
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. ¿RÉQUIEM POR LA JURISDICCIÓN UNIVERSAL?: DEL FRUSTRADO PROYECTO DEL MINISTERIO DE JUSTICIA A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 20 DE DICIEMBRE DE 2018 DESESTIMANDO EL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS DIPUTADOS SOCIALISTAS CONTRA LA LO 1/2014

En los últimos meses del 2018, la cuestión de la jurisdicción universal en nuestro país ha ido transitando desde la esperanza más ilusionante hasta la frustración más decepcionante. En efecto, en un principio, el inesperado cambio de gobierno pareció alentar una recuperación de este principio. Por un lado, el recién estrenado presidente del Gobierno, Pedro Sánchez, no rehuyó pronunciarse ante la prensa sobre el particular, asegurando que «el recorte de la justicia universal (...) creó espacios para la impunidad de los crímenes de lesa humanidad y genocidio». En consecuencia, el gobierno estaba trabajando en la «derogación del recorte de la justicia universal» (https://www.eldiario.es/politica/Entrevista-Pedro-Sanchez_0_794770909.html).

Precisamente con el objeto de dar cumplimiento efectivo a esta voluntad política, totalmente coherente con los razonamientos expuestos en el recurso de inconstitucionalidad 3754-2014 promovido por diputados socialistas contra la Ley Orgánica 1/2014 de modificación de la jurisdicción universal, la ministra de Justicia, Dolores Delgado, a finales de agosto creaba con carácter urgente una comisión de expertos para dar el impulso definitivo a la anunciada contrarreforma (<https://confilegal.com/20180827-el-gobierno-crea-una-comision-para-restablecer-la-justicia-universal/>).

* La selección se ha referido exclusivamente a decisiones judiciales adoptadas desde el 1 de septiembre de 2017, al 31 de diciembre de 2018.

En efecto, la urgencia de elaborar una nueva redacción del artículo 23.4 LOPJ obedecía a la lógica de los procesos parlamentarios, ya que se quería aprovechar el trámite de enmiendas a la *Proposición de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la mejora de la justicia universal*, que presentara ya en septiembre de 2016 el Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana, y que estaba al límite de expirar.

Ahora bien, por lo que ha podido conocerse, el informe de la comisión de expertos no se limitaba a recuperar la jurisdicción universal en su versión absoluta de 2018, sino que, siguiendo las directrices del ministerio, se pretendía que este proyecto fuera más ambicioso. En este sentido, se incluyeron nuevos crímenes susceptibles de persecución universal, como el de agresión, y se ampliaba la jurisdicción extraterritorial de nuestros tribunales, ensanchando los supuestos contemplados en los principios de personalidad activa, pasiva y de protección. Es más, se barajaba la posibilidad de poder perseguir extraterritorialmente nuevos delitos de carácter ambiental y económico, y al mismo tiempo, poder atribuir responsabilidades penales a las empresas; todo lo cual necesariamente implicaba modificaciones inaplazables en el código penal.

El primer contratiempo llegó cuando el avanzado informe de la comisión de expertos hecho suyo por el Ministerio de Justicia, colisionó frontalmente con el dictamen de la Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores. Por lo que ha podido trascender (https://www.elespanol.com/espana/tribunales/20181018/demolador-exteriores-propuesta-justicia-universal-dolores-delgado/346216819_0.html), el documento de Exteriores alertaba de los posibles efectos de dicha reforma legal que «introduce elementos que pueden afectar directa y gravemente a las relaciones del Estado». Baste recordar las presiones sufridas por los distintos ejecutivos españoles de gobiernos como el de Israel y Estados Unidos en 2009, y en particular el de China en 2013, que fueron la causa directa de las reformas del artículo 23.4 LOPJ. Es más, se consideraba que la propuesta de Justicia era «susceptible de generar importantes problemas de orden práctico a nivel no sólo de relaciones internacionales, sino también –y mucho más previsible– a nivel de relaciones entre tribunales y la aplicación de las reglas de cooperación y asistencia jurídica internacional».

En definitiva, que la justicia universal no podía convertirse una vez más en una «pieza de debate y conflicto permanente en detrimento de una política exterior viable conforme al principio de realidad». El enfrentamiento entre dos modelos totalmente irreconciliables estaba servido, y finalmente la razón de Estado y los argumentos más propios de la *real-politik* acabaron por ganar

la partida al decidido compromiso de Justicia en favor de una visión y aplicación más humanizadora del derecho internacional en línea con dotar de mayor efectividad a los instrumentos necesarios para luchar contra la más aberrante impunidad. Lo que resulta más censurable del dictamen es que se haya traído a colación a las víctimas para justificar el rechazo del informe de la comisión de expertos, señalando que ese ejercicio absoluto y ampliado de jurisdicción universal puede ocasionar una serie de «problemas prácticos» que conllevarían a la «decepción de las víctimas». Ahora bien, resulta mucho más decepcionante y gravoso para las víctimas de crímenes internacionales el que se avale la impunidad bloqueando el acceso a la justicia, que el poder litigar ante los tribunales a pesar de los obstáculos que deben ir sorteándose en este tipo de procesos.

Sea como fuere el criterio del Ministerio de Borrell ha acabado por prevalecer en el gobierno. Ni la firme intención de la ministra de Justicia, ni el respaldo de la sociedad civil organizada a través de la plataforma justiciainiversalya.com han podido persuadir al grupo parlamentario socialista para que pudiera reinstaurar la justicia universal, como era su propósito original. Más bien, el devenir político y parlamentario parece tomar otra dirección que en el mejor de los casos, nos devolverá una versión edulcorada del artículo 23.4 LOPJ del 2009 (véase Esteve y De Lucas, disponible en https://www.eldiario.es/tribunaabierta/Justicia-Universal-serio-version-reforma_6_832976715.html). Contrarreforma, que, de producirse, se estima que contará con aliados parlamentarios inesperados al inicio del proceso: el grupo parlamentario Popular y Ciudadanos. En todo caso, lo cierto según se publica, es que «el gobierno renuncia a ampliar la justicia universal como piden los expertos a los que encargó la reforma» (https://www.eldiario.es/politica/Gobierno-renuncia-Justicia-Universal-expertos_0_846215621.html). En efecto, las enmiendas presentadas por los distintos grupos parlamentarios y publicadas en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 19 de noviembre de 2018 (Congreso de los Diputados, XII Legislatura, Serie B, proposiciones de ley, nº 18-4, en http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-18-4.PDF) abocan de nuevo a una jurisdicción universal sometida a nexos de conexión nacional.

Por un lado, la enmienda nº 7 presentada por Unidos-Podemos señala que en todos los casos los tribunales españoles serán competentes, si hay «víctima de nacionalidad española». En su defecto, sorprende el vínculo de conexión introducido: «las víctimas sean de cualquier otra nacionalidad, para que puedan conocer los tribunales españoles de los anteriores delitos deberá existir –o haber existido– programa o proyecto de cooperación al desarrollo

o de protección de los derechos humanos aprobado por institución pública estatal, autonómica o supramunicipal con el país donde se han ejecutado los referidos crímenes» (enmienda 7, pp. 8-9).

En todo caso, la enmienda nº 9 del grupo parlamentario Ciudadanos, la nº 10 del grupo socialista presentada por Rafael Simancas y la nº 16 del grupo Popular, contienen un párrafo común que han cortado y pegado de la versión del 2009 del art. 23.4 LOP y que recordamos, dispone que: «Sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España, para que puedan conocer los tribunales españoles de los anteriores delitos deberá quedar acreditado que sus presuntos responsables se encuentran en España o que existen víctimas de nacionalidad española, o constatarse algún vínculo de conexión relevante con España».

Mientras tanto sigue la tramitación parlamentaria de las enmiendas a la *Proposición de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la mejora de la justicia universal*, el Tribunal Constitucional se acaba de pronunciar sobre el recurso de inconstitucionalidad presentado en su día por los diputados socialistas contra la LO 1/2014 que pasamos brevemente a comentar.

Sentencia de 20 de diciembre de 2018

Pleno del Tribunal Constitucional

Recurso de inconstitucionalidad 3754/2014

Más de cuatro años y medio después de la presentación del recurso de inconstitucionalidad por parte de los diputados socialistas contra la LO 1/2014, el Pleno del TC acaba dando respuesta a esta demanda. En primer lugar, sorprende la celeridad con la que el TC despacha una serie de asuntos, mientras que en otros, como el presente que afecta a los intereses de las víctimas de los más graves crímenes internacionales, la extensa dilación de este pronunciamiento resulta censurable.

Del mismo modo con carácter previo debe manifestarse que puede estimarse atentatorio al derecho a una justicia imparcial, la participación en el fallo del que fuera Fiscal General del Estado, Cándido Conde-Pumpido. Bien debiera haber sido recusado una vez se supo de su traspaso del Tribunal Supremo al TC en marzo del 2017; bien el propio magistrado hubiera podido abstenerse en este asunto dada su implicación en sentencias decisivas en la materia sobre el mismo objeto que ahora despacha el TC.

En efecto, Conde-Pumpido fue ponente de la sentencia 296/2015 (recurso de casación nº 1682/2014 del archivo del caso Tíbet, causa originaria que motivó la urgente aprobación de la reforma de la justicia universal) de 6 de mayo de 2015 del Tribunal Supremo que vino a ratificar en todos sus postulados la fatídica reforma legal impulsada por el Gobierno del Partido Popular a través de la Ley Orgánica 1/2014. Sus contundentes y diáfanos pronunciamientos allí vertidos, ya recayeron sobre el mismo objeto sobre el cual se pronuncia ahora el TC. Ya se manifestaba en aquella sentencia que la jurisdicción universal posee un *«carácter especialmente lesivo para los intereses esenciales de la Comunidad Internacional»* y que en consecuencia *«consiste en el ejercicio de jurisdicción penal por los Tribunales de un determinado país en crímenes internacionales de especial gravedad, sobre la base de la naturaleza del delito sin tomar en consideración ni el lugar donde fue cometido, ni la nacionalidad de su autor.»* Abiertamente lamentaba Conde Pumpido en el fallo, que la Audiencia Nacional hubiera admitido a trámite casos como el de Tíbet, Falun Gong y Couso ya que no se puede *«desconocer los problemas en las relaciones internacionales de España que la interpretación expansiva de la Jurisdicción Universal estaba ocasionando»*. Siendo así, incluso abiertamente se lamentaba que la versión modificada del artículo 23.4 LOPJ del 2009, dado que *«la efectividad de esta reforma no fue suficientemente restrictiva»*. En este sentido reprochaba que no se hubiera puesto freno a *«la acción popular y interpretación extensiva, para algunos fraudulenta, del concepto de víctimas españolas»*.

Ahora bien lo más chocante, y que afecta de lleno a su participación en el Pleno de esta sentencia del TC, es que estando pendiente el recurso de inconstitucionalidad sobre la reforma de la justicia universal y ya admitido a trámite por el Tribunal Constitucional el 23 de julio de 2014, el ponente en aquel entonces de aquel fallo del TS directamente se pronunciara sobre esta cuestión, llegando a conclusiones como la siguiente: *«La reforma de 2014 no es inconstitucional, pues no vulnera el principio de igualdad, ni la interdicción de la arbitrariedad, ni el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.»* Pues bien, tres años después de avalar la constitucionalidad de la LO 1/2014, extralimitándose como ponente del Tribunal Supremo al efectuar este pronunciamiento, de nuevo participa del mismo veredicto, esta vez, como magistrado del Tribunal Constitucional. Extremos del todo punto inadmisibles, dado que Conde Pumpido ya tenía un criterio más que formado sobre la justicia universal (que curiosamente arranca desde sus tiempos como Fiscal General del Estado cuando acudía a la Embajada de los Estados Unidos en Madrid con el objeto de atender las peticiones diplomáticas para diseñar estrategias y así

lograr el archivo de este tipo de causas); todo lo cual afecta irremediabilmente a la independencia y debida imparcialidad, tal y como manifiesta el artículo 217 de la LOPJ al establecer las causas de abstención y recusación de un juez.

Una vez efectuadas estas necesarias observaciones preliminares, y retomando de nuevo el presente fallo del TC, el mismo dedica, como no pudiera ser de otra forma, las primeras páginas del mismo a dar detallada cuenta de los antecedentes del recurso. Tras describir el trámite parlamentario de la proposición de ley del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados, se pasan a enunciar los distintos motivos de inconstitucionalidad consignados en la demanda. Asimismo, se consigna la postura de la Letrada de las Cortes respecto a la tramitación urgente y el procedimiento de la lectura única para la aprobación de la LO, la cual concluye que «no puede entenderse que exista vicio alguno de inconstitucionalidad formal».

Seguidamente, como puntos finales de los antecedentes, se da extensa cuenta del posicionamiento del abogado del Estado, que se persona en el recurso en nombre del gobierno. No sorprende que las alegaciones presentadas supongan una defensa a ultranza de la reforma, asegurando que los criterios de conexión introducidos «limitan la inseguridad jurídica»; imaginamos que se referiría a la inseguridad jurídica que pudiera aquejar a los criminales querrelados y perseguidos por la justicia, y que con la reforma esa inseguridad se traslada a las víctimas. En esta misma línea el abogado del Estado se congratula que «ahora es la ley quien determina el alcance de la jurisdicción y no las decisiones judiciales». Y para ratificar el camino que el legislador debe marcar al poder judicial en la materia, reconoce que «la norma impugnada no suprime el principio de jurisdicción universal, sino que lo concreta para su recta aplicación por los tribunales españoles». Afirmación que parece calificar las actuaciones judiciales efectuadas de persecución extraterritorial de crímenes internacionales de anómalas desviaciones. Y así es, ya que en el apartado c (p.18) tras asegurar que la reforma no supone una «desprotección de las víctimas españolas», constata que hasta la reforma «la extensión de la jurisdicción española a todos los delitos cometidos en el extranjero sobre víctima española tendría efectos excesivos.» Asimismo, resultan llamativos los razonamientos del abogado del Estado en relación a la no vulneración del artículo 96 CE y la coherencia de la reforma con los tratados internacionales; consideraciones que traeremos a colación al hilo del fallo del TC sobre este motivo de inconstitucionalidad consignado en el recurso.

Una vez reseñados de forma extensa los antecedentes, la segunda parte de la sentencia del TC va desgranando los fundamentos jurídicos que irán

afianzando la desestimación del recurso de inconstitucionalidad. En primer lugar, de forma previa el veredicto delimita el objeto del recurso haciendo referencia a tres cuestiones. Tras precisar que la LO 2/2015 modificativa del art. 23.4 e. 2º en materia de terrorismo no afecta al recurso, y excluir del fallo las alegaciones relacionadas con el procedimiento parlamentario al no invocarse vulneración alguna de precepto constitucional, la sentencia de forma similar, por idéntico motivo, decide no entrar a valorar la crítica del recurso sobre el carácter regresivo de la reforma.

A continuación de forma preliminar el fundamento jurídico tercero efectúa un recorrido por el devenir de la jurisdicción universal en nuestro país, remarcando que este tribunal en dos sentencias (Guatemala y Falun Gong) determinó su alcance absoluto, habida cuenta de redacción del artículo 23.4 LOPJ en 1985. Ahora bien, se estima, trayendo a colación la sentencia 237/2005, que «lo acabado de afirmar no implica, ciertamente, que tal haya de ser el único canon de interpretación del precepto, y que su exégesis no puede venir presidida por ulteriores criterios reguladores que incluso vinieran a restringir su ámbito de aplicación». Así pues, se reconoce que este criterio absoluto no resulta inamovible, y más aún cuando las dos sentencias reseñadas se emitieron con anterioridad a la primera gran reforma de la jurisdicción universal en 2009. Siendo así, se admite que los criterios de conexión introducidos por el legislador en el 2009 vinieron a avalar la posición del Tribunal Supremo en contra de lo dictaminado por el TC en el caso Guatemala.

Por cierto, la admisión abierta de esta grave discrepancia jurisprudencial cuestiona la incierta afirmación que se consignó en el Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, en el que se aseguraba que «la reforma permite adaptar y clarificar (...) la doctrina emanada del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo.» No fue así, la reforma del 2009 no trató de conciliar las posiciones dispares de ambos tribunales, sino más bien de trasladar a la ley la tesis restrictiva del Tribunal Supremo en lo relativo al principio de subsidiariedad.

Seguidamente, en el fundamento cuarto de la sentencia, tras dedicar varias páginas a la descripción a los distintos apartados del nuevo artículo 23 surgido de la LO 1/2014, se admite sin ambigüedades que «se puede concluir sin dificultad que, tal como alegan los recurrentes, la LO 1/2014 restringe el alcance del principio de jurisdicción universal previamente regulado, porque introduce puntos de conexión diversos en relación con cada delito perseguible extraterritorialmente donde la regulación previa no siempre los enunciaba». Y

remarca el TC que esos requisitos agravados «no tienen en cuenta el principio de personalidad pasiva», lo que provoca que sea más gravoso perseguir entre otros los más graves crímenes internacionales, ya que «la nacionalidad de la víctima o el lugar de su residencia habitual no tiene relevancia en relación con la persecución de los delitos de genocidio, lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado (...)». Es más, con ese ánimo restrictivo, «se excluye la denuncia como instrumento de activación del procedimiento penal en la jurisdicción española y se excluye también la acción popular antes prevista para estos supuestos.»

En todo caso, y al margen de calificar la reforma como restrictiva, la sentencia, dice, debe manifestar si la misma resulta lesiva a los preceptos constitucionales. Y es a partir del quinto fundamento de derecho, cuando el TC comienza a posicionarse sobre la constitucionalidad de la LO 1/2014. Precisamente en este punto, se admite que el nuevo artículo 23 LOPJ no vulnera el artículo 10.2 CE, ya que esta disposición ni «es canon autónomo de constitucionalidad», ni «supone la inclusión directa ni de la Declaración Universal de Derechos Humanos que menciona, ni de los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos humanos ratificados por España en el ordenamiento jurídico español en la misma posición que ocupa la Constitución, ni como parámetro directo de la constitucionalidad de las normas internas.»

El artículo 10.2 no supondrá la «inclusión directa» de estos tratados internacionales en nuestro ordenamiento, pero que, a efectos prácticos, no puede ignorarse que esos instrumentos convencionales ya han sido ratificados por España y publicados en el BOE, y por lo tanto forman parte de nuestro sistema legal. Tratados, muchos de ellos que recogen normas imperativas o de *ius cogens*, que están no en «la misma posición» que nuestra Constitución, sino en rango jerárquico superior a la misma y a las normas internas. Posicionarse al margen de esta humanización del derecho internacional supone legislar y ejercer el poder judicial en una especie de limbo autárquico que nos deja desconectados, tanto de la Europa de los valores que tanto se predica, como de la jurisprudencia internacional en la materia; y todo ello sin dejar de recordar que, por un lado somos socios del Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional, y que entre otras tenemos ratificada y publicada en el BOE una Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados. Es por ello, que, si una norma interna contradice un tratado internacional, prevalece este último; y de la misma forma, si cuando se va a ratificar un tratado internacional, el mismo choca con una norma constitucional, quien debe adaptarse es la Constitución al tratado, y no viceversa. Y si existiera esa contradicción, debe

procederse a esa previa revisión constitucional, tal y como prevé el mismo artículo 95 CE.

Así pues, resulta clara la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno, una vez que aquel es incorporado por un Estado. El artículo 27 de la Convención de Viena especifica que «una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado». Así pues, todo tratado, convenio, convención, pacto o acuerdo internacional –cualquiera que sea su forma o denominación jurídica– celebrado y escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, debidamente ratificado o aprobado por España, constituye una norma jerárquica superior a toda disposición de la ley interna. De la misma forma según el principio *pacta sunt servanda* (art. 26 de la Convención de Viena y principio fundamental del derecho internacional tal y como indica la Resolución 2625/XXV de la Asamblea General de las Naciones Unidas), los Estados deben ejecutar de buena fe los tratados y las obligaciones internacionales que dimanen de ellos. Este principio general del derecho internacional tiene como corolario que los Estados (que responden de forma unitaria) no pueden argumentar obstáculos de derecho interno para sustraerse a sus compromisos internacionales. De esta manera, las normas relativas al ejercicio de la jurisdicción deben aplicarse respetando los compromisos legales que hayan quedado precisados en los convenios y tratados ratificados por España.

En todo caso, el TC para nada admite este planteamiento del derecho internacional ni a la luz del artículo 10.2 CE, ni del 96 CE. Asimismo, y en conexión con el art. 10.2 entiende que el art. 24.1 CE relativo a la tutela judicial efectiva no debe ser contextualizado como «un derecho de libertad directamente ejercitable a partir de la Constitución», sino que se trata más bien de «un derecho prestacional», que se hace depender de los «requisitos procesales que el legislador establezca». Y llegados a este punto, el legislador en este caso concreto «cuenta con un ámbito de libertad amplio en la definición o determinación de las condiciones y consecuencias del acceso a la justicia». Y tanto es así, que se pueden establecer límites a este derecho fundamental, siempre que esa restricción sea proporcional y adecuada a la «finalidad perseguida» y obedezca a «preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos».

Siendo así resulta ineludible la pregunta cuáles son tanto los verdaderos motivos legales de los límites introducidos por la LO 1/2014, como los otros derechos o intereses protegidos que justifican la restricción al derecho a la tutela judicial efectiva de las víctimas de genocidios y otros crímenes internacio-

nales. En palabras del Ministro de Asuntos Exteriores de la época, únicamente había un motivo, el 20% de la deuda española en manos de la República Popular China. Un gran argumento de peso que se adecúa a la finalidad perseguida y un gran interés constitucionalmente protegido, que es el de la razón de Estado, esto es, el salvaguardar los grandes intereses económicos del Estado por encima del sobrevalorado derecho humano de acceso a la justicia de víctimas de crímenes cuya comisión prohíbe el derecho imperativo.

Una vez avalada constitucionalmente la primacía razonable y proporcional de la *lex mercatoria* y de los intereses económicos sobre los derechos humanos e integrado el principio que puede y debe globalizarse el comercio pero no la justicia, el TC constata que no existe «un modelo único y universalmente válido de aplicación del principio de universalidad de la jurisdicción». Efectivamente, para asentar esta incuestionable afirmación, la sentencia acude en primer lugar, a distintas sentencias del Tribunal Internacional de Justicia para constatar de forma certera que los jueces de La Haya nunca han querido adentrarse en este terreno. Asimismo, se traen a colación, tanto los principios de Princeton para afianzar que la jurisdicción universal es una potestad, y no una obligación de los Estados, como la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la que se asegura que el derecho a la justicia puede ser limitado por los Estados que ostentan el privilegio, subjetivo y tan invocado «margen de apreciación en el desarrollo de tal regulación». En definitiva, que, «respecto de la jurisdicción universal, no existe un pronunciamiento del Tribunal de Estrasburgo que valide con carácter general uno u otro modelo de jurisdicción universal a la luz del art. 6.1 CEDH»; es más, «niega la obligatoriedad de la jurisdicción universal en los supuestos de aplicación del art. 4 CEDH».

Concluye en este apartado el TC, que: «En síntesis, no puede deducirse de los pronunciamientos de la Asamblea General de Naciones Unidas, de la Corte Internacional de Justicia o del Tribunal Europeo de Derechos Humanos la configuración de un principio absoluto y general de jurisdicción universal que sea de obligatoria aplicación por los Estados firmantes de los tratados incluidos en dichos sistemas.» Ni tampoco puede llegarse a esa misma conclusión de «la lectura que de esos tratados hace sus órganos de control».

En efecto, ni existe un modelo único de jurisdicción universal, ni una obligación general a los Estados para ejercer universalmente su jurisdicción de manera absoluta. Ahora bien, resulta innegable, por un lado, que el Tribunal Internacional de Justicia cuando ha tenido ocasión de adentrarse en la cuestión de la jurisdicción universal ha evitado el hacerlo, y que, por otro, sí hay

tratados que imponen la obligación de perseguir universalmente los crímenes internacionales. Y siempre como ejemplo paradigmático se traen a colación las Convenciones de Ginebra. No es cierto, como aseguran las alegaciones del Estado, reflejadas en el punto 6.B.d de los antecedentes, que los comentarios del Comité Internacional de la Cruz Roja del artículo 146 de la IV Convención de Ginebra niegan esa obligatoriedad. Ya advertía esa interpretación el voto particular de 4 de julio de 2014 al auto 38/2014 que emiten los magistrados Ramón Sáez Valcárcel, José Ricardo de Prada Solaesa y al que se adhirieron Ángela Murillo Bordallo y Clara Bayarri García, en el procedimiento ordinario 63/2008, Pleno Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, por el cual se vino a archivar el caso Tíbet. Apuntaban que el comentario efectuado en el auto a nota a pie de página sobre el informe del Secretario General de la ONU en lo relativo al artículo 146 del IV Convenio de Ginebra, había sido transcrito de otro auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (precisamente cuando se desestimaba el incidente de nulidad por el otro caso Tíbet archivado tras la reforma del 2009). Denunciaban que esa transcripción se había hecho «de modo descontextualizado de un pasaje del documento que tergiversa su sentido». Y proseguían argumentando en el voto particular: «Advertimos en la deliberación que el texto no decía eso e invitamos a acudir, como está obligado a hacer un tribunal, a la fuente original y no fiarse de lo que se alegaba en un escrito de parte. Hay que corregir tal error». Siendo así, recogían el texto del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) que cita el Secretario General para afianzar precisamente la conclusión contraria a la que llegaron los magistrados que han asegurado la no obligación de persecución universal de las infracciones graves a las Convenciones de Ginebra; error, que se reproduce de nuevo en esta sentencia.

Asimismo, en el razonamiento jurídico quinto *in fine* (p. 45), los magistrados del Tribunal Constitucional argumentan que de la interpretación que efectúan los órganos de control de los tratados no se desprende tampoco la existencia de una jurisdicción universal absoluta. Pues bien, el Comité contra la Tortura «considera que el ámbito de aplicación del artículo 14 no se limita a las víctimas de daños infligidos en el territorio del Estado parte o a los casos en que el autor o la víctima de los daños son nacionales del Estado parte» (Observación General sobre la Aplicación del art 14, CAT/C/GC/3, 13 de diciembre de 2012). Es más, la interpretación del CICR extendía esta interpretación de la jurisdicción universal a los crímenes de tortura y desapariciones forzadas al declarar que: «Además de los Convenios de Ginebra y del Protocolo adicional I, existen otros tratados en los que se obliga a los Estados Partes a establecer

la jurisdicción universal para determinados crímenes, incluso si se producen durante un conflicto armado. Se trata, en particular, de la Convención contra la Tortura, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (...)» (Henckaerts, Doswald-Beck: *El derecho internacional humanitario consuetudinario, Volumen I: Normas*, CICR, 2005, p. 686; comentario a la Norma 157). Por otro lado, no puede ignorarse que otros mecanismos de protección de Derechos Humanos de Naciones Unidas, incluso de forma directa han cuestionado las reformas de la jurisdicción universal en España. Ya en sus observaciones finales al 5º informe periódico de España, el Comité contra la Tortura expresó su preocupación porque la anterior reforma de la LOPJ de 2009 no obstaculizara el ejercicio de la jurisdicción sobre todos actos de tortura de acuerdo con los art. 5 y 7 de la Convención. Asimismo, el Relator Especial para la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff y el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas de Naciones Unidas tras examinar a España en 2014 criticaron la reforma.

Con todo, en el razonamiento jurídico sexto, el Tribunal Constitucional a pesar de asegurar que la LO 1/2014 no vulnera el artículo 96 CE y de negar la existencia de un control de convencionalidad en nuestro sistema legal, puntualiza una consideración en lo relativo a la aplicación de los tratados. Con anterioridad, dictamina que el art. 96 CE «no atribuye superioridad jerárquica a los tratados sobre las leyes internas», y que «la constatación de un eventual desajuste entre un convenio internacional y una norma interna con rango de ley no supone un juicio sobre la validez de la norma interna, sino sobre su mera aplicabilidad, por lo que no se plantea un problema de depuración del ordenamiento de normas inválidas, sino una cuestión de determinación de la norma aplicable en la solución de cada caso concreto, aplicación que deberá ser libremente considerada por el juez ordinario».

Así pues, el TC deja en mano de los jueces ordinarios este «análisis de convencionalidad» consistente en un «mero juicio de aplicabilidad» de normas. Así pues, resulta relevante que se concluya a estos efectos que «cualquier juez ordinario puede desplazar la aplicación de una norma interna con rango de ley para aplicar de modo preferente la disposición contenida en un tratado internacional». Todo lo cual supone no la «expulsión de la norma interna del ordenamiento», sino «su mera inaplicación al caso concreto».

Esta precisión del razonamiento jurídico sexto despliega unos efectos relevantes que de forma clara rebaten en este punto lo dictaminado por el Tribunal Supremo en las distintas sentencias por las cuales ha venido desestimando

los recursos de casación de los distintos casos de justicia universal tras el 2014. En este sentido, por ejemplo, cuando tras la reforma, inicialmente el titular del Juzgado Central de Instrucción nº 1, Santiago Pedraz en el caso Couso, mediante auto de 17 de marzo de 2014, Sumario 27/2007 se negó a archivar el caso al aplicar el artículo 146 de la IV Convención de Ginebra en lugar del nuevo artículo 23.4.a LOPJ, estaba perfectamente ajustándose a lo que ahora dictamina el TC. Sin embargo, el Tribunal Supremo en la sentencia 296/2015 mencionada relativa al archivo del caso Tíbet, ordenaba inaplicar el tratado internacional a favor de la LOPJ. Siendo así el fundamento jurídico 29 de aquel fatídico veredicto, advertía que a los jueces que se estaban resistiendo al archivo de las causas de justicia universal, al aplicar el derecho internacional que: «En consecuencia, y para que quede claro en éste y en otros procedimientos con similar fundamento, conforme a la vigente Ley Orgánica 1/2014, los Tribunales españoles carecen de jurisdicción para investigar y enjuiciar delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado cometidos en el extranjero», salvo que se cumplan los improbables requisitos exigidos en el art. 23.4.a LOPJ. No es de extrañar que poco después de este veredicto, el juez Pedraz diera por concluido el sumario del caso Couso, a pesar de su convencimiento para aplicar las Convenciones de Ginebra en lugar del art. 23.4.a LOPJ, no fuera que por continuar con la instrucción pudiera haber sido acusado de cometer un delito de prevaricación. En cambio, si a partir de ahora se sigue la consideración del TC manifestada, un juez de instrucción podrá ampararse en dicho razonamiento para preferir aplicar un tratado internacional en lugar de una norma interna. En todo caso, debe una vez más manifestarse que si bien para el TS resulta del todo improcedente aplicar un tratado en lugar de la LOPJ para casos tan graves como los relativos a la comisión de crímenes de guerra, en cambio y a pesar de la reforma, no le ha supuesto ninguna objeción el aplicar otros convenios internacionales en detrimento de los art. 23.4.d y art. 23.4.i relativos a la piratería y al tráfico ilegal de drogas para reprimir esta delincuencia en aguas internacionales. Siendo así, por ejemplo, la sentencia del TS 592/2014 de 24 de julio de 2014, de la Sala de lo Penal (recurso de casación 1205/2014) considera que la comisión de estos delitos en «espacios marinos internacionales», no precisa de los requisitos previstos en la LOPJ, esto es, de tener el delincuente esta nacionalidad, de estar en fase de ejecución o de constitución de una organización criminal, sino tan solo de que esté previsto el supuesto en un tratado internacional ratificado por España, y considera que sí existe dicha norma internacional (la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982).

A continuación, en el razonamiento jurídico séptimo, el TC desestima que la LO 1/2014 sea arbitraria y cuestione el principio de igualdad ante la ley. El recurso criticaba que la reforma generaba distintas categorías de víctimas, trato diferenciado que consideraba discriminatorio. Sin embargo, los magistrados, a pesar de reconocer que el nuevo artículo recoge quince puntos de conexión diferenciados para activar la jurisdicción española, se lavan las manos y le atribuyen toda la responsabilidad del cambio legal a los políticos que la propiciaron. No cuestionan la reforma en este punto, ya que es una «opción asumida por el legislador (...) del todo punto razonable» y «que en nada se opone al respeto de la seguridad jurídica». Así pues, se deja en el poder legislativo todo el devenir de la justicia universal con independencia, por un lado, de la motivación de la reforma, y por otro, de la incongruencia que supone este veredicto con las anteriores sentencias del TC en los casos Guatemala y Falun Gong.

Así es, este fundamento jurídico a pesar de admitir que «la justificación de la reforma es genérica», al mismo tiempo es «racional». En efecto, de los más racional resulta ser, tanto la motivación que impulsó en el parlamento el urgente cambio legislativo, como a que las víctimas de los crímenes internacionales previstos en el Estatuto de Roma tengan el status más agravado para poder buscar justicia en nuestros tribunales. Quizá lo racional se refiera a que esa reforma obedezca a grandes razones, como es la razón de Estado; así lo manifestó públicamente el ministro de Exteriores de aquel entonces, García Margallo: el 20% de la deuda pública española en manos de China fue la gran razón que precipitó el cambio legislativo.

Por otro lado, el TC despacha la manifiesta contradicción interpretativa respecto a la jurisdicción universal entre la presente sentencia y la del caso Guatemala admitiendo que, en efecto: «El alcance de la actual regulación y el de la interpretación que el Tribunal Constitucional hiciera en su día del principio de jurisdicción universal no es equivalente, pero ello no supone necesariamente que la nueva regulación sea inconstitucional por vulneración del principio de seguridad jurídica.» Esto es, a pesar de admitir el TC el cambio de criterio, el mismo queda justificado por el cambio legislativo, y, en consecuencia, puede quedar justificado que con este veredicto no se está yendo contra sus propios actos.

En definitiva, que si una víctima no puede buscar justicia en los tribunales españoles, ésta deberá buscar otras alternativas más allá de nuestras fronteras. Siendo así, «la víctima deberá bien activar la jurisdicción en países con mejor derecho, bien instar al Estado a que actúe, en defensa de su nacional, ante el

Tribunal Penal Internacional.» De lo más razonable resulta que por ejemplo, una víctima tibetana o practicante chino de Falun Gong acuda a Beijing para que la República Popular China, que no es parte del Estatuto de Roma, denuncie el caso ante un Tribunal Penal Internacional que no reconoce. La otra alternativa es búsquense el tribunal nacional de otro Estado, ya que aquí las puertas están ya cerradas a sus casos, a pesar que fueron investigados durante más de una década y que se han cerrado de forma retroactiva. Sin ningún género de duda, como admite el mismo TC «ambas posibilidades son evidentemente gravosas para una víctima, y la colocan en una situación de mayor vulnerabilidad», pero a pesar de ello no se puede deducir «la ausencia de seguridad jurídica, ni la introducción de un criterio de extensión de la jurisdicción extravagante, imprevisible o discriminatorio». Nuestras más sinceras felicitaciones a los magistrados del TC por tal ejercicio intrincado de malabarismo jurídico que avala la impunidad de grandes aliados y amigos comerciales a pesar de ser acusados de cometer los más graves crímenes internacionales. Este debe ser imperio de la ley y los valores a los que se refiere el Tratado de la Unión Europea que «tiene como finalidad promover la paz, sus valores y el bienestar de sus pueblos» (art. 3.1 TUE)» y que «se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos» (art. 2 TUE); valores que además deben proyectarse en su acción exterior (arts. 21, 32 y 42.5 TUE) en países como China, Arabia Saudí o Guinea Ecuatorial, por citar alguno.

Otro de los argumentos más controvertidos y que denunciaba el recurso de los diputados socialistas era el relativo a la supresión de la acción popular. En el fundamento de derecho octavo, estima que dicha laguna «no vulnera ni el art. 24.1 CE, ni el 125 CE, ni el 9.3 CE en relación con el art. 14 CE». Se insiste de nuevo que el legislador tiene la capacidad discrecional de precisar las limitaciones a la acción popular que considere oportunas. Aún así, a pesar de la presente supresión, el TC admite que las víctimas continúan pudiendo acceder a la jurisdicción, y que en todo caso, «a quienes no son víctimas nada impide que denuncien ante la Fiscalía». Esta última opción resulta un tanto desalentadora e incluso disuasoria, habida cuenta de la posición restrictiva de la fiscalía en relación a los casos de justicia universal; precisamente el papel del ministerio público en estos asuntos no ha sido el de denunciante o facilitador, más bien todo lo contrario salvo en honrosas excepciones, como en el asunto de Boko Haram.

Por último, el razonamiento jurídico noveno argumenta que la disposición transitoria única de la LO 1/2014 no vulnera el derecho a la tutela judicial

efectiva del art. 24.1 CE. Se trata pues de una norma procesal, y que por tanto no es una cuestión donde deba aplicarse «el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas a derechos individuales». Es más, se añade que esta disposición transitoria no solo precisa la aplicación en el tiempo de una norma procesal, sino que incluso la norma prevé que a pesar del archivo de un procedimiento, si con posterioridad se acreditan los puntos de conexión, podría «suspenderse el sobreseimiento y reiniciarse el procedimiento».

La sentencia cuenta con el voto particular concurrente del magistrado Narváez Rodríguez, en el que remarca el veredicto desestimatorio del tribunal, aunque introduce alguna discrepancia técnica. Estima que el recurso no llegó a acreditar que la jurisdicción universal estuviera contemplada en ningún tratado internacional, y en particular en los recogidos en el art. 10.2 CE, y que por tanto dicho motivo del recurso no debió haber sido atendido, o bien el tribunal debiera haber procedido a «un examen analítico de los distintos convenios internacionales». Pero en todo caso, advierte que «el derecho de acción penal se configura esencialmente como un *ius ut procedatur*, no como parte de ningún otro derecho fundamental sustantivo».

Se titulaba esta reflexión sobre la jurisdicción universal como un réquiem, esto es, un alegato por las almas de los fallecidos, de las víctimas a los que se les cierran las puertas de la justicia. El naufragio del proyecto del ministerio de Justicia y esta sentencia del Tribunal Constitucional apuntan a que en breve los distintos recursos de amparo de las causas de justicia universal sean desestimados, y acaben todos en Estrasburgo sin grandes expectativas de reparación. Ahora bien, ese réquiem al que se alude se dejaba en interrogante. *Requiem* en latín significa «descanso», y aunque en su acepción más conocida sea el acto litúrgico que de sepultura a los muertos, en este caso a las víctimas que invocan el principio y los valores que atesora la jurisdicción universal, preferimos dejar abierta la esperanza, y que esta justicia universal que ahora ha entrado en una fase de reposo en nuestro país, no quede en un «descanso eterno» y pueda de nuevo activarse. Como ha insistido de forma reiterada el Tribunal Constitucional en su sentencia de 20 de diciembre de 2018, en manos de la voluntad política del legislador queda el asunto.

José Elías Esteve Moltó
Universitat de València

II. DERECHO DEL MAR

**Sentencia de la Audiencia Nacional
(Sala de lo Penal, Sección 3^a, núm. 37/2018),
de 6 de noviembre de 2018**

Recurso de apelación 6/2017

Ponente: *Excmo. Sr. D. Félix Alfonso Guevara Marcos*

En este caso, se pide absolución de delitos contra la salud pública cometidos un grupo de individuos que introducían hachís en España, por nulidad tanto de las intervenciones telefónicas como de los abordajes, entre otras pretensiones que no prosperan. La Audiencia Nacional descarta tales nulidades y condena a los recurrentes. Por un lado, en el primer fundamento de derecho desestima la nulidad de las intervenciones telefónicas, calificando de «modélicos» los oficios habilitantes de las intervenciones y con cita de jurisprudencia del TEDH.

Por otro lado, el fundamento de derecho segundo analiza y respalda la legalidad de los abordajes realizados. Especial atención dedica el Tribunal a uno de los buques, del que, a raíz de las conversaciones telefónicas intervenidas, se sospechaba que se había cargado en aguas internacionales frente a Argelia y que navegaba hacia otro punto de alta mar frente a Libia donde iban a trasvasar el hachís a otra embarcación que lo llevaría hasta la costa. Habida cuenta de lo anterior, y de que la embarcación era mero instrumento de transporte de estupefacientes, se decidió el abordaje de la embarcación de pabellón español, en aguas internacionales, observándose en la inspección y a simple vista, la existencia de fardos apilados de tambucho de proa, camarote de estribor y baño de babor, por lo que no se podía hablar de inviolabilidad del domicilio.

De este modo, se desestima la alegación de las defensas que, afirmando que la embarcación no se encontraba en aguas internacionales sino en el mar territorial de otro Estado, consideraba que, al no habersele pedido la autorización para la inspección, se habían violado los artículos 17 de la Convención de Estupefacientes de Naciones Unidas de 20 de diciembre de 1988 y 2, 3 y 108 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982. También se rebate la afirmación de que no existiendo mandamiento judicial autorizante, ni consentimiento por el piloto y los tripulantes, no dándose tampoco flagrancia atendido el tiempo transcurrido desde el transvase de la carga, la localización de la embarcación y el abordaje, no obstante la fuerza actuante practicó lo que para las defensas constituyó un auténtico registro, no sólo de zonas comunes, sino de zonas reservadas a la

tripulación (camarotes y baño), existiendo así una vulneración del art. 18.2 CE que ampara la inviolabilidad del domicilio.

En efecto, el juzgador desecha que sean aquí de aplicación, a los efectos que intentan las defensas, los citados preceptos de las Convenciones de Viena y Montego Bay que regulan las competencias entre Estados soberanos y que no establecen derechos fundamentales o normas que a éstos afecten. Dado que nos encontramos ante una nave española en aguas intencionales, sometida en consecuencia a la jurisdicción de España y respecto de la indudablemente tiene atribuida competencia la Guardia Civil dentro de la obligación que incumbe al Estado en la cooperación para reprimir el ilícito tráfico de estupefacientes realizado por buques en alta mar (art. 108.1 y 2 de la Convención de Montego Bay), el abordaje e inspección fueron legales y no vulneraron derecho fundamental alguno.

Sentencia de la Audiencia Nacional
(Sala de lo Penal, Sección 3ª, núm. 25/2017), de 7 de noviembre de 2017
 Sumario 5/2016

Ponente: *Exma. Sra. Clara Eugenia Bayarri García*

Asunto de interés en el que se ejercita la jurisdicción española por delitos contra la salud pública en relación a nacionales de Egipto (condenados) y de Sierra Leona (absueltos por considerarse polizones). Todos ellos aparecen involucrados en la visita y el abordaje de buque sin matrícula y con pabellón de Sierra Leona sin ondear, realizados por el Servicio de Vigilancia Aduanera en aguas internacionales a 90 millas náuticas al Sur de Cartagena.

La Audiencia Nacional considera probado que, como los patrulleros de Vigilancia Aduanera en su maniobra de aproximación no detectaron la bandera del pesquero objeto de actuación, conforme al Convenio de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar procedieron a ejercer correctamente el «derecho de visita» a fin de identificar el mencionado pesquero. En este momento se supo que se trataba del pesquero «EKI», con bandera de Sierra Leona. Acto seguido se procedió a realizar la oportuna petición al país de abanderamiento, conforme al artículo 17 de la Convención de las naciones unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988, que se solicitó a través del Centro de Inteligencia Contra el Crimen Organizado, contestando las autoridades de dicho país la imposibilidad de tramitar la solicitud de abordaje por no trabajar los trabajadores del Registro de Embarcaciones en fin de

semana. En el momento de la visita, se comprobó que en la bodega había una zona cubierta con una capa de cemento que parecía aún fresco, tras la que aparecieron varios bultos de los que habitualmente se utilizan para el transporte de hachís, procediéndose entonces a detener a los cinco tripulantes del navío.

Por último, cabe reseñar la absolución de uno de los dos polizones del delito de falsedad en documento público debido a la ausencia de competencia, pues se trataba de delito cometido por extranjero (de Sierra Leona) en el extranjero. Conforme señala el tribunal: *«se trata de un documento de SIERRA LEONA, incautado en un barco con pabellón de SIERRA LEONA, a una ciudadano de SIERRA LEONA, cuando éste se encontraba en aguas internacionales con destino LIBIA»*.

**Sentencia del Tribunal Supremo
(Sala de lo Penal, Sección 1ª, núm. 607/2017),
de 7 de septiembre de 2017**

Recurso de casación 10792/2016

Ponente: *Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz*

El Supremo estima parcialmente el recurso frente a la Sentencia dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, absolviendo a los recurrentes (naturales de Serbia, Croacia y de la República de Montenegro) de un delito de integración en grupo criminal, pero manteniendo su condena por delito de tráfico de cocaína en aguas cercanas a Valencia en marzo de 2015.

Por tanto, el Tribunal entiende acreditado el delito de tráfico de estupefacientes y ratifica la legalidad de la actuación de Vigilancia Aduanera en la persecución, inspección y abordaje de la embarcación de pabellón español que sirvió a los condenados para recoger fardos de cocaína en alta mar, fardos estos que lanzaba al mar otro buque de mayores dimensiones. Una vez detectada la embarcación, sin luces y a una distancia considerable de la costa (26 millas nordeste del Puerto de Valencia), la patrullera la siguió, viendo como los tripulantes sacaban del agua varios bultos de gran tamaño, aproximándose y observando cómo tiraban los fardos previamente recogidos de nuevo al mar, tras lo cual iniciaron una persecución para proceder a su apresamiento, ya que había emprendido una veloz huida a la vez que seguía tirando objetos al mar. Una vez alcanzada y cumpliendo la normativa aplicable, la patrullera realizó las pertinentes señales acústicas y luminosas para que detuviese la marcha, haciéndolo así sus tripulantes. Detenida la embarcación, y efectuado el abordaje por los funcionarios del NUMA integrados en la embarcación auxiliar, tras

una primera inspección no se observó a bordo ningún tipo de bultos sospechosos. Inspeccionada a continuación por la patrullera de Vigilancia Aduanera la zona donde previamente se había visto a los acusados arrojar los bultos, observaron a menos de media milla flotando en el mar unos fardos similares a los empleados en el transporte de sustancias estupefacientes que se encontraban amarrados con un cabo de color blanco, como si hubieran estado atados unos a otros. Tras una inspección más detenida de la embarcación, se localizó en su zona de popa, tras una escalera, un trozo de cabo idéntico al empleado para atar los fardos recogidos en el mar, procediendo a la detención de los tres tripulantes, que fueron trasladados al Puerto de Valencia.

Sentencia del Tribunal Supremo

(Sala de lo Penal, Sección 1ª, núm. 681/2017), de 18 de octubre de 2017

Recurso de casación 10131/2017

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

En este supuesto, el Supremo desestima el recurso de casación interpuesto contra sentencia condenatoria de delito contra la salud pública en relación al tráfico de cocaína desde Sudamérica a España en el año 2004. Entre los motivos descartados, se plantea la legalidad del abordaje y apresamiento de velero en aguas del Atlántico a unas 500 millas de la Isla de Gran Canaria, realizado con autorización judicial.

Los fundamentos jurídicos 9 y 10 se detienen en esta cuestión, trayendo a colación el art. 17.1 de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (obligación de cooperar en todo lo posible para eliminar el tráfico ilícito por mar) y los artículos 108 y 110 de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar (derecho de visita en alta mar de buque que se sospeche sin nacionalidad). En el caso de esta casación, se trata de un velero respecto del que existían fundadas sospechas de su dedicación al tráfico de drogas para lo que se dispuso su visita, abordaje e inspección en los términos aprobados por el auto habilitante. En cuanto a la legalidad del abordaje en sí mismo, el Tribunal recuerda que las normas internacionales que regulan los abordajes en alta mar no se orientan a la protección de derechos fundamentales individuales cuya vulneración pudiera determinar la prohibición de valoración de las pruebas obtenidas mediante esas diligencias, de tal manera que su infracción, aun cuando pudiera dar lugar a un conflicto entre Estados, no necesariamente determinaría la nulidad de lo actuado.

Como viene siendo habitual en este tipo de procedimientos, otro motivo esgrimido por los recurrentes y desestimado por el juzgador es la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, derecho que como el fundamento jurídico segundo refiere está recogido en la Constitución Española y en otros textos internacionales (art. 12 de la DUDH, art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el art. 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales).

Por último, resulta de particular interés el argumento que pretende mayor atenuación de penas por dilaciones indebidas, al que el TS dedica el fundamento de derecho quinto. En primer lugar y sirviéndose de sentencias del TEDH de 28 de octubre de 2003 (casos González Doria Durán de Quiroga contra España y López Sole y Martín de Vargas contra España), el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas del artículo 24.2 CE se pondera a partir de tres parámetros: la complejidad de la causa, el comportamiento del interesado y la actuación de las autoridades competentes. Seguidamente, confirmada su existencia y vulneración en el caso enjuiciado, se analiza y comprueba que las consecuencias de tal dilación se hayan concretado correctamente. En este punto, se recuerda que de las distintas posibilidades de reparación ante la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, la jurisprudencia de la Sala opta de manera unánime y consolidada por la atenuación.

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 2ª, núm. 18/2018), de 3 de mayo de 2018

Sumario 15/2016

Ponente: *Excmo. Sr. D. Enrique López López*

Se trata de otro caso de delitos contra la salud pública, revelación de secretos y tenencia ilícita de armas, cometidos por dos entramados criminales que desde el 2015 introducían cocaína en España a través de diversos puertos, sirviéndose de un intermediario que contactaba con agentes de la Guardia Civil dispuestos a colaborar con ellos. La Audiencia descarta la nulidad de las intervenciones telefónicas sirviéndose de la doctrina general del TC y TS sobre el derecho constitucional al secreto de las comunicaciones, así como la normativa internacional aplicable y la jurisprudencia del TEDH. En el primer fundamento jurídico (cuestiones previas, 1.3.1), se ocupa de esta cuestión.

En efecto, en el mencionado fundamento de derecho la AN comienza resaltando que el secreto de las comunicaciones es un derecho constitucional

garantizado de forma expresa en el párrafo tercero del art. 18 CE y únicamente puede alzarse por resolución judicial, salvo lo prevenido excepcionalmente en el art. 55 CE. Prosigue afirmando que los textos internacionales (art. 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 17 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales) reconocen el derecho a no ser objeto de injerencias en la vida privada y en la correspondencia, habiendo estimado el TEDH en reiteradas ocasiones que el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas se encuentra comprendido en las nociones de vida privada y correspondencia, por lo que está amparado por las referidas normas internacionales.

Para concluir, la Audiencia advierte que la inviolabilidad del secreto de las comunicaciones privadas cede ante determinados valores que en una sociedad democrática hacen necesario en casos individualizados la injerencia en el ámbito privado de las comunicaciones (art. 8.2 del Convenio de Roma). Uno de estos valores es precisamente la investigación de los hechos delictivos, que justifica la injerencia, siempre bajo la tutela y garantía del Poder Judicial, quien de forma razonada y previa ponderación de la proporcionalidad, razonabilidad y necesidad de la medida, puede acordar la intervención de las comunicaciones telefónicas.

Elena López-Almansa Beaus
Universitat de València

III. APLICACIÓN DE TRATADOS INTERNACIONALES:

EL GIRO JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LOS EFECTOS JURÍDICOS DE LOS DICTÁMENES DE LOS COMITÉS DE NACIONES UNIDAS

Sentencia 1263/2018 de 17 julio de 2018.

Recurso 1002/201

Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta

Ponente: *Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo*

La presente sentencia del Tribunal Supremo representa un giro jurisprudencial radical respecto a los precedentes que de forma sistemática venían denegando efecto jurídico alguno a los dictámenes de los Comités de Naciones Unidas relativos a la supervisión de los distintos tratados internacionales ratificados por España en materia de derechos humanos.

Los hechos de la presente causa se originan con ocasión de los maltratos sufridos por la demandante, Ángela González Carreño, y el asesinato de su hija el 24 de abril de 2003, a manos de su exmarido y padre de la menor, a pesar de contar con las supuestas garantías de un régimen de visitas con vigilancia. Por esta razón, en primer lugar, se interpone una reclamación de responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia; pretensión que fue desestimada en todas las instancias: desde el recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, al recurso de casación ante el Tribunal Supremo hasta finalizar con la sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de abril de 2011 inadmitiendo el amparo. Cerradas todas las vías jurisdiccionales, la víctima denunció el asunto ante el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de Naciones Unidas (CEDAW), habida cuenta que España tenía ratificado el correspondiente tratado desde el 13 de diciembre de 1983 y su Protocolo Facultativo desde el 9 de agosto de 2001.

El dictamen de la CEDAW de 16 de julio de 2014, adoptado en su 58ª periodo de sesiones y publicado (CEDAW/C/58/D/47/2012), constató que habían sido violados en el presente caso los artículos 2 a), b), c), d) y f), 5 a), y 16, párrafo 1 d) de la Convención mencionada, habida cuenta de la falta de debida diligencia de la administración de justicia española y de la violencia y trato discriminatorio sufrido por la demandante.

Con posterioridad, la Sra. González Carreño en febrero de 2015 presentó una segunda reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Ministerio de Justicia, avalada por el dictamen de la CEDAW. Y una vez más, la víctima, a pesar del reconocimiento de los daños sufridos por el mencionado órgano de Naciones Unidas, tuvo que recorrer las distintas instancias que años atrás exigiendo la correspondiente reparación integral, incluida la indemnización. El asunto fue recayendo desde el Ministerio a la Audiencia Nacional, hasta acabar ante el Tribunal Supremo tras el oportuno recurso de casación, que viene a resolver la presente sentencia.

Por cierto, debe apuntarse en esta descripción de los hechos procesales que, ante el TS, tanto el fiscal, como el abogado del Estado, manifestaron en sus escritos su oposición a la admisión a trámite del recurso. Precisamente el quinto fundamento jurídico que expone las alegaciones de la Administración del Estado manifiesta de forma reiterada que, el dictamen de la CEDAW «no es una resolución judicial, ni el reconocimiento que hace de una indemnización por vulneración de un derecho reconocido en la Convención». Esto es, que dicho dictamen «no tiene el carácter vinculante (...) para hacerlo prevale-

cer sobre las sentencias ya firmes», ya que «ni la Convención ni el Protocolo establecen una regulación de la que pueda deducirse el carácter ejecutivo de los Dictámenes del Comité de la CEDAW o su capacidad para anular decisiones administrativas o jurisdiccionales, máxime cuando no tiene el Comité de la CEDAW competencia para interpretar el contenido de los derechos de la Convención ex artículo 29 y se trata de un órgano creado para examinar los progresos realizados en la aplicación de la Convención ex artículo 17». En definitiva, que los «tratados internacionales (...) no contienen un precepto que afirme que los Dictámenes del Comité de la CEDAW son vinculantes, obligatorios y ejecutivos, y el artículo 7 del Protocolo solo le atribuye la facultad de elaborar «opiniones» y «recomendaciones».

Asimismo el ministerio público «niega que, con las normas internacionales y de Derecho interno invocadas, exista un cauce procedimental específico y autónomo para instar el cumplimiento de los Dictámenes del Comité de la CEDAW y, más aún, niega que los textos internacionales invocados permitan afirmar que la posible existencia de un incumplimiento de obligaciones internacionales, incluso con reconocimiento de responsabilidad hacia un ciudadano, conlleve automáticamente la existencia de un derecho subjetivo del ciudadano que le permita exigir con efecto ejecutivo inmediato su reconocimiento individualizado.» Y al igual que precisara el Abogado del Estado, manifiesta que cuestión distinta es la que sucede con las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, las cuales poseen efectos vinculantes desde la reforma de la LOPJ que introdujo el artículo 5 bis, vigente desde el 1 de octubre de 2015, y que contempla la posibilidad de interponer recurso de revisión ante el TS; reforma legal que recordaban, ya se materializó con ocasión del «acuerdo no jurisdiccional de la Sala Segunda de 21 de octubre de 2014 sobre la viabilidad del recurso de revisión penal como cauce para su efectividad».

Pese a ello, mediante auto de 5 de junio de 2017, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS acordó, entre otras medidas, por un lado, admitir el recurso, y por otro, dejar anotadas las cuestiones de «interés casacional» a resolver:

«1.Cuál debe ser el cauce adecuado para solicitar del Estado español el cumplimiento de los dictámenes del Comité de la CEDAW (Convención sobre la Eliminación de Toda Forma de Discriminación Contra la Mujer), emitidos en los términos y por el procedimiento previsto en el Protocolo Facultativo de la Convención –ratificado por España–, cuando se contienen en tales dictámenes recomendaciones dirigidas a nuestras autoridades a fin de que reparen los daños derivados del incumplimiento constatado de los derechos previstos en la Convención.»

2. *O sí, como sostiene la sentencia de instancia, la inexistencia de un procedimiento en el ordenamiento español que posibilite dotar de eficacia ejecutiva a aquellas recomendaciones y la ausencia de mecanismos necesarios para la tutela eficaz de los derechos reconocidos en la Convención no permiten exigir autónomamente el cumplimiento de aquellos dictámenes, más allá de la posible revisión –por los cauces correspondientes– de la decisión del Estado español de denegar la reparación solicitada.»*

Una vez relatado el iter procesal, junto con las posiciones de la Administración del Estado y de la fiscalía, el TS admite de forma parcial el recurso otorgando una indemnización de 600.000 euros y condenando a la administración demandada al pago de las costas por un total de 10.000 euros. Y precisamente llega a este veredicto tras pronunciarse en el razonamiento jurídico séptimo sobre las cuestiones jurídicas planteadas con interés casacional.

En primer lugar, sorprende que el TS acaba admitiendo que:

«que, aunque ni La Convención ni El Protocolo regulan el carácter ejecutivo de los Dictámenes del Comité de la CEDAW, no puede dudarse que tendrán carácter vinculante/obligatorio para el Estado parte que reconoció La Convención y El Protocolo pues el artículo 24 de La Convención dispone que «los Estados partes se comprometen a adoptar todas las medidas necesarias en el ámbito nacional para conseguir la plena realización de los derechos reconocidos en la presente Convención». Para reforzar este argumento la sentencia reproduce el artículo 7.4 del Protocolo Facultativo ratificado por España, en el que se obliga a responder por escrito al Comité de las medidas adoptadas, tras haber emitido el mismo sus recomendaciones.»

A continuación, el TS refuerza el argumento de la obligatoriedad del dictamen acudiendo a los preceptos constitucionales. Siendo así, considera que el dictamen proviene de un órgano de un tratado, que forma parte de la ley española habida cuenta de lo dispuesto en el artículo 96 CE; es más, estas normas relativas a derechos fundamentales deben interpretarse de acuerdo a este tipo de tratados, tal y como exige el artículo 10.2 CE. A mayor abundamiento, «el artículo 9.3 de la Constitución Española viene a afirmar que la Constitución garantiza, entre otros, el principio de legalidad y la jerarquía normativa, de manera que las obligaciones internacionales relativas a la ejecución de las decisiones de los órganos internacionales de control cuya competencia ha aceptado España forman parte de nuestro ordenamiento interno.» Consecuentemente, una vez acreditadas las vulneraciones de derechos humanos por el Comité respectivo de la ONU, «no hay obstáculo (...) para que esa lesión (...) pueda y deba ser un elemento determinante para acreditar la posible vulneración de los correspondientes derechos fundamentales del recurrente».

Una vez efectuadas estas manifestaciones, los jueces de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso constatan que a la Sra. González Carreño, al ser víctima de violencia contra la mujer comporta una anulación de derechos humanos que supone una conducta discriminatoria, que prohíbe tanto el artículo 1 de la Convención mencionada, como el artículo 14 CE. Violación, que se extiende al derecho de la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE, puesto que en los distintos procesos judiciales «no se dio amparo efectivo al derecho de la recurrente a no ser discriminada»; todo lo cual también afectó a su dignidad humana y derecho a la integridad moral del artículo 15 CE.

Este fundamento de derecho concluye en su sección cuarta en un alegato a favor de la efectividad de los derechos contemplados por la normativa internacional, que requiere de un procedimiento propio para la ejecución de este tipo de dictámenes:

«El Derecho Internacional y las obligaciones internacionales contraídas por España son Derecho que el Estado, como Estado democrático de Derecho, debe respetar y aplicar efectivamente de manera que los derechos y libertades que la Constitución y los tratados internacionales celebrados por España proclaman, sean reales y concretos.

Por ello, ante la inexistencia de un procedimiento específico de ejecución de los dictámenes del Comité de la CEDAW, que es en sí mismo un incumplimiento de un mandato legal y constitucional por parte España, el que la recurrente pueda disponer de un cauce adecuado y eficaz para hacer valer el reconocimiento de la vulneración de sus derechos fundamentales ante los órganos judiciales españoles atañe directamente al respeto y observancia por los poderes públicos españoles de los derechos fundamentales de la recurrente.»

Así pues, la conclusión de la sentencia, a pesar de admitir, a diferencia con las sentencias del TEDH, que no existe procedimiento establecido en el derecho interno para otorgar efectos jurídicos a un dictamen de la CEDAW, esta misma resolución de Naciones Unidas puede servir como «presupuesto habilitante para formular una reclamación», al ser el «último cauce para obtener la reparación».

En definitiva, esta sentencia admite el carácter vinculante del Dictamen de la CEDAW; en consecuencia lógica, debería deducirse del fallo, que si Dictámenes de otros Comités de Naciones Unidas constatan la vulneración de derechos humanos por parte de España ese carácter obligatorio no puede ser cuestionado. Como se ha manifestado, este pronunciamiento judicial supone un giro jurisprudencial radical pero que en todo caso deberá consolidarse en sentencias posteriores. Así, por ejemplo, ¿el Tribunal Supremo llegaría a estas mismas conclusiones e interpretaría los tratados internacionales de la misma

forma, si el Comité contra la Tortura o las Desapariciones Forzadas amparara a una víctima española? ¿haría efectivo el Dictamen de uno de estos órganos de la ONU que constatará la vulneración de derechos, entre ellos el del acceso a la justicia a una víctima torturada por Billy el Niño?

Por otro lado, el TS admite la obligatoriedad de las resoluciones de este Comité cuando ha dictado la resolución como consecuencia de un procedimiento cuasi-judicial que se incoa por la denuncia de un particular, pero que también puede ser iniciado por la denuncia de otro Estado parte. Pero, y si esos veredictos del Comité adoptan la forma de recomendaciones que derivan del procedimiento regular de supervisión a los Estados, pero allí se constata una vulneración de un derecho humano. ¿esas recomendaciones que se consideran como el criterio interpretativo auténtico del tratado, el cual ha sido ratificado por España y forma parte del ordenamiento interno, desplegaría efectos jurídicos? Y en caso afirmativo y siguiendo este razonamiento, si otros tratados internacionales, como las Convenciones de Ginebra de 1949 han sido ratificadas por España, y su órgano de interpretación último que es en este caso el Comité Internacional de la Cruz Roja en sus comentarios precisa las obligaciones del tratado para los Estados, ¿esos comentarios de este órgano último de interpretación serían también vinculantes? Intuimos que la respuesta del TS sería otra; baste recordar el comentario de la CICR sobre el artículo 147 de la IV Convención en la que precisa la obligatoriedad por parte de los tribunales nacionales de perseguir las infracciones graves a las Convenciones a través de la jurisdicción universal, para quedar convencidos que el fallo sería muy distinto al de esta sentencia.

Y efectuamos estas consideraciones respecto a las resoluciones emitidas por los Comités de Naciones Unidas, pero ¿y si esos informes, observaciones, resoluciones provienen de los órganos extra-convencionales de las Naciones Unidas, como pudiera ser las de un Relator Especial sobre el derecho a la verdad, o las recomendaciones surgidas de una sesión del Examen Periódico Universal? De nuevo, la respuesta se antoja como negativa; aunque esos órganos de Naciones Unidas, constaten la vulneración de derechos humanos previstos en los tratados, al gestarse su mandato al margen de esas convenciones, entenderían los jueces que decae su efecto vinculante.

Sea como fuere, una cuestión resulta impostergable: la de la reforma de la LOPJ para poder incluir un procedimiento interno que pueda habilitar el despliegue de los efectos jurídicos, al menos de las resoluciones de los mecanismos convencionales de supervisión de los tratados de derechos humanos de Naciones Unidas. De lo contrario, por un lado, se aboca a la víctima a

perdersen de nuevo en un laberinto de instancias administrativas y judiciales que pueden llegar a ser infructuosas, a pesar de haber obtenido un Dictamen favorable. Todo lo cual supone una censurable e inadmisibles revictimización. Y, por otro lado, el dejar en el limbo jurídico a una de estas resoluciones de estos órganos de la ONU, supone una directa violación del derecho internacional, en concreto de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados, que exige cumplir de buena fe con las obligaciones internacionales. Normas internacionales que están en rango superior jerárquico a las nacionales y que sirven de criterio interpretativo en materia de derechos fundamentales según ordena el artículo 10.2 CE. En conclusión, debe celebrarse esta sentencia del Tribunal Supremo, pero dicha celebración no será plena hasta que se produzca la reforma legislativa mencionada y que esta jurisprudencia se consolide con otros fallos judiciales dando efectos a otras resoluciones provenientes de otros Comités de la ONU. Entonces, se podrá valorar si esta sentencia ha sido un espejismo o un importante punto de inflexión, como apunta también con precisas reservas el profesor Gutiérrez Espada (GUTIÉRREZ ESPADA, C., «La aplicación en España de los dictámenes de Comités internacionales: la STS 1263/2018, un importante punto de inflexión», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 10, nº 2, octubre 2018, pp. 836-851).

José Elías Esteve Moltó
Universitat de València

IV. DERECHO A LA REVISIÓN DEL FALLO CONDENATORIO Y LA PENA
IMPUESTA: A VUELTAS CON LA ADECUACIÓN DE LOS CONTRATOS
TEMPORALES DE LA ADMINISTRACIÓN A LA NORMATIVA EUROPEA

Sentencia 260/2018, de 28 de junio de 2018.

**Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid, en conexión con la
Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea,
de 5 de junio de 2018, asunto C-677/16**

La sentencia del TJUE de 5 de junio de 2018 ha venido a responder a una cuestión prejudicial que va a obligar a revisiones jurisprudenciales de distintos tribunales internos. En este caso ya se ha pronunciado el Juzgado Social nº 33 de Madrid, que es quien planteó la cuestión prejudicial, pero el fallo europeo acabará forzando el pronunciamiento en última instancia del Tribunal Supremo.

El caso se origina cuando la Sra. Montero Mateos formuló demanda ante la jurisdicción social recayendo la misma en el Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid. Se alegaba que, la actora había sido objeto de despido por la demandada Agencia Madrileña con la que había suscrito contrato de interinidad en marzo de 2007, renovado en 2008. Un año después, la demandada convocó un proceso para la consolidación de empleo, y tras la realización de las oportunas pruebas de acceso se procedió a la adjudicación de plazas a los aspirantes aprobados; siendo una de las plazas asignadas la de la demandante sra Montero. Años después y una vez adjudicada la plaza, en septiembre de 2016 se le comunica a la demandante la finalización del contrato de interinidad por la adjudicación y ocupación de la plaza que ocupaba en virtud del concurso. Esta comunicación fue considerada por la sra. Montero Mateos como despido y formuló la correspondiente demanda. Tras la celebración de la vista del juicio oral, por el Juzgado de lo Social y estando las partes de acuerdo con los hechos declarados probados, se estimó la demanda. Teniendo conocimiento de la sentencia del TJUE dictada en el caso similar concerniente a doña Ana de Diego Porras, se consideró que debía elevarse al tribunal de Luxemburgo, cuestión prejudicial ya que «no obstante, (...) dicha sentencia sigue sin solventar la duda de si el hecho de que las partes conozcan necesariamente, al suscribir el contrato temporal, su duración limitada constituye una razón suficiente que justifique dar, en lo que atañe a las indemnizaciones por extinción de la relación laboral, un trato diferente al que se otorga a los trabajadores fijos que ven extinguido su contrato debido a la concurrencia de una de las causas previstas en el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores.»

El TJUE dio contestación a la cuestión planteada señalando que no existe oposición entre lo dispuesto en la cláusula 4 apartado 1 de la Directiva 1999/70 y la norma nacional que, para los interinos, al término de su contrato, no fija indemnización alguna. Para llegar a esta conclusión, diferente a la emitida en el caso Diego Porras de 2016, el TJUE hace un analítico repaso del derecho español, tanto en lo relativo a la regulación del contrato de interinidad, como de los contratos temporales comunes y la extinción de la relación laboral por causas objetivas que suponen, estos últimos, el conceder una indemnización de veinte días de salario por año de servicio con el tope de una anualidad. Tras este examen considera que «es preciso comprobar si existe una razón objetiva que justifique que la finalización de un contrato de interinidad no dé lugar al abono de indemnización alguna al trabajador temporal de que se trata, mientras que un trabajador fijo tiene derecho a una indemnización cuando se le despide por una de las causas previstas en el artículo 52 del Estatuto de los

Trabajadores». Precisamente en esta revisión se llega a la conclusión de la existencia de dicha razón y encuentra la misma, en la imprevisibilidad de la causa extintiva, la cual impide el calificar las situaciones como iguales y da lugar a la inexistencia de la indemnización a los interinos. Todo ello sin perjuicio por el cual la demandante «no podía conocer, en el momento en que se celebró su contrato de interinidad, la fecha exacta en que se proveería con carácter definitivo el puesto que ocupaba en virtud de dicho contrato, ni saber que dicho contrato tendría una duración inusualmente larga. No es menos cierto que dicho contrato finalizó debido a la desaparición de la causa que había justificado su celebración. Dicho esto, incumbe al juzgado remitente examinar si, habida cuenta de la imprevisibilidad de la finalización del contrato y de su duración, inusualmente larga, ha lugar a recalificarlo como contrato fijo.»

Sin embargo, el TJUE, suponemos que con el fin de paliar los efectos de esta nueva declaración absolutamente contraria a la de su anterior sentencia de 2016, añade un apartado 64, que textualmente viene a decir que: «64. En el caso de autos, la Sra. Montero Mateos no podía conocer, en el momento en que se celebró su contrato de interinidad, la fecha exacta en que se proveería con carácter definitivo el puesto que ocupaba en virtud de dicho contrato, ni saber que dicho contrato tendría una duración inusualmente larga. No es menos cierto que dicho contrato finalizó debido a la desaparición de la causa que había justificado su celebración. Dicho esto, incumbe al juzgado remitente examinar si, habida cuenta de la imprevisibilidad de la finalización del contrato y de su duración, inusualmente larga, ha lugar a recalificarlo como contrato fijo.» Ante estas consideraciones el Juzgado de Madrid estima que «de ambas STJUE se concluye que la terminación de contratos temporales por vencimiento del término o advenimiento de la causa que dio lugar a su suscripción, no determina que a los trabajadores así contratados se les deba reconocer un mismo trata indemnizatorio que a los trabajadores fijos o temporales cuyos contratos se ven extinguidos por concurrencia de una causa objetiva. En consecuencia, que pudiera corresponder a su finalización algún tipo de indemnización y cual habría de resultar su cuantía, es cuestión que deberá resolverse conforme al ordenamiento nacional español que en tal sentido es homologable con la normativa europea».

Sentado pues, que un contrato de interinaje adaptado a la legislación nacional a su finalización no devenga indemnización alguna, habida cuenta de lo dictaminado en el apartado 64 de la sentencia del TJUE, se plantea el problema del presente caso consistente en dilucidar las consecuencias derivadas de un alargamiento del contrato *contra legem*. El tribunal, tras el oportuno

examen del contrato en cuestión de la demandante, llega a la conclusión que ha tenido lugar un alargamiento indebido. Y siendo así, dispone que el contratado ha adquirido la consideración de trabajador indefinido, pues lo contrario supondría la infracción de la cláusula 5 de la Directiva 1999/70.

Ya en este contexto, es decir, en el caso de un alargamiento del contrato injustificado, pasa a considerar y determinar qué ocurre si el empleador extingue el contrato del trabajador. En este camino señala el juzgado que la decisión extintiva empresarial puede tener como sustrato y fundamento de tal decisión dos situaciones: Bien, que la plaza que ocupaba haya sido amortizada, y en este supuesto el cese debe de acomodarse y asimilarse a un despido objetivo. O bien, que la plaza haya sido reglamentariamente ocupada, y en este supuesto el juzgador estime que la indemnización debe ser de veinte días por año con el límite de doce mensualidades, y ello por tanto en cuanto la situación pudiera ser asimilable a un despido por causas objetivas. Sobre la base de estas premisas, se dicta sentencia declarando al actor como trabajador indefinido no fijo, y condenando a la demandada al abono a una indemnización de veinte días de salario por año de servicio con el tope de una anualidad, es decir, la misma que la correspondiente a un despido objetivo.

Pudiera considerarse que estas conclusiones adolecen de ciertos defectos que casi con toda seguridad se abordarán en posteriores sentencias. Siendo así, cabe preguntarse si realmente es posible una indemnización automática de veinte días por año, si el trabajador por irregularidades en el desarrollo del contrato de interinaje, cual puede ser un alargamiento excesivo no justificado, adquiere la condición de indefinido no fijo, y es cesado. Ello implica la admisión de la causa del cese como fundada y procedente siendo asimilable a un despido objetivo. Más si ello es así, es decir asimilable a un despido objetivo, debería ser obligatorio y necesario el seguir los trámites procedimentales previstos en los artículos 52 y 53 del Estatuto de los Trabajadores. Y entre estos requisitos se encuentra, por ejemplo, la comunicación del cese a la representación legal de los trabajadores que, de no de efectuarse, puede conducir a la nulidad del despido; todo lo cual imposibilitaría la obtención de la indemnización.

Así pues, el TJUE, y siguiendo al mismo el Juzgado de lo Social, zanja la cuestión relativa a si los contratos de interinidad a su finalización deben ser indemnizados o no, pero deja la puerta abierta, como no podía ser de otra forma, a que el juzgador de instancia, examine el contrato y determine si se ha incurrido o no en fraude de ley, en cuyo caso su extinción, sí acarrea la indemnización. Probablemente esta última advertencia del Tribunal podría haberse

omitido, al resultar superflua, puesto que todo contrato temporal realizado en fraude de ley, es decir, que no responda a su propia naturaleza, debe dar lugar por su rescisión a la pertinente indemnización.

Pero el tema no queda pacificado con estas actuaciones procesales toda vez que queda pendiente el tan renombrado asunto de Diego Porras sobre el cual queda pendiente que el TS resuelva su recurso de casación. Recordemos que en este caso se dictó la sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2016, asunto C-596/14, que vino a dictaminar que la normativa nacional se oponía a la europea, en concreto al Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada que figura en la Directiva 1999/70/CE, al excluir la indemnización a los trabajadores interinos por la finalización de su contrato. El asunto se inició con la demanda ante la jurisdicción social por Ana de Diego Porras la cual fue cesada por el Ministerio de Defensa al extinguir la relación laboral que tenía con el mismo establecida a través de un contrato de sustitución (interinaje) que según la legislación española no lleva aparejada indemnización alguna a su finalización. El Juzgado de lo Social desestimó la demanda. Recurrída la sentencia de instancia en suplicación por la trabajadora, el TSJ de Madrid elevó cuestión prejudicial al TJUE requiriendo se pronunciase sobre si la finalización de un contrato de interinaje conllevaba o no indemnización toda vez que los trabajadores contratados temporalmente si tenían derecho a la misma, ya que la ausencia indemnizatoria podía ser contraria a la Directiva 1999/70/CE.

El TJUE declaró que existía contradicción de la legislación española, en este punto, con la mencionada Directiva. Recibida esta contestación por el TSJ de Madrid se otorgó a la demandante una indemnización de veinte días de salario por año de servicio, como si se tratase de un despido objetivo. Recurrída en casación la sentencia, el Tribunal Supremo dictó auto elevando nuevamente al nombrado tribunal europeo nueva cuestión prejudicial, a fin de concretar «la interpretación de las cláusulas 4 y 5 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada (DO 1999, L 175, p. 43)». En tanto se encontraba en trámite la consulta el TJUE dictó la sentencia examinada de 5 de junio de 2018, Montero Mateos (C-677/16), declarando, en esencia, «que la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional» que no prevea la concesión de indemnización a la finalización de un contrato de interinaje. Respecto de la

primera cuestión planteada mantuvo lo declarado en la sentencia que se acaba de citar, ratificando que no procedía indemnización, «mientras que se concede indemnización a los trabajadores fijos con motivo de la extinción de su contrato de trabajo por una causa objetiva». Estableciendo como fundamento de dicha extinción «la reincorporación de la trabajadora sustituida, que se produjo en un contexto sensiblemente diferente, desde los puntos de vista fáctico y jurídico, de aquel en el que el contrato de trabajo de un trabajador fijo se extingue debido a la concurrencia de una de las causas previstas en el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores. Pero añade que sí podría darse esta contradicción legislativa, si la norma española no prevé sanción alguna para los contratos abusivos de interinidad. Respecto a la segunda cuestión prejudicial elevada por el TS, relativa a si el abono obligatorio de una indemnización «a los trabajadores con ciertos contratos de trabajo de duración determinada al vencimiento del plazo para que dichos contratos se celebraron, constituye una medida destinada a prevenir y, en su caso, sancionar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o de relaciones laborales de duración determinada», se contesta que «corresponde a los tribunales nacionales (el determinar) si el establecimiento de tal indemnización constituye (o se) destina a prevenir los abusos de contratación.» Por último da respuesta a la tercera cuestión concerniente «a si el derecho interno se opone a la Directiva cuando establece una indemnización para contratos temporales de duración determinada pertenecientes a cierta categoría y no la establece para contratos temporales adscritos a otras categorías», señalando que si un tribunal nacional otorga una indemnización por la finalización de un contrato de duración determinada como medio para prevenir y sancionar la utilización sucesivas de estos contratos, y no la fija respecto de otros de categoría diferente, no hay oposición a la Directiva salvo que no exista ninguna «otra medida eficaz para sancionar abusos respecto de estos últimos trabajadores, todo lo cual corresponde examinar al tribunal nacional».

Llegados a este punto, nos encontramos pues a la espera de que el TS, tras la respuesta a esta cuestión prejudicial, dicte sentencia en la que tendrá que dilucidar si ha existido algún tipo de abuso en el contrato de Diego Porrás. Y en caso, de así creerlo, fijar una indemnización. Esta próxima sentencia esperemos aclare varios de los interrogantes que quedan aún abiertos. Uno de ellos es el relativo a la fijación de la indemnización en la habrá que declarar la abusividad del contrato, bien *ab initio* del mismo, o bien durante su vigencia, lo cual supondrá otorgar a la relación laboral la naturaleza de indefinida. Siendo así, obligatoriamente se le tendrá que aplicar la legislación correspondiente a

esta categoría y por tanto la rescisión de su relación laboral tendrá que acomodarse al procedimiento previsto en los artículos 52 y 53 del Estatuto de los Trabajadores, sin que sea posible como establece la sentencia del Juzgado de Madrid, y otras que la han seguido, la aplicación automática de la indemnización de veinte días años por asimilación a un despido objetivo. Ahora bien, la asimilación de la causa del cese a una de tipo objetivo, no impide que la misma sea objeto de examen por parte de la jurisdicción social, cuya sentencia en función del examen realizado, no será siempre de despido procedente que supone la indemnización de veinte días, sino que también puede declararse improcedente con la consiguiente indemnización de treinta y tres días. Y más aún, pudiera ser declarado nulo si por ejemplo, no se ha comunicado el despido a la representación legal de los trabajadores. En definitiva, que, si para llegar a la conclusión del pago de una indemnización es necesario la previa declaración de fijeza en el contrato, la indemnización en modo alguno tendrá automaticidad de veinte días año, sino que corresponderá la que proceda en virtud del examen jurisdiccional de la irregularidad del contrato y de su desarrollo. Recordemos, que cuando se produjo la reforma laboral y se modificó el despido objetivo con el supuesto propósito de otorgar seguridad a las empresas al llevarlo a cabo, estableciendo como causa, pérdidas económicas durante tres meses, nunca los tribunales aceptaron dicha automaticidad. Más bien, establecieron límites a la misma, bien por exigir razonabilidad en la decisión, por seguir cauces procedimentales inadecuados, bien por no poner a disposición del trabajador la indemnización en el momento del despido. Así pues, continúan pendientes un cúmulo de cuestiones sin resolver que apuntan a la relevancia de una próxima sentencia del TS en la materia, que generará importantes efectos revisorios de otros fallos.

José Elías Esteve Moltó
Universitat de València

V. APLICACIÓN DEL 10.2 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, secc. 4^a, núm. 1223/2018), de 16 de julio de 2018

Recurso de casación núm. 481/2016

Ponente: *Ilmo. Sr. D. Rafael Toledano Cantero*

Sentencia del Tribunal Supremo

**(Sala de lo Contencioso-Administrativo, secc. 4ª, núm. 1224/2018),
de 16 de julio de 2018**

Recurso de casación núm. 482/2016

Ponente: *Ilmo. Sr. D. Rafael Toledano Cantero*

Sentencia del Tribunal Supremo

**(Sala de lo Contencioso-Administrativo, secc. 4ª, núm. 1339/2018),
de 19 de julio de 2018**

Recurso de casación núm. 709/2016

Ponente: *Ilmo. Sr. D. Rafael Toledano Cantero*

Sentencia del Tribunal Supremo

**(Sala de lo Contencioso-Administrativo, secc. 4ª, núm. 1340/2018),
de 19 de julio de 2018**

Recurso de casación núm. 1297/2016

Ponente: *Ilmo. Sr. D. Rafael Toledano Cantero*

Sentencia del Tribunal Supremo

**(Sala de lo Contencioso-Administrativo, secc. 4ª, núm. 1440/2018),
de 1 de octubre de 2018**

Recurso de casación núm. 1618/2016

Ponente: *Ilmo. Sr. D. Rafael Toledano Cantero*

Sentencia del Tribunal Supremo

**(Sala de lo Contencioso-Administrativo, secc. 4ª, núm. 1441/2018),
de 1 de octubre de 2018**

Recurso de casación núm. 2396/2016

Ponente: *Ilmo. Sr. D. Rafael Toledano Cantero*

Sentencia del Tribunal Supremo

**(Sala de lo Contencioso-Administrativo, secc. 4ª, núm. 1471/2018),
de 5 de octubre de 2018**

Recurso de casación núm. 505/2016

Ponente: *Ilmo. Sr. D. Rafael Toledano Cantero*

Sentencia del Tribunal Supremo

**(Sala de lo Contencioso-Administrativo, secc. 4ª, núm. 1473/2018),
de 5 de octubre de 2018**

Recurso de casación núm. 696/2016

Ponente: *Ilmo. Sr. D. Rafael Toledano Cantero*

**Sentencia del Tribunal Supremo
(Sala de lo Contencioso-Administrativo, secc. 4ª, núm. 1474/2018),
de 5 de octubre de 2018**

Recurso de casación núm. 1013/2016

Ponente: *Ilmo. Sr. D. Rafael Toledano Cantero*

**Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno, núm. 31/2018),
de 10 de abril de 2018**

Recurso de inconstitucionalidad 1406/2014

Ponente: *Ilmo. Sr. D. Alfredo Montoya Melgar*

**Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno, núm. 53/2018),
de 24 de mayo de 2018**

Recurso de inconstitucionalidad 1433/2014

Ponente: *Ilmo. Sr. D. Santiago Martínez-Vares García*

En el lapso de tiempo objeto de nuestro análisis, el *Tribunal Supremo* ha vuelto a prestar especial atención a los tratados internacionales a la hora de interpretar la discriminación por razón de sexo y su compatibilidad con la educación separada por sexos. Ha sido al conocer de numerosos recursos de casación relacionados con la concesión de conciertos educativos a centros privados de educación diferenciada en Andalucía, en los se ha interpretado el contenido de este derecho a la luz de la normativa internacional. En particular, se ha vuelto a atender la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 18-12-1979 (art. 10.c) y a la Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza aprobada por la Conferencia General de la UNESCO el 14-12-1960 (art. 2).

Se ha consolidado la línea jurisprudencial comentada en la edición pasada, con el importante *respaldo del TC*. De hecho, a pesar de los persistentes intentos de la Junta de Andalucía de reiterar en casación la solicitud de planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad, su pretensión ha sido desestimada por la Sala del Supremo en todos los casos. Es más, en los pronunciamientos judiciales de este período no se encuentran votos particulares, puesto que las cuestiones de inconstitucionalidad que motivaban tales votos ya han sido inadmitidas por el Constitucional. Se confirma pues que, *con la LOE 2/2006 y la reforma efectuada por la LOMCE, el legislador ha seguido y reafirmado el criterio de compatibilidad de los sistemas de educación diferenciada por sexo con el principio de igualdad interpretado conforme a los textos internacionales que, por*

mandato del art. 10.2 de la CE, han de informar la interpretación de las normas constitucionales sobre los derechos y libertades en ellas reconocidas.

Para llegar a tales conclusiones, el Supremo **analiza en primer lugar el art. 84.3 de la LOE**, si bien ahora se centra especialmente en su redacción anterior a la LOMCE. Acto seguido, se examina la **conformidad de este precepto con el principio de igualdad consagrado en el art. 14 de la CE** e interpretado de conformidad con los tratados mencionados. En este punto, el fundamento de derecho séptimo de todos los pronunciamientos trae a colación *jurisprudencia del TC* que contempla la cobertura constitucional del sistema de educación diferenciada por sexos. En concreto, cita las sentencias del Constitucional en los recursos de inconstitucionalidad 31/2018, 49/2018 y 53/2018, así como la sentencia del TC de 5 de julio de 2018 en el recurso de amparo 201/2013.

La primera de estas sentencias del máximo intérprete de la Constitución Española (31/2018) servirá de fundamento a las restantes, al desestimar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por diputados socialistas contra la LOMCE, con votos particulares de la magistrada Roca Trías y de los que la consideran inconstitucional (la magistrada Balaguer Callejón y los magistrados Xiol Ríos, Valdés Dal-Ré y Conde-Pumpido Tourón). Es en el fundamento de derecho 4 dónde se explicita que la fórmula educativa cuestionada forma parte del ideario educativo de los centros y, por tanto, no es discriminatoria per se. Se trata de una opción pedagógica de voluntaria adopción por los centros y de libre elección por los padres y, en su caso, por los alumnos. Como tal, está incluida dentro de la libertad de enseñanza que la Constitución reconoce (art. 27 CE) y puede ser objeto de financiación pública *«siempre que estos centros concertados que eduquen diferenciadamente expongan en su proyecto educativo las razones educativas de la elección de dicho sistema, así como las medidas académicas que desarrollan para favorecer la igualdad»*. Lo reitera posteriormente el fundamento de derecho 7 de la sentencia del Pleno del TC 53/2018, con sus votos particulares, que desestima otro recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la LOMCE, este caso por el Gobierno del Principado de Asturias.

Otro aspecto que merece la atención del Supremo en el sexto fundamento jurídico de todas las sentencias, es la **interpretación evolutiva de los derechos conforme a los tratados**, cuestión ésta que no encontramos en la pasada edición. Ello es debido a que en todos los supuestos de hecho se trata de interpretar el alcance de la prohibición de discriminación contenida en la redacción originaria del art. 84.3 de la LOE, y para ello la Sala de Instancia se sirve de sentencias en supuestos en los que ya estaba vigente la nueva redac-

ción de este artículo de la LOE introducida por la LOMCE. Las disposiciones de derecho internacional resultaban de plena aplicación también bajo la redacción originaria del art. 84.3 de la LOE y, por tanto, debían cumplirlas también entonces los centros de educación diferenciada, garantizando el pleno respeto al principio de igualdad del art. 14 y la ausencia de toda discriminación por razón de sexo.

En este mismo sentido, sobre la pertinencia de acoger como elemento interpretativo de los derechos constitucionales los textos de los tratados internacionales ratificados por España, se pronuncia la sentencia del TC 31/2018 (FD 4): *«La vulneración constitucional que se denuncia se circunscribe, por tanto, a la eventual lesión del artículo 14 en relación con el artículo 27 CE. Nuestro análisis se va a efectuar, teniendo en cuenta, sucesivamente, el Derecho internacional aplicable y la ordenación comparada de esta materia... Por ello, para la resolución del presente recurso es obligado emplear; por lo pronto, el parámetro exegético que ofrecen los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España. Lo impone así, expresamente, el artículo 10.2 CE. Aunque hemos precisado que «los Tratados internacionales no constituyen canon para el enjuiciamiento de la adecuación a la Constitución de normas dotadas de rango legal»..., no obstante, ello «no puede ser óbice para subrayar la importancia que reviste la remisión constitucional (art. 10.2 CE) a determinados instrumentos de Derecho internacional como criterio interpretativo de los derechos fundamentales»... y ello porque, según reitera la STC 236/2007, de 7 de noviembre, Fj 3, «esa decisión del constituyente expresa el reconocimiento de nuestra coincidencia con el ámbito de valores e intereses que dichos instrumentos protegen, así como nuestra voluntad como Nación de incorporarnos a un orden jurídico internacional que propugna la defensa y protección de los derechos humanos como base fundamental de la organización del Estado». En suma, es obligado interpretar el contenido de los derechos fundamentales de conformidad con lo dispuesto en los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España... (Y) la obligación de interpretar las normas constitucionales sobre derechos fundamentales de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales en la materia no se limita a aquellos convenios firmados o ratificados por España con posterioridad a la entrada en vigor de la Constitución... los tratados «se van incorporando paulatina y constantemente a nuestro ordenamiento, a medida que, acordados en el seno de la sociedad internacional, la Unión Europea o el Consejo de Europa, España los ratifica, con lo cual la regla hermenéutica del art. 10.2 CE lleva asociada una regla de **interpretación evolutiva**». Pero ello no excluye en modo alguno la llamada a los tratados internacionales, especialmente los de ámbito universal, que entraron en vigor antes que nuestro texto constitucional.»*

Por tanto, la jurisprudencia comentada insiste en que con tanto la previsión del art. 84.3 de la LOE en su redacción originaria, como más tarde con la

reforma efectuada por la LOMCE (que añadió la referencia al cumplimiento de las exigencias previstas por el artículo 2 de la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza), el legislador ha vuelto a declarar compatibilidad de los sistemas de educación diferencia por sexo con el principio de igualdad. Su constitucionalidad no suscitó dudas durante la aplicación del marco normativo previo a la LOE, ni las suscita ahora, habida cuenta de obligación de los centros que impartan enseñanzas bajo este sistema de garantizar el pleno respeto a las exigencias derivadas de la normativa internacional (art. 2 de la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza), a cuyo fin deberán exponer en su proyecto educativo las razones educativas de la elección de dicho sistema, así como las medidas académicas que desarrollan para favorecer la igualdad. *Así pues, la educación diferenciada por sexos no constituye un supuesto de exclusión del régimen de conciertos educativos, ni implica en sí misma una discriminación por razón del sexo, si se atiende debidamente a los requisitos que exige la LOE y la normativa internacional.*

**Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno, núm. 11/2018),
de 17 de octubre de 2018**

Recurso de amparo 4344/2017

Ponente: *Ilmo. Sr. D. Juan José González Rivas*

La desestimación del recurso de amparo de referencia, se basa fundamentalmente en la ausencia de apoyo internacional a la equiparación de los permisos y prestaciones de paternidad y maternidad. Así como la normativa internacional sustenta esta última, no lo hace respecto a la primera, por lo que un trato desigual de ambos permisos no vulnera el principio de igualdad del artículo 14 CE interpretado conforme a los textos internacionales.

Para poder concluir que la atribución de un permiso y prestación superiores por maternidad a la mujer trabajadora no es discriminatoria para el varón, el Constitucional analiza los tratados internacionales en materia de derechos humanos a los que se refiere el art. 10.2 CE «*en cuanto valiosos criterios hermenéuticos del sentido y alcance de los derechos y libertades que la Constitución reconoce*» (fundamento jurídico sexto). Éstos corroboran que los Estados parte (como España) tienen la obligación de adoptar las medidas necesarias para que las trabajadoras embarazadas disfruten de un permiso de maternidad, en aras a la protección de la salud de la mujer durante su embarazo, parto y puerperio (*vid.* arts. 3 y 4 del Convenio núm. 103 de la Organización Internacional del

Trabajo sobre la protección de la maternidad, y art.10.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

Seguidamente, el fundamento jurídico séptimo se centra en el principio de igualdad y su contenido, para dilucidar si la diferencia de trato entre ambos permisos lo vulnera. En el caso de la mujer trabajadora, se trata de preservar su salud durante su embarazo y después de éste y, por otra parte, de proteger las particulares relaciones entre la madre y su hijo durante el período de puerperio. Por el contrario, el establecimiento de un permiso por paternidad no viene impuesto por ninguna norma de Derecho internacional que obligue a nuestro país y obedece a una finalidad tuitiva diferente (favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, fomentando la corresponsabilidad de madres y padres en el cuidado de los hijos comunes, art. 39.3 CE). Por tanto, siendo diferentes las situaciones que se traen a comparación, el TC no reputa como lesiva del derecho a la igualdad ante la ley la diferente duración de los permisos por maternidad o paternidad y de las correspondientes prestaciones de la seguridad social que establece la legislación aplicada en las resoluciones administrativas y judiciales que se impugnan en amparo.

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 importante sentencia del Tribunal Supremo en la que acordó condenar al Estado español por incumplir los compromisos de reubicación de asilados establecidos por la Unión Europea en 2015, así como dos sentencias de la Audiencia Nacional que reconocen el derecho de asilo a nacionales salvadoreños y hondureños que alegan persecución por parte de Maras. 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 se resuelve si una autoridad judicial de ejecución que haya de pronunciarse sobre la entrega de una persona que es objeto de una orden de detención europea puede cuestionar la misma si existe un riesgo real de que se viole el derecho fundamental a un proceso equitativo garantizado por el

artículo 47, párrafo segundo, de la Carta de Derechos Fundamentales, debido a deficiencias sistémicas o generalizadas en relación con la independencia del poder judicial del Estado miembro emisor.

Derecho de asilo y estatuto del refugiado y apátridas

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), de 9 de julio 2018

Recurso 599/2017

Ponente: *Excmo. Sr. D. César Tolosa Tribiño*

El Tribunal Supremo, en una decisión de notable repercusión mediática, acordó condenar al Estado español por incumplir los compromisos de reubicación de asilados establecidos por la Unión Europea en 2015.

La decisión trae causa de un recurso interpuesto por la *Associació de Suport a Stop Mare Mortum*, contra la desestimación, adoptada por silencio administrativo, de la solicitud formulada previamente ante el Gobierno de España, a fin de que cumpliera, de forma inmediata, con sus obligaciones de reubicación de los solicitantes de protección internacional establecidas en la Decisión (UE) 2015/1523 del Consejo, de 14 de septiembre relativa al establecimiento de medidas provisionales en el ámbito de la protección internacional en favor de Italia y Grecia y en la Decisión (UE) 2015/1601 del Consejo, de 22 de septiembre, por la que se establecen medidas provisionales en el ámbito de la protección internacional en beneficio de Italia y Grecia. La asociación recurrente solicitó además, la adopción de medidas cautelares al respecto, que fueron denegadas por Auto de diecisiete de octubre de dos mil diecisiete.

En opinión de la Abogacía del Estado, las decisiones en las que se basaba la recurrente, adoptadas con base en el artículo 78.3 TFUE, encomendaban la fiscalización de su cumplimiento a la Comisión Europea, por lo que consideraba que las instituciones nacionales no eran competentes, y en particular la jurisdicción contencioso-administrativa, sino que lo eran las instituciones europeas. En todo caso, y ante la ausencia de «precedentes tanto en la jurisprudencia nacional como en la europea», la Abogacía del Estado recomendaba la formulación de una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea («TJUE»), a fin de dilucidar «si la fiscalización de las decisiones de

emergencia encomendada a la Comisión y al Consejo debe considerarse como exclusiva o, por el contrario, debe ser compartida con la fiscalización que lleven a cabo los Tribunales internos así como, en el caso de que se adopte esta segunda posición, cuáles deben ser las medidas de coordinación a adoptar para evitar que los órganos europeos y los internos lleguen a soluciones contrapuestas en esa labor fiscalizadora.»

A este respecto, el Tribunal Supremo, recordando los elementos de las decisiones con arreglo al artículo 288 TFUE y la jurisprudencia del TJUE, rechazó la solicitud de la Abogacía del Estado con base en la eficacia directa de las Decisiones controvertidas. Por otro lado, el Alto Tribunal rechazó también el planteamiento de una cuestión prejudicial, citando a este respecto la jurisprudencia consolidada que señala que se trata de una decisión del Juez nacional, sin estar sujeto a la voluntad de las partes, lo que no debe interpretarse, a nuestro juicio, en el sentido de que la decisión es completamente discrecional habida cuenta de la obligación que el artículo 267 TFUE prevé para los casos en que se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno.

De esta forma, el Tribunal Supremo, repasó el contenido de las decisiones controvertidas, así como de las dictadas para su ejecución, incluyendo medidas provisionales. El Alto Tribunal analizó asimismo la importante Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de septiembre de 2017, en los asuntos acumulados C-643/15 y C-647/15, relativa a las mismas. A resultas de este análisis, y tras subrayar que la aplicación de las Decisiones controvertidas conllevaba que España debería haber ofertado y reubicado efectivamente a 13.086 solicitantes de asilo procedentes de Grecia y a 6.363 procedentes de Italia, el Tribunal constató que España había incumplido sus obligaciones habida cuenta de que, «de las 19.449 plazas que el Estado Español estaba obligado a ofertar –y a reubicar efectivamente– el Estado Español únicamente ha ofertado 2.500 plazas (1.875 de Grecia y 625 de Italia), es decir, únicamente un 12,85% del total al que estaba obligada.» (F.J. Decimosexto).

En suma, la Sala constató el incumplimiento por parte de España de una decisión «de carácter vinculante y obligatorio», tanto por las características generales de las decisiones como por el tenor literal de las decisiones controvertidas, estimó parcialmente el recurso, y ordenó al Estado español a continuar la tramitación en los términos previstos en las Decisiones y de conformidad con los acuerdos que en lo sucesivo adopten las Instituciones comunitarias.

**Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid
(Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª),
de 5 de noviembre de 2018**

Recurso: 562/2018

Ponente: *Ilmo. Sr. D José Arturo Fernández García*

La sentencia objeto de este apartado trae causa de una demanda presentada por un solicitante de asilo de origen marroquí que pidió la declaración de ausencia de impedimento para trasladarse desde Melilla a territorio peninsular en atención a su condición de solicitante de protección internacional.

El solicitante basaba su solicitud en los artículos 13.1 y 10.2 de la Constitución Española, que permiten a los extranjeros que cuenten con autorización de residencia el tránsito por el territorio nacional, incluidas Ceuta y Melilla. El recurrente añadía a este respecto que la admisión a trámite de la solicitud de protección internacional le otorgaba la autorización de residencia mientras se resolvía su solicitud, y aportaba jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía a este respecto (sentencias de 24 de febrero de 2011, 5 de enero de 2012, y 11 de mayo de 2012).

Por su parte, la Administración alegaba que el recurrente no reunía los requisitos exigidos por el Derecho de la Unión Europea, y en concreto por el artículo 6 del Reglamento CE 399/2016).

A este respecto, la Sala recuerda que con arreglo al artículo 3 de la Ley 12/2009 de Asilo, la presentación de la solicitud de asilo conlleva la concesión de la protección subsidiaria regulada en el artículo 4. Además, la admisión a trámite de la solicitud de asilo, subraya el TSJ, conlleva el derecho a la libertad de circulación conforme a lo estipulado por el artículo 36.1.h de la Ley de Asilo, que es «claro y contundente» a este respecto, como afirma el propio Tribunal.

El Tribunal señala asimismo que, tanto de la ley general de extranjería como de la ley de asilo se desprende que los extranjeros habilitados legalmente a residir en territorio nacional podrán ser sometidos a controles de identidad cuando se desplacen desde Ceuta y Melilla conforme a la normativa de la Unión Europea a la península, «pero en ningún caso, se reitera, se les podrá por dicha causa impedir su derecho de libre circulación.»

Por último, a la luz de estas consideraciones, el TSJ anuló las resoluciones administrativas objeto del litigio, con la consecuencia de declarar que no existía impedimento alguno para que el recurrente se desplazase a la península. Se trata por tanto de una resolución con un impacto potencial notable en la situación de numerosos solicitantes de asilo de Ceuta y Melilla.

**Sentencia de la Audiencia Nacional
(Sala de lo Contencioso, sección segunda),
de 14 de septiembre de 2017**

Recurso 340/2016

Ponente: Ilma. Sra. Sandra María González de Lara Mingo

Un supuesto bien distinto al anterior es el de la presente sentencia, por la que la Audiencia Nacional anuló la resolución por la que se denegaba el derecho de asilo y la protección subsidiaria solicitada por una recurrente de origen salvadoreño que alegaba estar amenazada de muerte por la mara MS (Salva-trucha).

La resolución objeto del recurso señalaba que la solicitante no alegaba motivos de persecución conectados con una persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, sino por amenazas que formarían parte de la delincuencia común, que estaba siendo perseguida por las autoridades de su país de origen, por lo que no se podía considerar que se produjera la negativa a su protección, o la pasividad de las mismas a los efectos de conceder la protección internacional solicitada. La resolución hacía referencia asimismo a la jurisprudencia consolidada de los tribunales nacionales, y en particular de la propia Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo, que respaldaba el rechazo de la protección solicitada en casos similares.

A este respecto, y para resolver el asunto, la Sala realiza una revisión de la legislación internacional, nacional, y de la Unión Europea, relativa a la institución del asilo y la protección subsidiaria, así como de las pautas que ha sido la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Supremo para su interpretación. De esta forma, la Audiencia Nacional resume los principales criterios establecidos por el Tribunal Supremo como sigue:

«En reiteradísimas ocasiones, el Tribunal Supremo se ha referido a los requisitos legalmente establecidos para el reconocimiento del derecho de asilo, dichos requisito podemos sintetizarlo así:

A. El reconocimiento del derecho de asilo, no es una decisión arbitraria ni graciable.

B. Ha de existir una situación de persecución respecto del solicitante, por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas o pertenencia a determinado grupo social; que le infunda temor, de suerte que no pueda o, a causa de dicho temor, no quiera, acogerse a la protección del país de su nacionalidad, o, si es apátrida, de su residencia.

C. Los actos que determinan la situación de persecución han de ser graves, ya sean individual o cumulativamente considerados.

D. No es exigible una prueba plena de los actos constitutivos de la persecución, pero son necesarios indicios de los que racionalmente pueda deducirse que la persecución existe.» (F.J.5º)

A continuación, tras aceptar que la jurisprudencia de la propia Sala y del tribunal Supremo había rechazado la concesión de protección internacional en relación con la violencia originada por las maras, la Sentencia subraya, interesantemente, que la valoración de la situación del país, primer paso en el análisis de la procedencia de la solicitud, previo al de la situación personal de la solicitante, debía ser revisada a la vista de las Directrices de elegibilidad para la evaluación de las necesidades de protección internacional de los solicitantes de asilo procedentes de El Salvador, de ACNUR de marzo de 2016.

A la luz de las mencionadas Directrices, la Sala concluye que «(A.) Existe una gran parte de la población salvadoreña que se ve afectada por la situación de violencia que vive el país y busca protección internacional; (B.) La violencia existente el país que enfrenta a diversos actores armados, reviste tal intensidad, que, en el momento actual, la situación que se vive en el país puede calificarse de conflicto interno, [y] (C.) El Estado no se encuentra en condiciones de suministrar protección a la población, tanto por la fuerza de las Maras, como por la insuficiencia de efectivos policiales y la ineficiencia del sistema judicial penal.» (F.J.6º)

En cuanto a la situación personal de la solicitante, la Sala constató que la circunstancia de ser madre de tres menores de edad la sitúa en una posición especialmente vulnerable. Además, como las Directrices de ACNUR subrayan, se trata de una persona con una profesión o posición susceptible a la extorsión habida cuenta de que se dedica al comercio. La Sala añade a este respecto que «las hijas de la recurrente han tomado la decisión de no ingresar en la mara y no ser novias de los mareros, esas decisiones que la Sección alaba, han sido tomadas con el indudable apoyo de la madre, pero son percibidas por las maras como actos de resistencia, lo que pone en riesgo grave la vida e integridad física toda la familia.»

En atención, en esencia, a estas circunstancias la sentencia consideró acreditada la situación de violencia que vive el país y el riesgo real en que se encontraba toda la familia, que se vio forzada a huir para protegerse, especialmente las hijas menores. En consecuencia, la Sala concluyó que la recurrente se encontraba en situación de necesidad de protección internacional en el sentido del artículo 3 de la Ley 12/2009, estimó el recurso y anuló la resolución recurrida.

**Sentencia de la Audiencia Nacional
(Sala de lo Contencioso Administrativo),
de 26 de junio de 2018**

Recurso: 456/2017

Ponente: Ilma. Sra. Sandra María González de Lara Mingo

La sentencia de la Audiencia Nacional objeto de este comentario, junto con otras dictadas en el mismo sentido por la misma Sala, ha supuesto también, como en el caso anterior, un cambio notable en la evaluación sobre la situación de las personas solicitantes de asilo en España, en este caso venezolanos, motivado de nuevo por la información proveniente de ACNUR.

El asunto trae causa de los recursos interpuestos contra Resoluciones del Subsecretario de Interior, actuando por delegación del Ministro del Interior de 6 de abril de 2017 por las que se denegó el derecho de asilo y la protección subsidiaria solicitada por los recurrentes, de origen venezolano.

Los solicitantes alegaban actos de amenazas y acoso por parte de grupos armados denominados colectivos, como consecuencia de un problema laboral. A este respecto, la Sala constató en primer lugar que esta situación no se puede incardinar en un supuesto de asilo del artículo 3 de la Ley 12/2009 al no tratarse de fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a determinado grupo social, de género u orientación sexual.

A continuación la Sala analizó si procedía otorgar a los solicitante la protección subsidiaria conforme a lo previsto en el artículo 4 de la Ley 12/2009. Con este fin, la sentencia estudió si la situación en Venezuela puede ser considerada como de «violencia indiscriminada» en el sentido del artículo 10.c) de la Ley 12/2009, y los solicitantes como «refugiados de facto», entendiendo por tales «aquellas personas que sin reunir las notas exigidas por la Convención para que les sea reconocido el refugio –artículo 3 de la Ley 12/2009–, merecen protección; pues lo cierto es que se han visto obligados a desplazarse debido a la violencia generalizada.» (F.J.7º). Asimismo, con arreglo lo dispuesto por el art. 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y el artículo 10.a) y b) de la Ley 12/2009, la sentencia examinó, con referencia a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, si existía un riesgo suficientemente individualizado de que en caso de volver los recurrentes podían padecer la condena a pena de muerte o el riesgo de su ejecución material, la tortura y los tratos humanos y degradantes.

Respecto de la situación en Venezuela, la sentencia constata que la misma ha sido analizada en múltiples ocasiones por los tribunales nacionales, y que en todos los casos se ha rechazado el reconocimiento de protección internacional (F.J., 8º). No obstante, tras recordar que se debe atender a la información actualizada del país de origen con arreglo a lo dispuesto por el artículo 10.3º b) de la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional, la sentencia constata que se han tenido en consideración de manera especial los Informes nacionales sobre prácticas de derechos humanos para 2017 del Departamento de Estado de los Estados Unidos (Oficina de Democracia, Derechos Humanos y Trabajo) «Country Reports on Human Rights Practices for 2017 United States Department of State (Bureau of Democracy, Human Rights and Labor), relativos a Venezuela, así como el Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos titulado «Human rights violations and abuses in the context of protests in the Bolivarian Republic of Venezuela from 1 April to 31 July 2017».

A la luz de la información recogida en estos informes, la sentencia concluye que no puede afirmarse que exista una situación de violencia generalizada en Venezuela, no existiendo indicios que lleven a la Sala a pensar que en caso de devolución exista un riesgo grave para su vida o integridad física. En consecuencia, la Sala rechaza también el reconocimiento de la protección subsidiaria conforme a lo previsto en el artículo 4 en relación con el artículo 10 de la ley 12/2009.

La sentencia analizó por último si concurrían circunstancias excepcionales que pudieran justificar la autorización de permanencia en España por razones humanitarias en los términos previsto en los artículos 37.b) y 46.3º de la Ley 12/2009. Con este fin, se analiza en la misma el informe titulado «La inadecuada y represiva respuesta del gobierno ante la grave escasez de medicinas, insumos y alimentos de 24 de octubre de 2016», de la organización Human Rights Watch, que describe una situación dramática que ha provocado la salida masiva ciudadanos del país, refrendada por otros informes también citados por la sentencia, en concreto el Informe publicado por la European Asylum Support Office (EASO) bajo el título «Venezuelans seeking asylum in EU up by almost 800% in two years» de 4 de abril de 2018.

La sentencia destaca especialmente la «Nota de Orientación sobre el flujo de Venezolanos» emitida por ACNUR el 18 de marzo de 2018, en la

que pide a los gobiernos que adopten respuestas pragmáticas de protección para los nacionales venezolanos que garanticen su residencia legal u otras fórmulas humanitarias de regularización y que se garantice la no devolución a Venezuela. (F.J. 10º), y el informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos titulado «Violaciones de los derechos humanos en la República Bolivariana de Venezuela: una espiral descendente que no parece tener fin», de viernes 22 de junio de 2018, que subraya, *inter alia*, el riesgo de malnutrición actual de embarazadas, ancianos y niños en Venezuela.

En suma, a la luz de las consideraciones anteriores, y en especial de la emisión de la nota de ACNUR de marzo de 2018, la Sala concluye que «procede que nosotros también cambiemos nuestro criterio, y, por tanto, estimamos que es procedente autorizar de residencia de los recurrentes por razones humanitarias.» (F.J. 10º). En consecuencia, la sentencia estimó parcialmente el recurso y autorizó la residencia en España de los recurrentes por razones humanitarias en los términos establecidos en los artículos 37.b) y 46.3º de la Ley 12/2009.

Otras resoluciones

Un supuesto interesante es el de la **sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 13 de septiembre de 2018 (Sala Segunda, Nº recurso: C-369/17, Ponente: D. A. Rosas)**, que responde a una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por un tribunal húngaro, y que tenía por objeto determinar si cabe privar a un solicitante de protección internacional del derecho a la protección subsidiaria por haber cometido un delito grave, conforme a lo dispuesto en el 17, apartado 1, letra b), de la Directiva 2011/95, con base en la pena prevista legalmente para un delito concreto conforme al Derecho de un Estado miembro como único criterio.

A este respecto, habida cuenta de que la Directiva mencionada no contiene una definición del concepto «delito grave», varios gobiernos suscribían que corresponde al Derecho interno interpretar dichos conceptos. Sin embargo, el TJUE recordó, con referencia a una jurisprudencia consolidada, que «el tenor de una disposición del Derecho de la Unión que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance normalmente debe ser objeto en toda la Unión de una interpretación

autónoma y uniforme que debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de esta disposición y el objetivo que la normativa de que se trate pretende alcanzar».

En este marco, el TJUE estableció que debe aplicarse a las decisiones de exclusión de la protección subsidiaria la jurisprudencia recaída en el ámbito del estatuto de refugiado en el sentido de que «cualquier decisión de excluir a una persona del estatuto de refugiado debe ir precedida de un examen completo de todas las circunstancias específicas de su caso individual y no puede adoptarse de manera automática» (apartado 50). El TJUE añadió a este respecto que, si bien el criterio de la pena prevista en virtud de la normativa penal del Estado miembro de que se trate reviste una importancia particular para apreciar la gravedad del delito que justifica la exclusión de la protección subsidiaria, este no puede ser el único criterio ni aplicarse de forma automatizada. Con base en lo anterior, la sentencia concluye que «el artículo 17, apartado 1, letra b), de la Directiva 2011/95 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma de un Estado miembro en virtud de la cual se considera que el solicitante de protección subsidiaria ha «cometido un delito grave» en el sentido de dicha disposición, lo que permite excluirle de dicha protección, basándose únicamente en la pena prevista para un delito determinado según el Derecho de dicho Estado miembro. Incumbe a la autoridad o al tribunal nacional competente para resolver sobre la solicitud de protección subsidiaria apreciar la gravedad de la infracción de que se trate, realizando un examen completo de todas las circunstancias específicas del caso concreto.» (apartado 58).

Por último, mediante **sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de noviembre de 2017 (Sala de lo Contencioso, Sección 2ª, Nº de Recurso: 602/2016, Ponente: Dña. Concepción Mónica Montero Elena)**, la Sala reconoció el derecho de asilo a solicitantes hondureños que alegaban encontrarse en peligro de riesgo grave para su vida e integridad física proveniente de la persecución por parte de la Mara Salvatrucha. De esta forma, la sentencia extiende a los solicitantes hondureños la protección que había concedido previamente a los solicitantes salvadoreños en la sentencia que ha sido objeto de comentario en esta sección. La sentencia subraya a este respecto que existe una gran parte de la población hondureña que se ve afectada por la situación de violencia que vive el país y que busca protección internacional, que la violencia existente en Honduras que enfrenta a diversos actores armados puede calificarse de conflicto interno debido a su intensidad, y que el Estado no se encuentra en condiciones de suministrar protección a la población.

Extradición

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), de 25 de julio de 2018

Asunto C-216/18 PPU

Ponente: *Sra. R. Silva de Lapuerta*

La sentencia responde a una petición de decisión prejudicial presentada por la High Court (Tribunal Superior, Irlanda), en el procedimiento relativo a la ejecución de órdenes de detención europeas emitidas contra 'LM'. Dicha cuestión prejudicial tiene por objeto la interpretación del artículo 1, apartado 3, de la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, en su versión modificada por la Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009 («Decisión Marco 2002/584»). Esta petición se ha presentado en el contexto de la ejecución en Irlanda de órdenes de detención europeas emitidas por órganos jurisdiccionales de Polonia contra LM («el interesado»).

En este caso, el tribunal remitente solicitó que la petición de decisión prejudicial se tramitara mediante el procedimiento prejudicial de urgencia con arreglo a lo dispuesto en el artículo 107 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, considerando que en ese momento el interesado se hallaba privado de libertad, en espera de la decisión sobre su entrega a las autoridades polacas, y que la respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas sería determinante para tomar tal decisión.

Así se decide y, en consecuencia, el TJUE entra a estudiar las cuestiones prejudiciales planteadas por el tribunal remitente, las cuales se refieren a las circunstancias que permiten a la autoridad judicial de ejecución abstenerse, sobre la base del artículo 1, apartado 3, de la Decisión Marco 2002/584, de dar curso a una orden de detención europea, debido al riesgo de que, en caso de entrega de la persona buscada a la autoridad judicial emisora, se viole el derecho fundamental de ésta a un proceso equitativo ante un juez independiente, tal como está consagrado en el artículo 6, apartado 1, del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), el cual se corresponde con el artículo 47, párrafo segundo, de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (la «Carta»).

El tribunal remitente pide que se dilucide, en esencia, si el artículo 1, apartado 3, de la Decisión Marco 2002/584 debe interpretarse en el sentido de que, cuando la autoridad judicial de ejecución que haya de pronunciarse sobre

la entrega de una persona que es objeto de una orden de detención europea emitida a efectos de enjuiciamiento penal de ésta disponga de datos, como los que figuran en una propuesta motivada de la Comisión Europea, presentada de conformidad con el artículo 7 TUE, apartado 1, que parezcan acreditar que existe un riesgo real de que se viole el derecho fundamental a un proceso equitativo garantizado por el artículo 47, párrafo segundo, de la Carta, debido a deficiencias sistémicas o generalizadas en relación con la independencia del poder judicial del Estado miembro emisor, dicha autoridad deberá comprobar, concreta y precisamente, si existen razones serias y fundadas para creer que la persona de que se trate correrá tal riesgo en caso de ser entregada a este último Estado. En caso de respuesta afirmativa, el tribunal remitente solicita al TJUE que precise los requisitos que debe cumplir tal comprobación.

Al respecto, el TJUE, actuando en Gran Sala, concluye que el artículo 1, apartado 3, de la Decisión Marco 2002/584, debe interpretarse en el sentido de que cuando la autoridad judicial de ejecución que haya de pronunciarse sobre la entrega de una persona que es objeto de una orden de detención se encuentre en la situación descrita en el párrafo anterior, dicha autoridad «*deberá comprobar*, concreta y precisamente, si, habida cuenta de la situación de esa persona, de la naturaleza de la infracción que se le imputa y del contexto fáctico que han motivado la orden de detención europea así como de la información proporcionada por el Estado miembro emisor, con arreglo al artículo 15, apartado 2, de la Decisión Marco 2002/584, en su versión modificada, existen razones serias y fundadas para creer que dicha persona correrá tal riesgo en caso de ser entregada a este último Estado».

Acerca de los requisitos que debe plantear la comprobación requerida (segunda cuestión prejudicial planteada), el TJUE concluye que sólo en el supuesto de que exista una decisión del Consejo Europeo por la que se constate, con los requisitos establecidos en el artículo 7 TUE, apartado 2, una violación grave y persistente en el Estado miembro emisor de los principios contemplados en el artículo 2 TUE, como los inherentes al Estado de Derecho, seguida de la suspensión por el Consejo de la aplicación de la Decisión Marco 2002/584 en relación con dicho Estado miembro, estará *obligada* la autoridad judicial de ejecución a *denegar automáticamente* la ejecución de cualquier orden de detención europea emitida por dicho Estado miembro, «sin tener que efectuar ninguna comprobación concreta del riesgo real que corre la persona de que se trate de que se viole el contenido esencial de su derecho fundamental a un proceso equitativo».

Y afirma el TJUE que por consiguiente, mientras el Consejo Europeo no haya adoptado tal decisión, la autoridad judicial de ejecución únicamente

puede abstenerse, sobre la base del artículo 1, apartado 3, de la Decisión Marco 2002/584, de dar curso a una orden de detención europea emitida por un Estado miembro que ha sido objeto de una propuesta motivada, presentada de conformidad con el artículo 7 TUE, apartado 1, en circunstancias excepcionales en las que dicha autoridad constate, tras una comprobación concreta y precisa del caso de autos, que existen razones serias y fundadas para creer que la persona que es objeto de esa orden de detención europea correrá, tras ser entregada a la autoridad judicial emisora, un riesgo real de que se viole su derecho fundamental a un juez independiente y, con ello, el contenido esencial de su derecho fundamental a un proceso equitativo.

El TJUE precisa que si una vez realizada esta comprobación –a través de un diálogo entre la autoridad judicial de ejecución y la autoridad judicial emisora (conforme al artículo 7 de la Decisión Marco 2002/584 y considerando la sentencia de 5 de abril de 2016, *Aranyosi y Căldăraru*, apartado 97)–, la información que se comunique a la autoridad judicial de ejecución no lleva a esta última a descartar la existencia de un riesgo real de que pueda violarse en dicho Estado miembro, el derecho fundamental de la persona de que se trate a un juez independiente y, con ello, el contenido esencial de su derecho fundamental a un proceso equitativo, la autoridad judicial de ejecución «deberá abstenerse de dar curso a la orden de detención europea de la que es objeto esa persona».

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, Sección 5ª), de 9 de julio de 2018.

Ponente: *Excmo. Sr. Juan Carlos Trillo Alonso*

En la sentencia se estudia la cuestión de si un embajador, como representante de un Estado, está legitimado para recurrir ante los tribunales del Estado de destino la extradición de un ciudadano de su país sin necesidad de contar con una decisión al respecto de la autoridad competente del estado que representa. La sentencia resolvió que, en efecto, un embajador/a puede hacerlo como representante de su Estado ante el Estado receptor, sin necesidad de una decisión o autorización adicional.

El tema se planteó a raíz de un recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Embajador de Turquía en España, contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 13 de octubre de 2017 por el que se rechazó extraditar al escritor alemán de origen turco, Erdogan Akhnli, reclamado por las autoridades turcas. El Consejo de Ministros se basó en que Alemania le reconoció

la condición de refugiado en 1993 y que, posteriormente, le otorgó una protección reforzada al concederle la nacionalidad alemana, después de que las autoridades turcas le retiraran la suya.

La Sala de lo Contencioso desestimó el recurso y confirmó la decisión cuestionada, pero antes de analizar el fondo del asunto se cuestionó si un embajador, en su calidad de jefe de la misión diplomática, como persona encargada por el estado acreditante de actuar con carácter de tal (art. 1 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, de 18 de abril de 1961), tiene en el estado receptor la facultad de decidir sobre la formulación de un recurso o si por el contrario requiere la decisión al respecto de la autoridad competente del estado que representa.

La admisión del recurso había sido objetada por el Abogado del Estado al entender que el embajador turco en España carecía de legitimación para interponerlo porque no era la persona que estaba sujeta a la extradición ni constaba que hubiese intervenido en el procedimiento de extradición ante el Ministerio de Justicia ni ante la Audiencia Nacional. En su escrito explicaba que una cosa era el poder de representación y otra cosa distinta es la decisión de litigar. El Embajador turco respondió que él es el legítimo representante de su país ante el Reino de España.

Respecto de la argumentación, la Sala detalla que el artículo 3 de la Convención de Viena, en su apartado 1, contempla como funciones principales de una misión diplomática «representar» al Estado acreditante ante el Estado receptor, proteger los intereses de su país y los de sus nacionales dentro de los límites permitidos por el derecho internacional, negociar con el gobierno del Estado receptor, enterarse por todos los medios lícitos de los acontecimientos e informar de ello al gobierno de su país, así como fomentar las relaciones amistosas y desarrollar las relaciones económicas, culturales y científicas entre ambos Estados.

En la sentencia, de la que ha sido ponente el magistrado Juan Carlos Trillo Alonso, se explica que aunque ni ese artículo ni ningún otro de la Convención de Viena expresa que un embajador pueda decidir entablar una acción judicial contra un acuerdo del gobierno del estado receptor, el término «representar», utilizado en el artículo 3.1, «permite entender que un embajador, en su cualidad de representante de su estado en el estado receptor, está facultado para ejercitar una acción judicial como la que nos ocupa, máxime cuando el término proteger, utilizado en el apartado b., difícilmente puede entenderse sin la facultad de mención y cuando en el artículo 25 se prevé que el estado receptor dará toda clase de facilidades para el desempeño de las funciones de la misión».

Después de haber aclarado la duda sobre esa cuestión, el tribunal resuelve que en el recurso no se han desvirtuado las razones expuestas en el acuerdo del Consejo de Ministros para denegar la no continuación del procedimiento de extradición, esto es, que debe mantenerse la denegación de extradición pues encuentra su fundamento en la Ley 4/1985, de 21 de marzo, que prevé como supuesto de denegación de extradición el reconocimiento a la persona reclamada de la condición de asilada, supuesto que se cumple en el presente caso.

**Sentencia del Tribunal Supremo
(Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª),
de 3 diciembre de 2018**

Recurso de Casación 283/2017

Ponente: *Excmo. Sr. Juan Carlos Trillo Alonso*

La sentencia estudia el acuerdo del Consejo de Ministros de fecha 17 de febrero de 2017, por el que se decidió la continuación en vía judicial del procedimiento de extradición solicitada por las autoridades de la República Popular China respecto de 267 ciudadanos de nacionalidad china, entre ellos el recurrente. Frente a dicho acuerdo se interpone recurso contencioso administrativo, solicitando que se declare la nulidad del mismo, alegando, sustancialmente, que a la fecha no conoce a ciencia cierta qué hecho se le imputa, dado que la documentación de la extradición hace referencia a las supuestas acciones delictivas llevadas a cabo en el domicilio donde supuestamente se encontraba, sin precisar qué hechos le serían atribuidos al mismo, entendiendo que, en aras al principio de especialidad, el Consejo de Ministros debió solicitar aclaración de los hechos antes de acordar la continuación del procedimiento.

La sentencia objeto de comentario determina, con base en jurisprudencia del propio TS, que el acuerdo impugnado corresponde a la primera de las fases del proceso de extradición, es decir, a una de las fases gubernativas y contiene la decisión del Gobierno de continuar con la fase judicial del procedimiento de extradición (la fase «decisiva», como lo reconoce la propia sentencia). Se trata, por tanto, de una decisión administrativa que tiene un alcance limitado.

Así, en la sentencia se considera que esta decisión no puede asumir un control sustantivo de los requisitos previstos en la Ley para conceder o denegar la extradición, reservado a la fase judicial posterior, pero indudablemente tiene un contenido positivo que, aunque limitado, abarca el control de las formalidades extrínsecas de la solicitud de extradición formulada por otro Es-

tado, en donde se incluye, entre otros, la comprobación de dicha solicitud se formule por el conducto y la autoridad correspondiente y vaya acompañada de la documentación prevista en la Ley de Extradición Pasiva y, en su caso, en los Tratados bilaterales o multilaterales suscritos por España con el país solicitante de la extradición.

Por ello, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS, concluye que no se trata, por tanto, de un mero acto de trámite no susceptible de ser recurrido en sede contencioso-administrativa –como fue alegado por el Abogado de Estado–, por lo que rechaza la causa de inadmisión planteada en ese sentido por el Abogado del Estado.

Al estudiar, por tanto, el acuerdo impugnado, la sentencia, después de haber valorado y comprobado la regularidad formal de la solicitud de extradición, efectuada por la Administración en el acuerdo referido, determina que no resulta afectada por las deficiencias alegadas, sino que está suficientemente justificada y responde a las exigencias establecidas en el Tratado de extradición entre el Reino de España y la República Popular China y la Ley de Extradición Pasiva. Concluye entonces que el acuerdo satisface adecuadamente el fin perseguido por la norma en esta fase del procedimiento, esto es, someter la continuación en vía judicial a la previa constatación de que la solicitud se ajusta a los requisitos formales y responde a los supuestos legalmente establecidos, siendo el órgano judicial competente el que, en procedimiento contradictorio y con las debidas garantías, resuelve y decide sobre la efectiva concurrencia de los requisitos de hecho y de derecho establecidos legalmente para dar lugar a la extradición solicitada.

Con base en lo anterior, en la sentencia se desestima el recurso contencioso administrativo número 283/17, y se determina que es improcedente anular el acuerdo impugnado. En consecuencia, debe continuarse en vía judicial el procedimiento de extradición solicitada.

Auto de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, en Pleno), de 18 de enero de 2018

Recurso No. 35/2017

En este auto se estudia el recurso de súplica interpuesto por el Ministerio Fiscal y por la Procuraduría General de la República de los Estados Unidos Mexicanos (PGR, órgano constitucional de aquel país equivalente a la Fiscalía General del Estado en España), en contra del auto dictado por la Sección

Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 21 de septiembre del 2017, que acuerda no acceder a la solicitud de extradición solicitada por las autoridades judiciales mexicanas respecto de su nacional.

El Ministerio Fiscal en el recurso de súplica articulado contra el auto referido auto de 21 de setiembre de 2017 sostiene, frente a dicho pronunciamiento que aprecia la inexistencia de hecho alguno cuya comisión se atribuya personal y directamente a aquel en la reclamación cursada por el Estado Requirente, que la Orden de Aprehensión respectiva sí contiene un relato de hechos incriminatorios. Con base en ello, insta la revocación del auto de 21 de septiembre de 2017.

Por su parte, la representación de la PGR, en el recurso de súplica contra el mismo auto, tras afirmar que en la solicitud formal de extradición se realiza una exposición detallada de la forma de actuar de una organización criminal y del papel que ocupaba su nacional en la misma, alega que los hechos sí le vinculaban de forma directa, según se detalla en los documentos que se han presentado por parte del Gobierno Mexicano y por dicha representación.

El Pleno de la AN considera que el pronunciamiento de que «no existe hecho alguno cuya comisión se atribuya personal y directamente a [Victorio] en dicha reclamación», conecta con el artículo 15.1 a) del Tratado de Extradición entre el Reino de España y la República de los Estados Unidos Mexicanos pues ante la ausencia de hecho alguno, entendido en omisión detectada en la documentación extradicional de la exposición fáctica exigida por aquel precepto y apartado, en su inciso primero, se está ante la denegación por motivos formales de la reclamación formulada por las autoridades mexicanas, sin incidirse en esta resolución en otras consideraciones distintas «y sin perjuicio, de poderse instar nueva reclamación extradicional por la República de los Estados Unidos Mexicanos».

Por tanto, el Pleno de la Sala de lo Penal de la AN decide desestimar el recurso de Súplica interpuesto por el Ministerio Fiscal y por la representación de la PGR, contra el auto de 21 de septiembre de 2017, dictado por la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que acordaba denegar la extradición, confirmándose dicha resolución en su integridad.

Cabe notar el voto particular que formula el Magistrado José Ricardo de Prada Solaesa al auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la AN referido, con base en su opinión de que la extradición debió haber sido concedida por estimarse el recurso de súplica interpuesto por el Ministerio Fiscal y la representación procesal de la PGR mexicana. El Magistrado considera que se han cumplido la totalidad de los requisitos extradicionales previstos en la norma de cobertura, esto es, en el Tratado de Extradición bilateral entre los dos Estados.

El Magistrado refiere que el auto recurrido argumentó para denegar la extradición que en ninguno de los documentos aportados, ni en la orden de aprehensión, ni en la solicitud formal de extradición, ni en ningún otro se relaciona hecho alguno que se atribuya al hoy reclamado.

Y sin embargo, apunta el Magistrado, una Nota Verbal de la Embajada de México en Madrid que era relevante para el proceso, fue finalmente aportada en su versión completa al procedimiento (pues originalmente en el expediente del juzgado sólo constaba sobre ella una «mera referencia»), con fecha 4 de diciembre de 2017 en plena fase de resolución del Recurso de Súplica cuando el Pleno tuvo sospecha de su posible relevante contenido. Por ello el Pleno pidió información a través del que era en aquel momento magistrado ponente del asunto al Ministerio de Justicia, siendo entonces la Nota Verbal completa remitida por éste y puesta en conocimiento de las partes a las que podía afectar. Por ello, el Magistrado reflexiona que la circunstancia de no obrar a disposición de la Sección Tercera la totalidad de la documentación remitida por causas que no le son directamente imputables al Estado reclamante, tiene ahora la solución de su inclusión y valoración en esta fase de recurso bajo la cobertura de la establecido en el art 16 del Tratado bilateral en comento.

El Magistrado hace notar además que la Nota Verbal, además de contener la petición formal de extradición aporta un pormenorizado relato de hechos que se refieren específicamente al nacional objeto de la solicitud, que es relatado de forma más genérica en la orden de aprehensión dictada por el Juez de Distrito correspondiente de la Ciudad de México, en su carácter de juez de control. En consecuencia, considera que una vez que dicha documentación en las condiciones indicadas obra en poder del Tribunal y después de que sobre ella se han pronunciado todas las partes, el Tribunal de extradición, en este caso el Pleno de la Sala de lo Penal, debió pronunciarse teniendo en cuenta la totalidad de la documentación.

El Voto Particular discrepa de la mayoría porque considera que la orden de aprehensión que sirve de base a la solicitud de extradición sí contenía una descripción suficiente de la actividad de delincuencia organizada, que se describía de forma genérica sin entrar en el detalle de lo que cada uno aportaba a la actividad de la organización, lo que en este tipo de delincuencia tiene una importancia relativa o secundaria, pero existiendo una imputación delictiva al interesado identificable y suficiente desde el punto de vista de los requisitos de la extradición, a efectos de poder verificar la doble incriminación y de asegurar el principio de especialidad. Por otra parte, el desarrollo de los hechos concretos con los que participa en esta operativa el nacional cuya extradición se

solicita se describe con mucho mayor detalle en el relato de hechos que consta en la Nota Verbal, que cumple sin duda alguna, en opinión del Magistrado disidente, con la exigencia del art 15.1 del Tratado bilateral.

Por tanto, el Magistrado concluye que el rechazo de la extradición que se efectúa por el Pleno «responde a un planteamiento ultraformalista de esta institución», que tampoco se encuadra con lo previsto en el artículo 16 del Tratado bilateral, «que hubiera permitido solventar el problema solicitando de las autoridades reclamantes los documentos que se hubieran estimado necesarios, vistos los antecedentes con los que se contaban y de que no se estaba dando valor al relato de hechos contenido en la Nota Verbal». También aprecia que resulta contradictorio es que se desestime la extradición ‘en la instancia’, con posibilidad de que sea planteada de nuevo, «cuando lo lógico es que se hubieran actuado las posibilidades de subsanación de las deficiencias documentales expresamente previstas en el mencionado art 16 del Tratado bilateral, de la forma más acorde con el principio de en favor de la cooperación jurídica internacional».

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 (TSJ) de Madrid en la que, tras analizar la Convención de Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes (2004), en relación con el derecho a una tutela judicial efectiva recogido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), rechaza acoger la inmunidad jurisdiccional de la Agencia Espacial Europea, como había hecho el juzgado que dictó la resolución recurrida.

**Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid
(Sala de lo Social, Sección 4ª),
de 1 de febrero de 2018
Recurso de Suplicación 687/2017**

La sentencia se emite como resultado de un recurso de suplicación interpuesto en contra de la sentencia de 32 de marzo 2017, dictada por el Juzgado de lo Social nº 05 de Madrid. La sentencia recurrida en suplicación fue dictada a

raíz de la demanda de la parte actora a causa de su despido, contra Ingeniería de Sistemas para la Defensa de España SA (ISDEFE) y la Agencia Espacial Europea (ESA, por sus siglas en inglés), en la cual se había resuelto acoger la inmunidad de jurisdicción opuesta por la ESA.

En el proceso del recurso de suplicación, la representación letrada de ISDEFE considera que al no impugnarse la excepción de inmunidad, la Sala no puede entrar de oficio en el análisis de la misma, debiendo confirmarse la sentencia recurrida. La Sala considera que con carácter previo debe señalar que por ser la competencia jurisdiccional una cuestión de orden público procesal debe ser resuelta por el órgano judicial con plena libertad de criterio sin sujetarse siquiera a los límites de la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia; esta libertad de la que dispone el Tribunal para analizar la totalidad de las pruebas practicadas se encuentra exclusivamente limitada a las circunstancias de hecho que son relevantes para resolver sobre la competencia.

En consecuencia, en la sentencia la Sala de lo Social del TSJ de Madrid analiza el caso a la luz del art. 11 de la Convención de Naciones Unidas (NU) sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes (2004), en relación con el derecho a una tutela judicial efectiva recogido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Concluye que el Convenio de NU de 2004 ofrece una relación, exhaustiva, de las excepciones aplicables a la regla general según la cual el Estado extranjero no disfruta de inmunidad de jurisdicción en los litigios ante los tribunales del Estado del foro relativos a contratos de trabajo. Dado que se trata de una lista de excepciones a una norma general, en su jurisprudencia el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) lleva a cabo una interpretación estricta de las mismas, en última instancia en beneficio de una aplicación efectiva del art. 6.1 del CEDH (RCL 1999, 1190, 1572) que permita a los particulares obtener la tutela judicial efectiva de sus derechos.

En el presente caso, el demandante sostiene que los contratos suscritos con ISDEFE, a la que considera su empresa formal, son de carácter laboral y que ésta le ha cedido a ESA, que considera su auténtico empleador, estando ante una cesión ilegal. La Sala del TSJ razona que al tener la empresa ISDEFE su sede en España, la jurisdiccional social es la competente para conocer de las cuestiones que se plantean en este procedimiento (si estamos ante un contrato de trabajo, si ha existido una cesión ilegal, etc.), de acuerdo con la normativa expuesta, sin que pueda dividirse la contienda de la causa.

Por tanto, en la sentencia la Sala de lo Social del TSJ de Madrid estima el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de la parte

actora contra la sentencia de fecha 31 de marzo de 2017, revoca la misma y declara la nulidad de actuaciones hasta el momento anterior a dictarse la sentencia recurrida para que se dicte otra con libertad de criterio, en que se entre a resolver las cuestiones planteadas.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 22 de marzo de 2018

Casación núm.: 195/2017

Ponente: Excm. *Sra. D.^a Maria Lourdes Arastey Sabun*

Frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Sevilla que desestima la demanda de despido colectivo interpuesta por el Comité de empresa y cuatro sindicatos y lo declara ajustado a derecho, se alzan en casación ordinaria tres de los demandantes iniciales: el citado Comité de empresa y los sindicatos Unión Sindical Obrera (USO) y Unión General de Trabajadores (UGT).

La demanda referida se dirigía contra la empresa Vinnell Brown and Root LLC (VBR) y contra la Fuerza Aérea de Estados Unidos en Europa (USAFE, por sus siglas en inglés), impugnando el despido colectivo acordado por la primera de ellas. En 2010, el Gobierno de los EE.UU. y USAFE adjudicaron a VBR el contrato de mantenimiento de las bases de Turquía-España para proporcionar servicios de mantenimiento a las fuerzas militares de los EE.UU. destinadas en Turquía y en España. El 21 de julio de 2014, el Gobierno de los Estados Unidos notificó a VBR su decisión de reducir los servicios requeridos por el contrato en vigor en ese momento.

Por su parte, el recurso de UGT señala con apoyo en el apartado a) del art. 207 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), que la sentencia recurrida incurre en defecto de jurisdicción al acoger la inmunidad de jurisdicción de la USAFE y el Gobierno de los EE.UU.

En la sentencia del TS se hace notar que la Sala de instancia analiza los preceptos del Convenio entre el Reino de España y los Estados Unidos de América sobre Cooperación para la Defensa, de 1 diciembre 1988 (BOE de 6 mayo 1989) –revisado por el Protocolo de enmienda de 10 abril 2002–, por el que se estableció la concesión a favor de los EE.UU. del uso de las instalaciones de apoyo (IDAS), siendo la Base Aérea de Morón –propiedad del Estado español– una de las bases en que existe ese tipo de instalaciones. De dicho análisis la Sala de Sevilla deriva que el tratado, en el apartado 3 del art. 8 del

Anexo 8, otorga inmunidad de jurisdicción al Gobierno de los EE.UU., sus organizaciones, unidades, agencias, dependencias y miembros de sus Fuerzas Armadas; en particular, en los procesos promovidos por los empleados de los contratistas de las Fuerzas Armadas americanas que efectúan trabajadores en España para éstas, supuesto que es el aquí planteado.

En el recurso de la UGT, por su parte, se alega que no es posible aplicar tal inmunidad porque, contrariamente a esa apreciación de la sentencia de instancia, lo que la demanda alega es que existe un vínculo laboral entre los trabajadores afectados y el propio Gobierno de los EE.UU., principalmente porque nos encontramos ante un supuesto de sucesión de empresas que le obligaba a subrogarse en los contratos de los trabajadores afectados.

Al respecto, la sentencia del TS apunta que la cuestión objeto del litigio se ciñe a la impugnación de la decisión extintiva de la empresa para la que prestaban servicios los trabajadores, y que lo que el recurso pretende es que se vincule a dichos trabajadores, mediante una relación laboral con la USAFE. Y es ahí donde surge con toda evidencia que la literalidad del tratado bilateral antes referido excluye que las controversias laborales, suscitadas en el marco de servicios prestados en actividades sujetas al mismo, puedan dirimirse por los tribunales españoles.

Por lo tanto, el TS coincide con el análisis de la sentencia recurrida y decide desestimar los recursos de casación interpuestos, con la consiguiente confirmación de la sentencia recurrida y confirmando con ello la correcta aplicación de la inmunidad de jurisdicción en este caso.

Juan Jorge Piernas López
Universidad de Murcia

VIII. OTRAS SENTENCIAS

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 6 de marzo de 2018 (Achmea)

Asunto C-284/16

Ponente: *Sr. Antonio Tizzano*

Mediante la sentencia objeto de este comentario, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en formación de Gran Sala, resolvió una cuestión prejudicial relativa a la compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea de una cláusula

sula arbitral incluida en un Tratado sobre la protección de las inversiones celebrado entre dos Estados miembros que ha tenido una enorme repercusión.

En concreto, la cláusula controvertida fue incluida en un Tratado sobre protección de inversiones celebrado en 1991 por la extinta Checoslovaquia y los Países Bajos, que disponía que las controversias entre un Estado contratante y un inversor del otro Estado contratante deberían dirimirse ante un tribunal arbitral.

Esta cláusula fue invocada por una empresa originaria de los Países Bajos llamada Achmea contra Eslovaquia, que se subrogó en los derechos y obligaciones de Checoslovaquia derivados del Tratado en cuestión. A resultas de un laudo arbitral, Eslovaquia fue condenada a pagar una indemnización por daños y perjuicios a Achmea. Eslovaquia interpuso entonces un recurso de anulación contra el laudo condenatorio ante un tribunal alemán, que formuló la petición de decisión prejudicial en este caso.

La cuestión prejudicial formulada consistía, en esencia, en dilucidar si los artículos 267 TFUE y 344 TFUE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una cláusula de un Tratado entre Estados miembros como la controvertida, por la que los Estados se someten a la competencia de un tribunal arbitral.

A este respecto, el TJUE, recordó que el marco en el que se debe analizar la cuestión sometida está formado por los artículos mencionados, pero también por el principio de autonomía del Derecho de la Unión, así como por el artículo 19 TUE, según el cual incumbe a los órganos jurisdiccionales nacionales y al TJUE garantizar la plena aplicación del Derecho de la Unión en el conjunto de los Estados miembros y la tutela judicial de los derechos que ese ordenamiento confiere a los justiciables.

A la luz de estas consideraciones, la Gran Sala constató en primer lugar que, con base en la cláusula controvertida, el tribunal arbitral podrá verse obligado a interpretar o aplicar el Derecho de la Unión como parte del Derecho vigente de la Parte contratante afectada, que se deriva de un tratado pertinente entre las Partes contratantes.

En segundo lugar el TJUE analizó si un tribunal arbitral como el previsto en la cláusula controvertida está integrado en el sistema jurisdiccional de la Unión como un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros en el sentido del artículo 267 TFUE. A este respecto, la sentencia concluye que el tribunal arbitral en cuestión, habida cuenta del conjunto de características relativas al mismo incluidas en la cláusula controvertida, no constituye un elemento del sistema judicial establecido en los Países Bajos y en Eslovaquia

a los efectos de dicho artículo. La sentencia añade que el hecho de que exista un control judicial de la validez del laudo emitido por el tribunal arbitral, lo que permitió Eslovaquia invocar el Derecho de la Unión en el marco de dicho control no es suficiente para garantizar la plena eficacia del Derecho de la Unión.

En estas circunstancias, la sentencia concluyó que la cláusula controvertida vulnera la autonomía del Derecho de la Unión, y que los artículos 267 TFUE y 344 TFUE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una disposición de un tratado internacional celebrado entre Estados miembros como la cláusula controvertida.

Esta importante sentencia ha puesto en tela de juicio la validez de los números acuerdos de protección recíproca de inversiones firmados entre Estados miembros, y ha sido criticada por, *inter alia*, situar a los Estados miembros en una posición en la que, o bien ignoran sus obligaciones internacionales incluidas en los mencionados tratados, o bien pueden incumplir el Derecho de la Unión. Finalmente, conviene mencionar que la sentencia incluyó dos párrafos que podrían ser interpretados en el sentido de distinguir la situación de los tratados celebrados por los Estados miembros, a los que sería aplicable esta jurisprudencia, respecto de la situación de los tratados celebrados por ellos conjuntamente con la Unión en este ámbito, como por ejemplo el Tratado sobre la Carta de la Energía (BOE núm. 117, de 17 de mayo de 1995, páginas 14122 a 14153).

Juan Jorge Piernas López
Universidad de Murcia

RECENSIONES

