, dado que la Audiencia Provincial realizó una nueva valoración de los hechos que iba más allá de las cuestiones estrictamente jurídicas. La posición del Estado demandado señaló por su parte en la contestación a la demanda, que «el artículo 6 no siempre implica el derecho a estar presente» y que «el visionado del vídeo por parte de los jueces de la Audiencia Provincial se equiparó a la celebración de un juicio oral a efectos del artículo 6.1 del Convenio». A pesar

de admitir que no se trataba de un juicio oral, si permitió a los jueces un acceso completo a las pruebas.

El Tribunal Europeo para dictar el fallo, parte del hecho indiscutible por el cual el demandante ha sido condenado en segunda instancia sin haberlo oído y no se le puede reprochar que no pidiese vista oral toda vez que del delito por el que se le condenó en segunda instancia había sido absuelto en primera. El Tribunal reitera expresamente que «es necesario un juicio oral cuando se emplaza al tribunal de apelación a examinar hechos nuevos probados en primera instancia y los ha reconsiderado, yendo más allá de consideraciones estrictamente jurídicas». Estima que no se concilia la falta de audiencia del condenado con el artículo 6.1 del Convenio y que «no puede considerarse que el visionado del vídeo situase a la Audiencia Provincial en igual posición que el juzgado de primera instancia a efectos del artículo 6.1 del Convenio». Como antes hemos señalado el Tribunal hace cita expresa, lo que debe considerarse como un reproche, de la doctrina del Tribunal Constitucional Español, puesto que en ellas había mantenido la misma interpretación que hace Estrasburgo. A la vista de todo ello se declara que se ha vulnerado el repetido artículo 6.1 y condena al Estado de España.

Por todo ello resulta evidente que según reiterada jurisprudencia no puede condenarse en segunda instancia sin vista oral en la que pueda ser oído el acusado, y si ninguna de las partes ha pedido la misma, debe el tribunal tomar las oportunas medidas para que se celebre, de no hacerlo se vulnera el derecho a un juicio justo.

José Elías Esteve Moltó
Universitat de València

V. APLICACIÓN DEL 10.2 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera), de 1 febrero de 2016

Recurso de amparo núm. 533/2014

Ponente: *Excmo. Sr. D. Andrés Ollero Tassara*

El máximo intérprete de la Constitución Española aborda en el presente recurso de amparo la interpretación de derechos fundamentales vulnerados en un supuesto de aborto de un feto de 22 semanas. Diversas resoluciones judiciales previas habían denegado la entrega y licencia de incineración de los res-

tos resultantes de dicho aborto aduciendo diversa normativa sanitaria mortuoria y del Registro Civil e incluso protocolos sanitarios, que consideraban que los restos de fetos inferiores a 500 gramos o vida fetal inferior a 180 días eran meros restos quirúrgicos y no se les aplicaba la normativa mortuoria. De este modo, la salida de los «restos humanos de entidad suficiente» se sometía a una serie de trámites (entre ellos, la solicitud del permiso judicial para el enterramiento o incineración), pero respecto de la salida de los «restos quirúrgicos», no eran precisos determinados documentos y sólo se ofrecía a los familiares la posibilidad de que los restos fueran inhumados a cargo del Hospital en la fosa común del cementerio.

En alegaciones, la recurrente invoca el art. 10.2 CE que establece que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades han de interpretarse a la luz de los tratados internacionales suscritos. Cita igualmente el art. 29.2 de la DUDH, que garantiza que, en el ejercicio de sus derechos, toda persona estará sujeta nada más que a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática. También recoge el art. 30 del mismo texto internacional conforme al que nada en la presente declaración puede interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado a realizar actos tendentes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados. Asimismo, critica que las resoluciones judiciales impugnadas hayan delimitado la dignidad humana en términos de peso y días de gestación.

El Ministerio Fiscal interesa la estimación del recurso el otorgamiento del amparo con reconocimiento del derecho fundamental de la actora a la libertad ideológica (art. 16.1 CE) en relación con los derechos de intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE), refiriendo precedentes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en casos similares, aunque reconoce que éste no ha enfocado la cuestión desde la óptica del art. 9.2 CEDH (derecho a libertad de pensamiento, de conciencia o de religión), sino como manifestación del derecho a la vida privada y familiar del art. 8 CEDH.

Una vez identificado el derecho controvertido en el presente supuesto (el derecho a la intimidad personal y familiar del 18.1 CE), el Tribunal examina su contenido a la luz de la doctrina del TEDH (art. 10.2 CE) y acaba considerando que los pronunciamientos recurridos atentan contra los derechos fundamentales a la intimidad personal y familiar de la actora (sin entrar en otros derechos como la libertad ideológica). Ello es conforme a la postura del

propio Ministerio Fiscal (antecedente 7º) y a parte de las pretensiones de la recurrente, pero cuenta con tres interesantes votos particulares que cuestionan incluso que el derecho vulnerado sea el del 18.1, así como que los precedentes judiciales sean aplicables.

En su apoyo, el fallo del TC considera que no hay sentencias constitucionales anteriores sobre casos análogos, pero sí cita jurisprudencia del TEDH que ha resuelto asuntos similares en un sentido favorable al reconocimiento del derecho a disponer de restos humanos para su enterramiento como contenido del derecho al respeto de la vida privada y familiar del art. 8 del CEDH. De hecho, en el fundamento jurídico segundo se recuerda como el TEDH ha considerado contraria al CEDH la decisión de las autoridades rusas de no entregar, para su enterramiento, los cadáveres de los fallecidos en una operación antiterrorista (asuntos Sabanchiyeva y Otros c. Rusia núm. 38450/05, STEDH de 6 de junio de 2013; Maskhadova y Otros c. Rusia, núm. 8071/05, STEDH también de 6 de junio de 2013; y Abdulayeva c. Rusia, núm. 8552/05, STEDH de 16 de abril de 2014), así como ha enjuiciado el excesivo retraso en la restitución a los miembros sobrevivientes del cuerpo de un familiar tras la práctica de la autopsia y recogida de muestras corporales en una investigación criminal (asuntos Girard c. Francia, núm. 22590/04, STEDH de 30 de junio de 2011; y Pannullo y Forte c. Francia, núm. 37794/97, STEDH de 30 de enero de 2002) o el rechazo a entregar a la esposa la urna con las cenizas de su esposo (asunto Elli Poluhas Dödsbo c. Suecia, núm. 61564/00, STEDH de 17 de enero de 2006).

Pero son otros asuntos los que, a juicio del TC, revisten singular relieve a los efectos de este proceso: el asunto Hadri-Vionnet c. Suiza (núm. 55525/2000, STEDH de 14 de febrero de 2008) y el asunto Mari c. Croacia (núm. 50132/2012, STEDH de 12 de junio de 2014). En el primero, se trata de parto prematuro de feto que nace muerto y posteriormente se entierra en una fosa común sin celebrar ninguna ceremonia funeraria. En el segundo, se está ante un parto a término con complicaciones por las que el bebé nace muerto, en el que los padres consienten que el hospital se haga cargo del feto pero luego solicitan sin éxito información sobre el lugar de enterramiento. En ambos supuestos, se plantea si la injerencia en el derecho del art. 8 CEDH está «prevista por la ley» interna, si es «necesaria en una sociedad democrática» y si responde a «objetivos legítimos» (párrafo 58 de la primera sentencia). Y en aplicación de esta doctrina, el Tribunal resuelve que las autoridades de ambos países vulneraron el art. 8 CEDH porque interfirieron en el derecho a la vida privada y familiar de las demandantes sin base legal suficiente en el Derecho interno.

Sentado lo anterior, el fundamento jurídico tercero se plantea si en este caso las restricciones del derecho fundamental responden a un fin constitucionalmente legítimo y son necesarias y adecuadas para alcanzar dicho objetivo, lo que se descarta, pues no se identifica ninguna cobertura legal para la medida restrictiva (FD 4) ni existe impedimento de orden público o sanitario que pudiera justificar la injerencia en el derecho de la demandante a decidir sobre el enterramiento o incineración de su «criatura abortiva» ex art. 18.1 CE (FD 5). Por ello, se falla que las resoluciones impugnadas han vulnerado el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar de la actora, por no esgrimir normas que pudieran dar cobertura jurídica suficiente a su decisión e imponer un sacrificio desproporcionado, sin que se vislumbren bienes constitucionales cuya preservación justifique la denegación del permiso de incineración solicitado.

Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda), de 11 de abril de 2016

Recurso de amparo núm. 528/2014

Ponente: *Excmo. Sr. D. Fernando Valdés Dal-Ré*

La desestimación del presente recurso de amparo se basa en la inexistencia de vulneración del derecho fundamental a la libertad sindical del art. 28.1 CE. En síntesis, los demandantes sostenían que el derecho había sido violado porque, al desaparecer su centro de trabajo y ser trasladados a otro de la misma empresa, se les había impedido el ejercicio de la actividad representativa como expresión de su actividad sindical. Sin embargo, la empresa y el juzgador no comparten esta pretensión, pues consideran que en supuestos de desaparición de un centro de trabajo para ser sustituido por otros de la misma empresa, sin cesión de la titularidad de la unidad productiva, se pierde la condición representativa de quienes la poseían como representantes legales de los trabajadores en el centro de origen. La ley guarda silencio al respecto.

Para llegar a sus conclusiones, el Constitucional repasa el contenido del derecho en cuestión. Para determinarlo, vuelve a remitirse (como en la STC 281/2005 de 7 de noviembre, FJ 3) a la interpretación sistemática de los artículos 7 y 28 CE efectuada según el canon hermenéutico del art. 10.2, que llama a los textos internacionales ratificados por España y en este caso los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo números 87 y 98. En virtud de esta interpretación (FJ 4 de la sentencia objeto de análisis), el con-

tenido del derecho a la libertad sindical es plural y posee un núcleo esencial y aspectos adicionales. Por un lado, el contenido esencial mínimo e indisponible no se restringe a una vertiente exclusivamente organizativa o asociativa (que es la recogida, no como *numerus clausus*, en el art. 28.1 CE), sino que en el contenido de dicho precepto se integra también la vertiente funcional, es decir, el derecho de los sindicatos a ejercer aquellas actividades dirigidas a la defensa, protección y promoción de los intereses de los trabajadores. Por otro lado, los sindicatos pueden ostentar derechos o facultades adicionales, unos atribuidos por normas legales o por convenios colectivos (que son de creación infraconstitucional y deben ser ejercitados en el marco de su regulación, pudiendo ser alterados o suprimidos por la norma legal o convencional que los establece, pero indisponibles para el empresario) y otros derechos atribuidos en una concesión unilateral del empresario (que éste podrá suprimir).

Atendiendo a ese contenido, el Juzgador no ve ninguna lesión en el derecho a la libertad sindical por haberse suprimido la condición de representante legal, pues se trata de su vertiente adicional (el derecho a la presentación de candidaturas en las elecciones a la representación unitaria y el derecho derivado a favor de los representantes electos a un crédito de horas para el ejercicio de sus funciones) y no existe ninguna previsión legal o convencional que garantice el mantenimiento de dicha condición en casos como el enjuiciado, ni tampoco consta ninguna concesión unilateral del empresario (FJ 6). Es más, se insiste en que no toda reducción de las posibilidades de acción o de la capacidad de obrar de un sindicato (tampoco las que repercutan en sus representantes en el marco de los órganos de la representación unitaria) puede calificarse automáticamente como atentado a la libertad sindical, pues es preciso que esas eventuales restricciones sean arbitrarias, injustificadas o contrarias a la ley, calificación que no procede en esta ocasión a falta de una previsión infraconstitucional (contenido adicional de la libertad sindical) que atribuya expresamente el derecho pretendido.

Sin embargo, uno de los magistrados, con adhesión de otra compañera, discrepa de tales conclusiones en su voto particular y estima que en el caso que les ocupa no se afecta el contenido adicional del derecho, sino que se vulnera el contenido esencial en su vertiente funcional, por lo que procede otorgar el amparo. Aduce que la decisión empresarial de negar la condición representativa obtenida por quienes, en las listas de un sindicato, fueron previamente elegidos en el proceso electoral no puede justificarse en la desaparición del centro de origen y en el silencio legal que equivaldría a la inexistencia del derecho (sobre el mantenimiento de la representación en esos supuestos),

porque tal decisión acarrea un vacío de representación para los trabajadores y de la capacidad de acción de los representantes electos y del sindicato que a través de ellos ejercía la acción sindical en la empresa. Por consiguiente, a su modo de ver, tanto la empresa como las restantes instancias jurisdiccionales han interpretado el vacío normativo de manera inconciliable con la dimensión funcional del contenido esencial de la libertad sindical e impedido la garantía del derecho fundamental en el período transitorio hasta la elección de una nueva representación legal de los trabajadores.

Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 10 de marzo de 2016

Recurso de casación núm. 1583/2015

Ponente: *Excmo Sr. D. Rafael Saraza Jimena*

Este recurso se interpone contra sentencia que desestima la demanda de rectificación de la mención del sexo y el nombre en la inscripción de nacimiento de un menor de edad transexual. La desestimación se basa en la ausencia de legitimación activa del menor tanto en el previo expediente gubernativo ante la jueza del Registro Civil, como en el posterior juicio declarativo.

En este contexto, el Tribunal Supremo, con el voto particular de disenso de uno de sus magistrados, acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación al art. 1 de la Ley 3/2007 reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. La cuestión se basa en la presunta vulneración de los artículos 15, 18.1 y 43.1, en relación al 10.1 y 2 de la CE, en cuanto que sólo se reconoce legitimación a las personas mayores de edad para solicitar la rectificación de la mención registral del sexo y del nombre.

Así pues, el TS incardina la cuestión dentro del tratamiento jurídico que debe tener la transexualidad, como consecuencia directa del principio de respeto a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), del derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE), del derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) y del derecho a la protección de la salud (art. 43 CE), y los principios y derechos reconocidos en los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos humanos ratificados por España, en el modo en que han sido interpretados por el TEDH respecto del CEDH, y las diversas instituciones previstas en estos tratados y acuerdos para el control de las vulneraciones y la supervisión del respeto a los derechos en ellos reconocidos.

Resulta interesante el exhaustivo análisis del juzgador sobre todos estos pronunciamientos judiciales y documentos internacionales, con el propósito de fundar la procedencia del cambio en la mención registral del sexo de las personas transexuales en los principios y derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos humanos ratificados por España. Comienza repasando la práctica judicial española sobre la solicitud de rectificación de la mención del sexo y el cambio de nombre en la inscripción de nacimiento de las personas transexuales (FJ 2), que ha variado especialmente tras 2007 al tomarse nota de la jurisprudencia del TEDH y de la legislación y la jurisprudencia comparada, aceptándose desde entonces el cambio de la mención registral del sexo con falta de la operación quirúrgica para no frenar el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), ni lesionar la dignidad humana, así como tutelar la salud (art. 43.1 CE), el respeto a la intimidad y a la propia imagen (art. 18.1 CE) y la integridad física y moral (art. 15 CE).

Seguidamente, el fundamento jurídico tercero se centra en cómo ha tratado esta cuestión el TEDH, al resolver demandas en las que se denunciaba la vulneración del derecho a la vida privada protegido en el art. 8 CEDH, por la negativa de algunos Estados miembros a reconocer el cambio de sexo respecto del que consta en la inscripción de nacimiento y en los documentos de identidad en los transexuales. En sus sentencias, el TEDH toma nota de que se está ante una materia en la que la ciencia y las percepciones sociales evolucionan constantemente y en la que el juzgador ha de tener un «enfoque dinámico y evolutivo». Declara que la noción de «vida privada» es una noción amplia, sin una definición exhaustiva, que cubre la integridad física y moral de la persona y puede englobar aspectos de la identidad física y moral de la persona como la identidad sexual, el nombre, la orientación sexual y la vida sexual, aspectos estos que pertenecen a la esfera personal que protege el artículo 8. Es más, siendo la dignidad y la libertad del hombre la esencia misma del Convenio, se garantiza el derecho al desarrollo personal y la integridad física y moral de los transexuales. Especial mención merece la sentencia de 10 de marzo de 2015 (caso Y.Y. contra República de Turquía), en la que el TEDH da un paso más y resta valor al requisito de la operación quirúrgica para el reconocimiento de la transexualidad de la persona por parte de los poderes públicos.

A continuación, el TS destaca que toda esta jurisprudencia del TEDH se hace eco de las diversas resoluciones, recomendaciones e informes de las instituciones internacionales o supranacionales sobre el reconocimiento de la transexualidad, en los que también se aprecia esa evolución hacia un mayor re-

conocimiento de la transexualidad por el ordenamiento jurídico y una mayor protección de las personas transexuales frente a la discriminación y a la vulneración de su dignidad personal y de su vida privada. El fundamento jurídico 4 de la sentencia comentada cita los más relevantes, principalmente en el ámbito del Consejo de Europa, el Alto Comisionado para los derechos humanos de la ONU y la UE. En estas Resoluciones, Recomendaciones e Informes se ha abogado porque los Estados miembros de estas organizaciones, entre los que está España, realicen las actuaciones necesarias para evitar la discriminación por razón de identidad de género y para proteger el derecho a la privacidad de las personas transexuales. Entre dichas actuaciones se encuentran, por ejemplo: evitar que su situación tenga que ser revelada cuando solicitan un empleo; impulsar que se articulen las medidas tanto médicas como legales que permitan a las personas transexuales hacer efectiva dicha identidad de género, facilitando la modificación de la mención del sexo, y el nombre, en la inscripción de nacimiento y en los documentos de identidad; y no considerarlas como enfermos mentales.

Habida cuenta de todo lo anterior, el tribunal subraya la trascendencia constitucional del reconocimiento del derecho a la identidad sexual y al cambio en la mención registral del sexo (FD 5) y confirma la necesidad de plantear la cuestión de inconstitucionalidad sobre la legitimación activa de los menores no contemplada en la normativa legal aplicable (FD 6 y 7).

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1^a), de 17 diciembre de 2015

Recurso de casación núm. 2577/2014

Ponente: *Excmo Sr. D. José Antonio Seijas Quintana*

Recurso desestimado por el Supremo en aplicación del artículo 10 CE y el art. 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad. El FD 2 considera la curatela como una medida protectora adecuada al estado de salud de una persona con esquizofrenia paranoide y ajustada a los principios de la Convención, que no vulnera el derecho a la personalidad y a la igualdad (arts. 10 y 14 CE) porque trata de forma distinta a los que tienen capacidad para regir su persona y bienes y aquellas otras personas que por sus condiciones no pueden gobernarse por sí mismas. A este respecto, el juzgador explicita que los artículos 3 y 12 de la Convención de Nueva York pretenden promover, proteger y asegurar el pleno goce y en condiciones de

igualdad de los derechos fundamentales a un colectivo de personas que presentan cualquier tipo de discapacidad, protección que solamente tiene justificación con relación a la persona afectada, como trasunto del principio de la dignidad de la persona.

Elena López-Almansa Beaus
Universitat de València

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 una sentencia del Tribunal Supremo por la que se reconoce el derecho de asilo y la condición de refugiados a unos ciudadanos sirios y en la que el Alto Tribunal subraya que la interpretación de la normativa de refugio no debe ser restrictiva. En materia de extradición destacamos una importante sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en formación de Gran Sala, en la que concluye que la ejecución de una orden de detención europea debe aplazarse si existe un riesgo real de trato inhumano o degradante debido a las condiciones de detención de la persona afectada en el Estado miembro emisor de la orden.

DERECHO DE ASILO, ESTATUTO DEL REFUGIADO Y APÁTRIDAS

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3^a) de 16 de marzo 2016

Recurso de Casación 2563/2015

Ponente: *Excmo. Sr. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruza*

La Sentencia del Tribunal Supremo analizada trae causa de un recurso de casación interpuesto en representación de varios ciudadanos naturales de Siria, contra la sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 11 de junio de 2015, que desestimó el recurso contencioso-administrativo número formulado contra la resolución del Ministro del Interior de 2 de julio de 2014 que acordó conceder el derecho a la protección subsidiaria a los referidos ciudadanos, pero no el derecho de asilo.

La decisión de la Audiencia Nacional recurrida había concluido que no se habían acreditado motivos que justificasen un temor fundado a sufrir persecución en el país de origen por alguno de los motivos previstos en el artículo 3 de la Ley de asilo, siguiendo a este respecto los criterios expuestos en la precedente sentencia dictada por la Audiencia el 15 de abril de 2015, sentencia que fue posteriormente revocada por sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2015 (RJ 2016, 154) (RC 1699/2015). En concreto, la Sala de instancia había señalado que la persecución que sufría el recurrente, piloto civil de su país, y su familia, enfrentados tanto al Gobierno como al Ejército Libre, tuviera que ver con alguno de los motivos que refiere la Convención de Ginebra y el artículo 3 de la Ley 12/2009.

El Tribunal Supremo criticó esta interpretación, que calificó de restrictiva, e hizo referencia para ello al Informe del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados de 22 de octubre de 2013, sobre las consideraciones de protección internacional con respecto a las personas que huyen de la República Árabe de Siria, Informe que había sido citado por el ACNUR en el marco del procedimiento administrativo iniciado por el recurrente, y que señala que en casos como el de autos en los que se han sufrido amenazas graves a la integridad y seguridad personal del recurrente y de su familia debido a su condición de piloto civil de la compañía Syrcam Airlines, y que se había visto obligado a cumplir órdenes de sus superiores relacionadas con el transporte de armas a las zonas de conflicto, cabe entender que está incurso en los grupos de riesgo de sufrir persecución por motivos ideológicos.

El Tribunal Supremo fundamentó su decisión en el espíritu y la letra del marco normativo aplicable en el asunto recurrido, tanto el de Derecho internacional, en concreto la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 28 de julio de 1951 (RCL 1978, 2290), como el de Derecho de la Unión Europea, con referencias al artículo 78 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (RCL 2009, 2300), al artículo 18 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (LCEur 2000, 3480), y a la Directiva 2004/83/CE (LCEur 2004, 3082) 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, normas mínimas, como señala el propio Tribunal, que podrán ser complementadas por disposiciones más favorables para las personas de terceros países o apátridas que piden protección internacional en un Estado miembro, siempre

que dichas disposiciones sean compatibles con la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados y los Tratados de la Unión Europea, y, por último, al marco nacional, integrado por el artículo 13.4 de la Constitución española de 1978, y la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.

El Alto Tribunal hizo referencia también para sustentar su rechazo a la interpretación limitativa del derecho de asilo llevada a cabo por la Audiencia a la sentencia 53/2002, de 27 de febrero (RTC 2002, 53), relativa al estatuto constitucional del peticionario de asilo. Con base en este marco, el Tribunal Supremo concluyó que «La Administración, según se desprende de nuestra doctrina jurisprudencial más reciente, expuesta en la sentencia de 24 de julio de 2014 (RC 117/2014 [RJ 2014, 4456]), debe interpretar las disposiciones de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, de conformidad con la Convención de Ginebra de 1951 y el Derecho de la Unión Europea. Ello comporta que la resolución de las solicitudes de asilo, en cuanto se trata del ejercicio de una potestad reglada, que no puede caracterizarse de facultad graciable, en la medida que si concurre el presupuesto de temor fundado de sufrir persecución por los motivos contemplados en la Convención de Ginebra debe reconocerse el estatuto de refugiado, debe fundamentarse en una equilibrada y ponderada valoración de los hechos y de las circunstancias personales del solicitante de asilo, así como en el análisis de la naturaleza del riesgo, a efectos de establecer si concurren los presupuestos determinantes del otorgamiento de protección internacional. Este examen no ha de efectuarse con criterios restrictivos, al ser suficiente, a estos efectos, que la autoridad competente en materia de asilo alcance una convicción racional de que concurren dichos requisitos para que proceda reconocer la condición de asilado.»(FJ, 2º)

Con base en estas consideraciones, y con referencia a su jurisprudencia anterior, en concreto a **la sentencia de la misma Sala del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2015 (RJ 2016, 154) (RC 1699/2015)**, en la que el Alto Tribunal había sancionado la «interpretación restrictiva del artículo 3 de la Ley 12/2009 de 30 de octubre (RCL 2009, 2051)» en un asunto similar, la Sala declaró haber lugar al recurso de casación interpuesto por los recurrentes, y a reconocer la condición de refugiados a los mismos. La misma Sala llegaría a la misma conclusión en otro asunto relativo a solicitantes de refugio sirios en **la sentencia de 19 febrero 2016 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), Recurso de Casación 3163/2015, Ponente: Excma. Sra. Isabel Perelló Domenech.**

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3^a) de 25 enero 2016

Recurso de Casación: 2133/2015

Ponente: *Excmo. Sr. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat*

La sentencia objeto de este comentario guarda relación con la autorización de permanencia en España por razones humanitarias, subsidiaria a la solicitud de asilo. La recurrente, nacional de Etiopía, solicitaba en primer lugar la anulación de la sentencia de la Audiencia Nacional que confirmaba la resolución del Ministerio del Interior que denegaba su solicitud de derecho de asilo y protección subsidiaria por razón de su homosexualidad, sancionada legalmente en su país de origen. Subsidiariamente, la recurrente solicitaba permanecer en España por motivos humanitarios, en concreto por ser enferma crónica de VIH.

Respecto de la alegación de persecución por razón de su orientación sexual, la Sala concluyó que la Audiencia Nacional había obrado correctamente al rechazar la protección por este motivo al no haberse acreditado tal persecución ni constar acreditada adecuadamente la nacionalidad de la recurrente. El Tribunal Supremo también reprodujo de la sentencia de la Audiencia la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión relativa a la persecución por razón de la orientación sexual en los siguientes términos «Pues bien, la interpretación del artículo 10, apartado 1, letra d), de la Directiva 2004/83 (LCEur 2004, 3082) que hace el Tribunal de Justicia de la Unión Europea le conduce a afirmar que «la existencia de una legislación penal como la controvertida en cada uno de los litigios principales, cuyos destinatarios específicos son las personas homosexuales, autoriza a declarar que debe considerarse que tales personas constituyen un determinado grupo social». Y, a continuación, declara que el artículo 9, apartado 1, de la Directiva 2004/83 (LCEur 2004, 3082), en relación con la letra c) del apartado 2 de ese mismo artículo, «debe interpretarse en el sentido de que la mera tipificación como delito o falta de los actos homosexuales no constituye en cuanto tal un acto de persecución. En cambio, una pena privativa de libertad que reprime los actos homosexuales y que se aplica efectivamente en el país de origen que ha adoptado ese tipo de legislación debe considerarse una sanción desproporcionada o discriminatoria y constituye, por tanto, un acto de persecución». (FJ, 1^o) En consecuencia, el TS consideró ajustada a derecho la denegación del derecho de asilo solicitado por la recurrente.

El Tribunal sí admitió, sin embargo, el motivo relativo a la injustificada denegación de la permanencia en España por razones humanitarias. En concreto, el Alto Tribunal concluyó que la Audiencia Nacional debería haber

acogido la pretensión formulada con carácter subsidiario en el sentido de que se reconozca a la recurrente la protección debida conforme a la Ley de asilo por razones humanitarias, habida cuenta de su situación de especial vulnerabilidad, en concreto al haberse acreditado que padece una enfermedad crónica, de la que está recibiendo tratamiento en un hospital público madrileño, y a que su retorno al país de procedencia podría comportar la vulneración de su derecho a la integridad física y psíquica, como además había señalado la Comisión Española de Ayuda al Refugiado en su informe de 11 de julio de 2011.

A este respecto, en opinión del TS, con referencia de nuevo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE, Gran Sala, de 2 de marzo de 2010 (TJCE 2010, 47), asuntos acumulados C-175/08, C-176/08 y C-179/08), «debe hacerse un examen específico de aquellas circunstancias personales aducidas por los solicitantes de asilo que se encuentren en situación de especial vulnerabilidad, a los efectos de determinar si no procede acordar el retorno al país de origen cuando ello comporte violación de sus derechos fundamentales esenciales por causas distintas a las previstas en la Convención de Ginebra.»(FJ, 4º)

De esta forma, el Tribunal Supremo concluyó que la Sala de instancia debería haber reconocido, con arreglo a lo dispuesto por el artículo 46.3 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre (RCL 2009, 2051), reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, la autorización para permanecer en España de la recurrente por razones humanitarias, y lo anterior aunque no se haya acreditado adecuadamente la nacionalidad etíope de la misma, pues debe tenerse en cuenta, según el Alto Tribunal, que con los datos obrantes en el expediente puede acreditarse su proveniencia de la región africana donde Etiopía se encuentra, una región assolada por conflictos bélicos, por la inobservancia de los derechos humanos y por prácticas discriminatorias por razones de género, donde existe un riesgo real de que pueda ser estigmatizada socialmente, debido a la enfermedad crónica que padece, y ser víctima de actos de violencia sexual y de violencia por razones de género, como además se menciona en el informe de 24 de junio de 2013 del Alto Comisionados de las Naciones Unidas para los Refugiados.

Con base en lo anterior, el Tribunal Supremo estimó parcialmente el recurso interpuesto por la recurrente y reconoció su derecho a permanecer en España por razones humanitarias, en el marco de la legislación general de extranjería, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.3 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre (RCL 2009, 2051), reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.

**Sentencia del Tribunal Supremo
(Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª)**

Sentencia de 29 diciembre 2015

Recurso de Casación 1705/2015

Ponente: *Excma. Sra. Isabel Perelló Domenech*

Un supuesto bien distinto al anterior es el de la presente sentencia, por la que el Tribunal Supremo («TS») consideró improcedente la denegación de la solicitud de asilo realizada por un ciudadano de Bangladesh que sostenía haber sido perseguido por motivos políticos en su país, al no haberse evaluado correctamente la prueba propuesta. En consecuencia la Sala ordenó la retroacción de las actuaciones, para que la Audiencia Nacional, tribunal de instancia, resolviera teniendo en cuenta las precisiones efectuadas en esta sentencia.

Los principales hechos que dieron lugar a la solicitud de asilo fueron resumidos por el tribunal de instancia en los siguientes términos: «El recurrente funda su solicitud en los siguientes hechos: Que pertenece al partido BNP desde el año 2005, siendo su padre concejal de dicho partido en su distrito. Su familia es propietaria de una compañía de barcos y él los utilizó para transportar a los militantes del BNP a Chaka para acudir a una manifestación, lo que estaba prohibido. Que la policía los esperó en el pueblo junto con militantes de la Charta League, que los atacaron. Al solicitante y a sus hermanos los acusaron de la muerte de tres manifestantes, por lo que se mantuvo escondido en Dhaka y no volvió a su pueblo. Se puso en contacto con el partido y le dijeron que todos habían sido acusados de homicidio, que se castiga con hasta 14 años de cárcel. Siguiendo el consejo de su abogado, optó por salir del país en fecha 20.06.2012, entrando en España por Valencia en barco en 30.10.2012». Por otro lado, el recurrente aportó en vía judicial una copia de la sentencia efectivamente dictada en relación con el recurrente, por la que se le condena a 14 años de prisión.

El TS constató en primer lugar que la sentencia recurrida no consideró relevante la sentencia condenatoria impuesta al recurrente, al afirmar la Sala de instancia que se trataba de un supuesto de delincuencia común. La Sala de instancia manifestaba también, según constató el TS en segundo lugar, que le resultaba extraño que el recurrente no hubiera aportado la sentencia condenatoria en vía administrativa.

A este respecto, el TS subrayó en primer lugar que la sentencia controvertida estaba fechada en junio de 2014, mientras que la resolución denegatoria administrativa era de mayo del mismo año, por lo que ni la misma ni el

ACNUR habían tenido acceso a la misma, resultando por tanto improcedente la extrañeza del tribunal de instancia ante su falta de presentación. Además, del análisis de la sentencia, que no había sido impugnada por la administración, se desprendía un relato similar al expuesto por el recurrente, unido a una grave condena de privación de libertad que, cuando menos, era susceptible de poner en tela de juicio que se tratara de un caso de delincuencia común como afirmaba la Sala de instancia.

Habida cuenta de lo anterior, el TS sostuvo que la motivación de la sentencia de la Audiencia debería haber analizado con mayor detalle su contenido y razonado su alcance, teniendo en cuenta la narración de persecución que había formulado el recurrente, habida cuenta de que la sentencia podía constituir un indicio objetivo de persecución. Por el contrario, si la Sala de instancia albergaba dudas sobre la autenticidad de la sentencia controvertida podía haber solicitado más información al respecto, bien a la Embajada de Bangladesh, bien al ACNUR o a la propia Administración.

De esta forma, y a fin de que la Audiencia Nacional pueda adoptar una decisión sobre la solicitud de asilo del recurrente que tenga en cuenta la sentencia del tribunal de Bangladesh, o para comprobar la autenticidad de la misma, el Alto Tribunal ordenó retrotraer las actuaciones, estimando de esta forma el recurso de casación.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) de 18 julio

Recurso de Casación 3652/2015

Ponente: *Excma. Sra. Isabel Perelló Domenech*

Mediante esta sentencia el Tribunal Supremo ha resuelto dos recursos de casación interpuestos contra la Sentencia dictada el 1 de octubre de 2015 (PROV 2015, 246935) por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Segunda) de la Audiencia Nacional, desestimatoria del recurso contencioso administrativo 601/2013 deducido contra la resolución del Ministro del Interior de 26 de noviembre de 2013, por la que se inadmitía a trámite la petición del derecho de asilo y se desestimaba la petición de reexamen de fecha 29 de noviembre de 2013.

El recurrente, de nacionalidad argelina, alegaba ser perseguido por motivos políticos. A este respecto, el Tribunal Supremo ya ha sostenido en el pasado, como subraya en la sentencia, que a los efectos de la llamada «infor-

mación sobre el país de origen», «... No estamos pues ante un Estado que esté persiguiendo a sus ciudadanos por razones de religión, de raza, de ideología, etc.» (STS de 1 de diciembre de 2013 [RC 4129/1999 y RJ 2004, 300], FJ 3º) Además, en el caso particular del recurrente, el informe del ACNUR afirmaba que el mismo no parecía encontrarse en necesidad de Protección Internacional. Por otro lado, el TS coincide con el tribunal de instancia en que el relato del recurrente es incoherente y contradictorio, por lo que no es merecedor de Protección Internacional conforme a la legislación española e internacional de asilo, como tampoco lo es el otro recurrente, su hijo.

Ahora bien, el Tribunal Supremo estimó otro motivo de casación formulado por los recurrentes, en concreto el relativo al cauce procedimental elegido para denegar su solicitud (procedimiento sumario contemplado en el artículo 21.2 b) de la Ley de Asilo (RCL 2009, 2051)), y al estándar de motivación que rige en ese caso. Así, con referencia a su jurisprudencia anterior, y particularmente a las sentencias de 27 de marzo de 2013 (RC 2429/2012), de 22 de noviembre de 2013 (RJ 2013, 7782) (casación 4359/2012) y de 23 y 24 de enero de 2014 (casación 55/2013 y 407/2013 (RJ 2014, 667)), el TS concluyó que no cabía entender en este caso que exista una contradicción o incoherencia de carácter manifiesto en el relato de persecución que justifique la denegación de la petición por este cauce del artículo 21 de la ley de Asilo. A este respecto, resulta relevante para el Alto Tribunal tener en cuenta que el recurrente aportó documentación al expediente de la que, como sostiene el TS, se puede dudar pero que no permite concluir que el relato formulado sea manifiestamente incoherente o contradictorio en el sentido del precepto citado para rechazar la solicitud.

En los términos utilizados por el TS «lo que no resulta de recibo es tratar de ampliar esta restringida vía procedimental del artículo 21.2.b) so pretexto de su calificación formal como «denegación» utilizándola para despachar una solicitud de asilo cuya inverosimilitud, incoherencia o carencia de fundamento no se revele obvia o patente ya en un primer examen, ni rechazar con base en este precepto una solicitud de asilo con el argumento de que no aparece respaldada por prueba indiciaria suficiente, pues tanto el estudio detenido del relato como el juicio sobre su respaldo probatorio son cuestiones que trascienden de la limitada funcionalidad de ese trámite del artículo 21.2.b) y sólo pueden ser abordadas tras admitir a trámite la solicitud y en el curso del expediente de asilo correspondiente.»(FJ, 4º).

Con base en las consideraciones anteriores, el Tribunal Supremo estimó los recursos, anuló la sentencia controvertida y ordenó que la solicitud de

protección internacional presentada por los recurrentes fuera formalmente admitida a trámite y examinada con debida observancia de todas las reglas procedimentales aplicables.

Otras resoluciones

Un supuesto interesante es el de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en los asuntos acumulados C-443/14 y C-444/14 Kreis Warendorf/Ibrahim Alo y Amira Osso/Region Hannover, que analiza la relación entre la libertad de circulación de los beneficiarios de protección internacional y las medidas destinadas a facilitar su integración.

En concreto, el TJUE, en formación de Gran Sala, tuvo que pronunciarse acerca de si una normativa alemana que imponía una obligación de residencia en un lugar determinado de Alemania a los beneficiarios de protección subsidiaria era compatible con lo dispuesto por la Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida (DO L 337, p. 9), directiva que estipula que los Estados miembros deben permitir que las personas a las que han concedido el estatuto de beneficiarios de protección subsidiaria circulen libremente por su territorio en las mismas condiciones que rigen para otros no ciudadanos de la UE que residan legalmente en ellos.

El Tribunal de Justicia concluyó, en primer lugar, que los Estados miembros están obligados a permitir que las personas a quienes hayan concedido el estatuto de beneficiarios de la protección subsidiaria se desplacen libremente por su territorio e incluso a que escojan su lugar de residencia dentro de dicho territorio. No obstante, el TJUE aceptó que una obligación de residencia a los beneficiarios del estatuto de protección subsidiaria en un lugar determinado podría estar justificada con el objetivo de promover su integración, aun cuando dicha obligación no se aplique a otros no ciudadanos de la UE que residan legalmente en Alemania si se acredita que estos dos colectivos no se encuentran en una situación comparable debido a las mayores dificultades de integración de los primeros respecto del resto de no ciudadanos de la UE que residan legalmente en Alemania.

Por otro lado, en otra sentencia del TJUE, la sentencia de 17 de marzo de 2016 en el asunto C-695/15 PPU Shiraz Baig Mirza/Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal, el Alto Tribunal señaló, de acuerdo con las conclusiones de la Abogado General Kokott, que el hecho de que un Estado miembro haya sido designado Estado «responsable» del examen de una solicitud de protección internacional, aun cuando haya reconocido su responsabilidad con arreglo al artículo 18 del Reglamento Dublín III y haya readmitido al solicitante, no puede impedir que dicho Estado miembro envíe a continuación al solicitante a un tercer país seguro en virtud del artículo 3, apartado 3, del Reglamento Dublín III, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la Directiva 2013/32. Además, el envío del solicitante a un tercer país seguro es posible aun cuando el Estado miembro que proceda al traslado no haya sido informado, durante el procedimiento de readmisión, de la normativa nacional aplicable al envío de solicitantes a terceros países seguros ni de la práctica seguida por las autoridades competentes en la materia.

Por último, en relación con el estatuto de apátrida, la Sentencia de 10 marzo de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, Ponente: Excm. Sra. Isabel García García-Blanco), aclara que, a los efectos de obtener la nacionalidad por parte de un apátrida, el requisito de no tener antecedentes penales debe poder acreditarse en base a la información que obra en el expediente, como por ejemplo la ausencia de órdenes de busca y captura, al no estar claro en estos casos qué autoridad sería la competente para certificar la carencia de antecedentes penales con anterioridad a su residencia en España. En concreto, siendo el solicitante de origen saharauí no cabe exigir que sean las autoridades argelinas las que lleven a cabo dicha certificación habida cuenta de que el pasaporte argelino se ofrece a los ciudadanos saharauíes por motivos humanitarios, y no porque ostenten dicha nacionalidad. Por último, y también relacionado con materia probatoria, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª), de 7 marzo de 2016), concluye que la nacionalidad española de los saharauíes es de «origen», en los términos del artículo 17 del Código Civil, que define a los españoles de origen.

Juan Jorge Piernas López
Universidad de Murcia

EXTRADICIÓN

**Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
de 5 de abril de 2016 en los asuntos acumulados
C-404/15 y C-659/15 PPU Pál Aranyosi y Robert Căldăraru**Ponente: *Marek Safjan*

Destacamos, de entre las sentencias dictadas en el periodo cubierto en materia de extradición, esta importante sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en formación de Gran Sala, en la que concluye que la ejecución de una orden de detención europea debe aplazarse si existe un riesgo real de trato inhumano o degradante debido a las condiciones de detención de la persona afectada en el Estado miembro emisor de la orden.

La sentencia trae causa de dos cuestiones prejudiciales formuladas por un tribunal alemán, el Tribunal Superior Regional Civil y Penal de Bremen, en las que cuestionaba, esencialmente, si debía ejecutar las órdenes de detención europea formuladas por un juez de instrucción húngaro y un tribunal rumano respecto de dos ciudadanos que se encontraban en Alemania tras constatar que las condiciones de detención a las que podrían quedar sometidos en las prisiones húngaras y rumanas violaban los derechos fundamentales, en particular la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, con referencia a este respecto a las sentencias de 10 de junio de 2014 y de 10 de marzo de 2015 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las que consideraba que tanto Rumanía como Hungría habían violado los derechos fundamentales debido a la sobrepoblación carcelaria que caracterizaba sus establecimientos penitenciarios.

El TJUE señaló, en primer lugar, la importancia del principio de reconocimiento mutuo en el que se sustenta el sistema de la orden de detención europea, basado a su vez en la confianza recíproca entre los Estados miembros en que sus respectivos ordenamientos jurídicos nacionales están en condiciones de proporcionar una protección equivalente y efectiva de los derechos fundamentales, reconocidos en el ámbito de la Unión, en particular en la Carta. En consecuencia, en principio las autoridades judiciales de ejecución sólo podrán negarse a ejecutar una orden de detención por los motivos tasados en la Decisión Marco 2002/584/JAI (Decisión Marco) (apartados 77-80).

No obstante, el TJUE admitió que puedan limitarse los principios de reconocimiento y de confianza mutuos entre Estados miembros «en circunstancias excepcionales» y subrayó que los Estados miembros y los órganos ju-

risdccionales de éstos, están obligados a respetar las disposiciones de la Carta de Derechos Fundamentales cuando apliquen el Derecho de la Unión de conformidad con el artículo 51, apartado 1, de la Carta, supuesto que se da cuando se solicita y se ejecuta una orden de detención europea con arreglo a la Decisión Marco. De lo anterior resulta que los órganos jurisdiccionales deben respetar las disposiciones de la Carta y, en particular, su artículo 4, que prohíbe las penas o los tratos inhumanos o degradantes.

De esta forma, y tras recordar el carácter absoluto de la prohibición de las penas o tratos inhumanos o degradantes el TJUE concluyó que «cuando la autoridad judicial del Estado miembro de ejecución disponga de elementos que acrediten un riesgo real de que se inflija un trato inhumano o degradante a las personas encarceladas en el Estado miembro emisor, con arreglo a la norma de protección de los derechos fundamentales garantizada por el Derecho de la Unión y, en particular, por el artículo 4 de la Carta (...), dicha autoridad deberá apreciar la existencia de ese riesgo a la hora de pronunciarse sobre la entrega a las autoridades judiciales del Estado miembro emisor de la persona que es objeto de una orden de detención europea, porque la ejecución de dicha orden no puede dar lugar a que se trate de forma inhumana o degradante a esa persona.»(apartado 88).

Las autoridades judiciales de ejecución, añade el TJUE, deberán basar su decisión en elementos objetivos, fiables, precisos y debidamente actualizados relativos a las condiciones de reclusión imperantes en el Estado miembro emisor que demuestren la existencia de deficiencias sistémicas o generalizadas que afecten a ciertos grupos de personas o a ciertos centros de reclusión. El Tribunal de Luxemburgo señala como ejemplo a este respecto las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, las resoluciones judiciales del Estado miembro emisor o de decisiones, informes u otros documentos elaborados por los órganos del Consejo de Europa o del sistema de las Naciones Unidas.

No obstante, la sentencia afirma que la mera constatación de la existencia de un riesgo real de trato inhumano o degradante debido a las condiciones generales de reclusión en el Estado miembro emisor no puede por sí sola abocar a que se deniegue la ejecución de una orden de detención europea. La autoridad judicial de ejecución deberá comprobar si la persona objeto de la solicitud de extradición corre el riesgo que se desprende de las resoluciones anteriores en el caso concreto. Lo anterior se llevará a cabo mediante la solicitud de transmisión urgente de toda la información complementaria necesaria sobre las condiciones de reclusión previstas para la persona de que se trate en ese Estado miembro con arreglo al artículo 15, apartado 2, de la Decisión Marco.

La autoridad judicial de ejecución deberá también comprobar que el procedimiento de ejecución de la orden de detención europea se ha llevado a cabo con la suficiente diligencia y que la duración de la detención no es excesiva, así como que se ha garantizado el principio de presunción de inocencia, reconocido por el artículo 48 de la Carta, pudiendo mientras tanto dilatar la entrega y llegar a la conclusión incluso de que debe ponerse fin a la detención de la persona buscada.

La sentencia objeto de este comentario, que ha sido bienvenida por organizaciones no gubernamentales especializadas en derechos de la defensa, confirma que el procedimiento de detención y entrega de la Unión Europea no está exento de un riguroso análisis por parte de las autoridades judiciales de ejecución tendente a garantizar que se respetan todos los derechos fundamentales reconocidos en la Carta.

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 el Auto del Tribunal Constitucional **de 27 abril (RTC\2016\91 AUTO)**, por el que se concede la suspensión ejecución de un auto de la Audiencia Nacional por el que se concede la extradición a Colombia del recurrente. El Alto Tribunal recuerda que es doctrina reiterada proceder a la suspensión de la ejecución de las resoluciones judiciales que acuerdan la extradición, pues en estos casos puede ocurrir que la ejecución de las resoluciones impugnadas convierta en ilusoria una eventual concesión del amparo, toda vez que si la persona requerida fuera entregada a las Autoridades del Estado requirente perdería su finalidad el recurso que, en definitiva, tiene por objeto impedir su extradición y que la suspensión cautelar queda circunscrita única y exclusivamente a la declaración de procedencia de la extradición acordada por los órganos judiciales, y sin perjuicio de que el órgano judicial competente adopte las medidas oportunas para que el recurrente permanezca a disposición de la Justicia. En un supuesto bien distinto también relacionado con la extradición destacamos la **sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 10 de febrero, Ponente: Excmo. Sr. Antonio del Moral** que confirma otras anteriores por las que el Alto Tribunal rechaza formular una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea en aplicación de la doctrina del acto claro (STJUE de 6 de octubre de 1982 –ECLI:EU:C:1982:335– asunto Cilfit)

relativa a la acumulación de condenas impuestas y totalmente ejecutadas en país de la Unión Europea con arreglo a la Decisión Marco 2008/675/JAI y desestima la petición de acumulación de condenas impuestas al recurrente. El Excmo. Sr. D. Joaquín Giménez García formuló un voto particular discrepante con la doble decisión de la mayoría.

Juan Jorge Piernas López
Universidad de Murcia

VII. INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN

En materia de inmunidad de jurisdicción destacamos una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (TSJ) en la que se aplica e interpreta la reciente Ley Orgánica 16/2015 de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social, Sección 6ª) de 21 julio

Recurso de Suplicación 465/2016

Ponente: *Ilmo. Sr. D. Enrique Juanes Fraga*

Entre las sentencias en materia de inmunidad de jurisdicción dictadas durante el periodo cubierto por este trabajo, sobresale una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (TSJ) en la que se aplica la reciente Ley Orgánica 16/2015 de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España (BOE 28-10-15).

La sentencia trae causa de un recurso de suplicación interpuesto contra una sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 5 de Madrid relativa al despido de una trabajadora de la Embajada de Lituania que estimaba la falta de competencia de los órganos jurisdiccionales españoles para conocer de la materia, y absolvía a la parte demandada por corresponder la competencia a los órganos jurisdiccionales de la República de Lituania.

La demanda señalaba que la sentencia de instancia, que había apreciado la inmunidad de jurisdicción de la Embajada demandada por aplicación de

lo dispuesto en el art. 10 de la ley orgánica 16/2015 de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España, había sido aplicada retroactivamente, en contra de lo dispuesto por los artículos 9.3 de la Constitución, 2.3 del Código Civil y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues la misma no estaba vigente al inicio del proceso, en el momento de presentación de la demanda, a saber, el 4 de noviembre de 2015.

El TSJ rechazó esta argumentación, señalando que, aunque en efecto la ley no estaba en vigor en el momento de interposición de la demanda (lo hizo 14 días después de dicha interposición, esto es, el 18 de noviembre), no se trata en este caso de aplicación retroactiva sino de eficacia inmediata. En consecuencia, como afirma el Tribunal «hay que entender que la ley orgánica 16/15 desde su entrada en vigor puede ser aplicada incluso a procesos en trámite, siempre que el estado del proceso lo permita, pues el Estado extranjero tiene derecho a hacer uso de su inmunidad de jurisdicción desde que la ley está en vigor, al no haberse exceptuado a los procesos que hubieran sido iniciados con anterioridad. Del mismo modo un Estado extranjero podrá hacer uso de su inmunidad de ejecución aunque el proceso hubiera comenzado antes de la entrada en vigor de la ley orgánica 16/2015. En el caso actual la ley ya está en vigor cuando el Juzgado cita para conciliación y juicio a la Embajada de la República de Lituania, y en este momento procesal es perfectamente factible invocar la inmunidad de jurisdicción, como en efecto lo hizo». (FJ, 4º).

El TSJ añade, para reforzar el rechazo de la primera pretensión de la demandante que, de conformidad con el preámbulo de la propia ley orgánica 16/2015, la Convención de las Naciones Unidas de 2 de diciembre de 2004, que ha inspirado el texto de dicha Ley, debe ser considerada como derecho consuetudinario internacional, por lo que no cabe hablar de aplicación retroactiva.

En segundo lugar, la demandante alegaba la infracción del art. 10 de la ley orgánica 16/2015, sosteniendo que la aplicación de este precepto no debería ser óbice para apreciar la competencia de los órganos jurisdiccionales españoles para conocer de este proceso. Frente a esta argumentación, tanto la sala de instancia como el TSJ señalaron que serían de aplicación los apartados 2c) o 2d) de dicho precepto, según los cuales el Estado extranjero podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción «c) Cuando el proceso tenga por objeto la contratación, la renovación del contrato o la readmisión del trabajador; [o] d) Cuando el proceso tenga por objeto el despido del trabajador o la rescisión del

contrato y una autoridad competente del Estado extranjero comunique que dicho proceso menoscaba sus intereses de seguridad.»

El TSJ añadió a este respecto algunas precisiones interpretativas relevantes, particularmente en relación con el apartado 2.d) del artículo 10. Así, según la sentencia, basta la comunicación de que el proceso menoscaba los intereses de seguridad del Estado extranjero, sin que sea necesaria prueba alguna y tampoco es preciso que se empleen exactamente las mismas palabras que utiliza la ley. En el caso de autos la Embajada demandada había manifestado a este respecto que la demandante tenía autorización para acceder a la información clasificada como confidencial y disponía de información importante sobre las actividades generales de la Representación y sus tareas y proyectos específicos.

Por último, el TSJ rechaza el argumento formulado por la demandante en el sentido de que los artículos 2 y 4.2.j) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, el Reglamento UE n° 1215/2012 del Parlamento Europeo (LCEur 2012, 2110) y del Consejo de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil y la disposición final sexta de la ley orgánica 16/2015 (RCL 2015, 1668) se opondrían a la inmunidad de jurisdicción reconocida a la Embajada de Lituania en este caso. El Tribunal afirmó que la demanda no distinguía debidamente la inmunidad de jurisdicción de la competencia judicial internacional, pues, de apreciarse la primera ya no ha lugar a cuestionarse la segunda, pues queda excluida la competencia excepto para los órganos judiciales del Estado que se beneficia de la inmunidad. A este respecto, la sentencia citaba la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la institución de la inmunidad de jurisdicción y una pertinente sentencia del Tribunal de Justicia (UE) en formación de Gran Sala, S 19-7-2012, n° C-154/2011, en la que el Tribunal de Luxemburgo confirma que la aplicación del principio de inmunidad jurisdiccional es posible sin que ello contradiga lo dispuesto en el Reglamento citado.

En atención a lo anterior, el TSJ desestimó el recurso de suplicación interpuesto y confirmó la sentencia de instancia.

Otras resoluciones de tribunales nacionales relativas a la inmunidad de jurisdicción o de ejecución

Entre las decisiones 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 Andalucía, Sevilla (Sala**

de lo Social, Sección 1ª) de 7 octubre, Recurso de Suplicación 36/2014, Ponente: Ilma. Sra. María Begoña Hernani Fernández. Esta sentencia resuelve un asunto relativo a la institución de la inmunidad de jurisdicción frente a la Fuerza Aérea de Estados Unidos en Europa (USAFE) y al Gobierno de los Estados Unidos de América, apreciada frente a una reclamación por despido colectivo.

El Tribunal Superior de Justicia señaló que el Convenio entre el Reino de España y los Estados Unidos de América sobre Cooperación para la Defensa, de 1 de diciembre de 1988 (publicado en BOE de 6-05-89), revisado por Protocolo de enmienda de 10-04-02 es un tratado internacional que, de conformidad con el artículo 96.1 de la Constitución Española, resulta de aplicación preferente a la legislación española, por lo que habrá que estar a las disposiciones del mismo para dilucidar si cabe apreciar la inmunidad de jurisdicción.

A este respecto, el Convenio en cuestión, en particular el Anejo 8, artículo 8.2, hace expresa mención de la inmunidad de jurisdicción del Gobierno de los Estados Unidos, sus organizaciones, unidades, agencias, dependencias y miembros de las Fuerzas Armadas. En consecuencia, aun cuando esta institución ha sufrido una evolución y hoy no es considerada como absoluta, no puede obviarse si resulta de aplicación, como en este caso, a los contratos objeto de la controversia laboral, habida cuenta de que se trata de cuestiones en las que el Gobierno de EEUU y sus Fuerzas Armadas, actúan *iuri imperii* (en el ejercicio de la soberanía del Estado), lo que justifica la inmunidad de jurisdicción alegada.

A la luz de las consideraciones anteriores, el TSJ apreció la inmunidad de jurisdicción frente a la Fuerza Aérea de Estados Unidos en Europa (USAFE) y al Gobierno de los Estados Unidos de América, sin entrar por tanto a valorar las demandas formuladas contra esta parte.

Destacamos asimismo la **sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 22 abril, Recurso de Casación 229/2014, Ponente: Excmo. Sr. Rafael Saraza Jimena**, en relación con la cual la recurrente sostenía que la sentencia de instancia, que había apreciado la inmunidad de jurisdicción de la República Árabe de Siria con referencia la doctrina del Tribunal Constitucional expresada en sus sentencias 107/1992 (RTC 1992, 107) y 140/1995 (RTC 1995, 140), que no diferencian entre los actos de un Estado extranjero sometidos a *imperium* y los realizados al margen de dicha potestad, había vulnerado lo dispuesto en el artículo 31 del Convenio de Viena de 18 de abril de 1961 (RCL 1966, 733) y la jurisprudencia que lo interpreta, habida cuenta de que distingue entre actos de los Estados realizados en ejecución

de soberanía –iure imperii– y los realizados en el ámbito del derecho privado –iure gestionis–, y que solo respecto de los primeros cabría amparo de la inmunidad de jurisdicción, lo que no estaría justificado en el caso de autos al estar relacionado con un contrato de compraventa, que pertenece a la categoría de actos de gestión.

El Tribunal Supremo inadmitió, sin embargo, el recurso sin pronunciarse sobre el fondo, al estimar que las infracciones relativas a la jurisdicción y competencia de los tribunales españoles no pueden denunciarse a través del recurso de casación, sino mediante el recurso extraordinario por infracción procesal.

Por último, resaltamos un Auto del Tribunal Supremo (Sala 2^o, Sección 1^a) de 11 de julio de 2016, Ponente, Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez, por el que se inadmite una querrela contra el Excmo. Sr. D. Manuel Campos Sánchez-Bordona, Abogado General del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y Magistrado de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en Servicios Especiales, al que se le imputaba un delito de prevaricación judicial, que habría cometido al dictar sentencia en el recurso de casación núm. 5270/2011 de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, de la que habría sido ponente.

A los efectos de este trabajo, lo relevante de este asunto es que, con carácter previo al análisis del fondo del asunto, el Tribunal Supremo resolvió si tenía competencia para conocer del mismo debido a la función actual del querrellado, y en concreto a su posible inmunidad de jurisdicción. De esta forma, y tras analizar lo dispuesto por el artículo 3 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, aplicable a los Abogados Generales de acuerdo con su artículo 8, los artículos 11 a 14 y el artículo 17 del Protocolo sobre los privilegios y las inmunidades de la Unión Europea, el Tribunal Supremo concluyó que el querrellado gozaba de inmunidad de jurisdicción.

El Tribunal señaló también que, de conformidad con el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Pleno de dicho Tribunal podría acordar el levantamiento de dicha inmunidad. No obstante, en este caso, y ante el carácter absolutamente injustificado y carente de toda viabilidad de la querrela, el Tribunal Supremo renunció a solicitar dicho levantamiento y afirmó su competencia para archivar la querrela controvertida habida cuenta de que los hechos no eran constitutivos de ilícito penal alguno.

Juan Jorge Piernas López
Universidad de Murcia

VIII. OTRAS SENTENCIAS

**Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
de 8 de septiembre de 2015**

Asunto C-105/14

Ponente: *Maria Berger*

Mediante la sentencia objeto de este comentario, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en formación de Gran Sala, resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Tribunale di Cuneo (Italia). El órgano jurisdiccional italiano preguntaba, en esencia, si, si una normativa nacional en materia de prescripción de las infracciones penales, como la establecida por las disposiciones nacionales controvertidas, que disponía, en el momento en que se produjeron los hechos del litigio principal, que la interrupción de la prescripción en el marco de un procedimiento penal relativo a delitos en materia de IVA tenía como consecuencia ampliar el plazo de prescripción en tan solo una cuarta parte de su duración inicial, de manera que las personas imputadas podían beneficiarse de una impunidad de hecho, supone la introducción de un supuesto de exención del IVA no contemplado en el artículo 158 de la Directiva 2006/112 (LCEur 2006, 3252). El TJUE concluyó que la normativa italiana puede afectar a los intereses financieros de la Unión al impedir en materia de fraude grave del IVA la imposición efectiva y disuasoria de sanciones debido a la existencia de un plazo global de prescripción demasiado breve.

En su decisión, el TJUE recordó que los Estados miembros deben luchar contra el fraude, como había afirmado en la famosa sentencia Åkerberg Fransson ([TJCE 2013, 56], C-617/10, EU:C:2013:105), y que el artículo 325 TFUE (RCL 2009, 2300) obliga a los Estados miembros a combatir las actividades ilegales que afecten a los intereses financieros de la Unión mediante medidas disuasorias y efectivas y, en particular, a adoptar para combatir el fraude que afecte a los intereses financieros de la Unión las mismas medidas que para combatir el fraude que afecte a sus propios intereses.

En este contexto, aun aceptando que los Estados miembros de libertad de elección de las sanciones aplicables, que pueden ser sanciones administrativas, sanciones penales o una combinación de ambas, el TJUE subrayó que las sanciones penales pueden resultar indispensables para combatir de manera efectiva y disuasoria algunos casos graves de fraude de IVA.

De las consideraciones anteriores el TJUE concluye que «los Estados miembros deben velar por que tales casos de fraude grave sean castigados me-

diante sanciones penales efectivas y disuasorias. Asimismo, las medidas adoptadas a este respecto deben ser las mismas que las adoptadas por los Estados miembros para combatir los casos de fraude con el mismo grado de gravedad que afecten a sus propios intereses financieros.»(apartado 43)

Aplicando esta doctrina al caso concreto, y en el marco de las competencias del TJUE con arreglo al artículo 267 TFUE, el Tribunal dispuso que si el juez nacional llega a la conclusión de que la aplicación de las disposiciones nacionales en materia de interrupción de la prescripción controvertidas conllevan que hechos constitutivos de fraude grave queden impunes desde el punto de vista penal, el juez nacional podría declarar que las medidas en cuestión no son ni efectivas ni disuasorias, lo que sería incompatible con el artículo 325 TFUE y con la Directiva 2006/112, en relación con el artículo 4 TUE, apartado 3.

El TJUE se pronunció también sobre las consecuencias de una eventual incompatibilidad de las disposiciones nacionales controvertidas con el Derecho de la Unión. En ese caso, en aplicación de la jurisprudencia constante desde el asunto *Simmenthal* (C-35/76, 1976) el juez nacional debería dejar si es preciso sin aplicación las disposiciones nacionales, sin que haya de solicitar o esperar su previa derogación por el legislador o mediante cualquier otro procedimiento constitucional. En efecto, añade el Tribunal, en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión, las disposiciones del artículo 325 TFUE (RCL 2009, 2300), apartados 1 y 2, producen el efecto, en sus relaciones con el Derecho interno de los Estados miembros, de hacer inaplicable de pleno derecho, por el propio hecho de su entrada en vigor, cualquier disposición contraria de la legislación nacional existente.

Por último, el TJUE descartó que la inaplicación del derecho nacional controvertido pudiera ser contraria al principio de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y las penas, recogidos en el artículo 49 de la Carta de Derechos Fundamentales, citando a este respecto la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa al artículo 7 del Convenio [en concreto las sentencias *Coëme y otros c. Bélgica* (TEDH 2000, 149), nos 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 y 33210/96, § 149, TEDH 2000-VII; *Scopola c. Italia* (nº 2), nº 1024 9/03, § 110, 17 de septiembre de 2009 (PROV 2009, 388998), y *OAD Neftyanaya Kompaniya Yukos c. Rusia*, nº 14902/04, §§ 563, 564 y 570 y jurisprudencia citada, 20 de septiembre de 2011 (PROV 2011, 238749).

A la luz de lo anterior, el TJUE concluyó que la normativa nacional sobre la prescripción de las infracciones penales controvertida, puede ser contraria a

las obligaciones que el artículo 325 TFUE, apartados 1 y 2, impone a los Estados miembros, siempre que dicha normativa nacional impida imponer sanciones efectivas y disuasorias en un número considerable de casos de fraude grave que afecten a los intereses financieros de la Unión, o establezca en el caso de fraudes que afecten a los intereses financieros del Estado miembro de que se trate plazos de prescripción más largos que en el caso de fraudes que afecten a los intereses financieros de la Unión, lo que corresponde verificar al órgano jurisdiccional nacional. Además, subraya el TJUE, incumbirá a dicho órgano garantizar la plena eficacia del artículo 325 TFUE, apartados 1 y 2, dejando si es preciso sin aplicación las disposiciones del Derecho nacional que impidan al Estado miembro de que se trata dar cumplimiento a las obligaciones que le impone dicho artículo.

Juan Jorge Piernas López
Universidad de Murcia