

A) JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO *

Coordinación a cargo de
Javier ROLDÁN BARBERO
Catedrático de Derecho Internacional Público
Universidad de Granada

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. RELACIONES ENTRE DERECHO INTERNACIONAL Y DERECHO INTERNO.—3. ESTATUTO INTERNACIONAL DEL ESTADO.—4. DERECHO DEL MAR.—5. ASILO Y REFUGIO.—6. DERECHOS HUMANOS.—6.1. Cuestiones preliminares.—6.2. Extradición.—6.3. Jurisdicción universal.—6.4. Derechos humanos y jurisdicción universal.—6.5. Recurso de casación y derecho a una doble instancia penal.—6.6. Art. 10.2 Constitución Española.

1. INTRODUCCIÓN

Como en crónicas anteriores sobresale el apartado dedicado a los derechos humanos, importante incluso en su proyección extraterritorial (así, en materia de extradición, de justicia universal, alta mar o de terrorismo). La importancia de esta materia podría ser aún mayor, teniendo en cuenta que los demás epígrafes de esta crónica también dan cuenta de resoluciones judiciales vinculadas a la protección de los derechos fundamentales (obsérvese, por ejemplo, la Sentencia relativa a las reservas formuladas por España al Convenio Europeo de Derechos Humanos, ubicada en el apartado «Relaciones entre Derecho internacional y Derecho interno»). Por consiguiente, el enfoque compartimentado y ordenado *ratione materiae* de la jurisprudencia tiene por objeto facilitar de esta suerte el carácter didáctico de la misma

* La selección se ha efectuado sobre resoluciones dictadas en el primer semestre de 2009. Colaboran en la presente crónica Eva Díez Peralta, Rafael Marín Aís, Pablo Martín Rodríguez, Javier Roldán Barbero, de las Universidades de Granada y Almería.

(para estudios más generales y panorámicos me permito citar mi estudio «El juez español y el Derecho internacional», en prensa para su publicación en el libro coordinado por J. CARDONA LLORENS, *Cuestiones actuales de la jurisdicción internacional*, Tirant lo Blanch).

La continuidad esencial de los temas tratados confirma que la jurisprudencia española en torno al Derecho internacional público sigue centrada en algunos, no muchos, temas, pese a la proliferación y diversificación de las actividades exteriores del Estado que pueden resultar jurídicamente —y también judicialmente— relevantes. Desde luego, los argumentos internacionales son cada vez más abundantes y frecuentes en las resoluciones dictadas por nuestros jueces y tribunales, y aun por órganos administrativos (cfr., por ejemplo, la Resolución adoptada por la Agencia de Protección de datos, de 13 de febrero de 2009, en relación con un caso de dopaje en el ciclismo; en ella se invoca, además de una directiva comunitaria, el Convenio concluido en materia de protección de datos por el Consejo de Europa).

Así pues, toda pretensión de exhaustividad sería ilusoria y además inconveniente, ya que a menudo la «conexión internacional» es poco significativa. De ahí que esta crónica —y, por lo general, las sucesivas— se circunscriban a las resoluciones relevantes dictadas por el Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo, la Audiencia Nacional y los Tribunales Superiores de Justicia.

El juez nacional va asumiendo, ciertamente, su función de juez común del Derecho internacional, ordenamiento hacia el que muestra, en términos generales, una actitud abierta y receptiva. No faltan en la jurisprudencia recaída en el primer semestre de 2009 algunas propuestas *de lege ferenda* atinentes al sistema internacional relativas a la mejor precisión del delito de terrorismo o a la correcta observancia por España de la doble instancia en materia penal exigida por el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966. Tampoco pasemos por alto el papel vanguardista asumido por nuestros jueces y tribunales en materia de justicia universal, que se extiende a lo largo de los últimos años. No es de extrañar esta apertura exterior si tenemos en cuenta que la cooperación jurídica internacional está mediatizando cada vez más no sólo su jurisprudencia, sino también el desempeño de sus funciones (piénsese en la rampante cooperación judicial transnacional en cuestiones como la extradición —o la orden europea de detención y entrega— y el terrorismo digamos «yihadista»).

Ahora bien, esta internacionalización del juez español (o, si se prefiere, la judicialización interna del Derecho internacional) sigue estando limitada por varios factores: la jurisprudencia española en materia jurídico-internacional sigue adoleciendo de impropiedades e incertidumbres terminológicas y conceptuales. Así ocurre a la hora de citar, con frecuencia sin justificar su valor jurídico general y para España, de distintos instrumentos internacionales. Desde luego, el tratado —en sus diversas denominaciones— es el instrumento predominante al ofrecer mayor seguridad y visibilidad jurídica. Pero la atracción hacia el Derecho escrito lleva a ignorar el difuso umbral de normatividad que atraviesa al *Derecho de gentes*, esa *twilight zone* tan recurrente en las relaciones internacionales. Así nos encontramos alguna resolución que no sólo maneja resueltamente acuerdos no normativos, sino que llega a invocar acuerdos internacionales no interestatales. Es el caso de la Sentencia 409/2009 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 26 de marzo de 2009. En esta decisión, en efecto, se pondera la Carta Europea de Salvaguardia de los Derechos Humanos en la Ciudad, documento impulsado por el Ayuntamiento de Barcelona y suscrito ya por más de 350 ciudades. Bien pensado, no es raro que esto suceda si ponderamos, además de las propias ambigüedades propias del orde-

namiento internacional (y que en algún caso se manifiestan en el otorgamiento de un voto particular), la escasa formación iusinternacionalista que se precisa para alcanzar la judicatura en nuestro país. En segundo lugar, aunque superada la concepción meramente gubernamental de la política exterior, no dejan de advertirse cautelas en los órganos judiciales españoles al abordar este campo, tradicionalmente más oscurantista y más político, de las normas y obligaciones que vinculan a y en España. Así sucede con la STS, más adelante reseñada, en que el tribunal rehúsa entrar a valorar las garantías diplomáticas que Rusia ha podido ofrecer a España a fin de asegurar que la pena capital no sea impuesta a la persona requerida de extradición. También es interesante, respecto a los límites de lo político y lo judicial, la STC 98/2009, de 27 de abril, en la cual se entra a conocer, y se desestima, el recurso de amparo planteado por algunos diputados españoles (entre ellos, Rodríguez Zapatero) alegando vulneración del derecho al ejercicio del cargo parlamentario ante la decisión tomada por el Gobierno de José María Aznar de no convocar a la Diputación Permanente del Congreso para informar sobre la guerra de Irak.

Por otra parte, no soslayemos la mención, aunque sí el comentario, de otras resoluciones que se desenvuelven en el contexto internacional, en la política exterior del Estado y que son sustanciadas judicialmente sin llegar a manejar propiamente normas internacionales: éste sería el caso de la Sentencia dictada por la Audiencia Nacional el 16 de mayo de 2009 en la que recae condena por el delito de falsedad a los acusados por el accidente del Yak-42.

En consecuencia, podemos reproducir las palabras publicadas en 1990 por L. I. Sánchez Rodríguez, que, desgraciadamente, siguen teniendo una parte importante de verdad veinte años después: «Si la jurisprudencia es un reflejo importante de la vida jurídica de un país, habrá que convenir que el mundo jurídico español no se muestra especialmente sensible a las instituciones y problemas de nuestro ordenamiento, diagnóstico éste que no guarda la debida coherencia con respecto a la fuerte integración de nuestro país en las relaciones e instituciones públicas internacionales. Muchas son las decisiones en las que se aplican normas internacionales, pero la ratio rectora de la solución suele ser rutinaria, apetitiva y presidida por una escasa originalidad [...]. En otros casos, existen posibles técnicas de solución jurídico-internacional, pero nuestros jueces y tribunales prefieren acudir a otros expedientes técnicos en los que se sienten confortables y seguros» (*REDI* 1990-I, p. 194).

Conviene hacer una observación previa más: la Crónica está enfocada propiamente hacia el Derecho internacional, y no hacia el Derecho de la UE, que cuenta con singularidades y más reseñas provenientes de las revistas especializadas. Sin embargo, el argumento comunitarista saldrá a relucir en aquellas cuestiones intrínsecamente internacionales (como el derecho de asilo) o en aquellas —abundantes— resoluciones en las cuales los fundamentos iusinternacionalistas y europeístas se yuxtaponen y hasta se confunden.

Pasamos, pues, a continuación a glosar, con la oportuna consignación de la persona autora del comentario, la jurisprudencia española en materia de Derecho internacional público relativa al primer semestre de 2009 (el lector sabrá entender que omitamos, en términos generales, desarrollos judiciales posteriores, que servirían para contextualizar mejor esta crónica, y que serán objeto de posteriores comentarios).

Javier ROLDÁN BARBERO

2. RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO

DERECHOS HUMANOS.—Reserva de España a los arts. 5.1 y 6.1 CEDH.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Militar, Sección 1.^a), de 19 de enero de 2009. Ponente: Ilmo Sr. D. Fernando Pignatelli Meca.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 2807915001200900003.

En idéntico sentido:

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Militar, Sección 1.^a), de 2 de abril de 2009. Ponente: Ilmo Sr. D. Fernando Pignatelli Meca.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Militar, Sección 1.^a), de 14 de mayo de 2009. Ponente: Ilmo Sr. D. Francisco Menchen Herreros.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Militar, Sección 1.^a), de 22 de junio de 2009. Ponente: Ilmo Sr. D. Benito Gálvez Acosta.

SEGUNDO.—Al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, alega el promovente, en el primero de los motivos casacionales, haberse vulnerado su derecho a la libertad personal consagrado en el artículo 17 de la Constitución en relación con el artículo 10 de esta última, que establece que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos sobre las mismas materias ratificados por España, pues siendo así que el artículo 5.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales establece que nadie puede ser privado de su libertad salvo en los casos y con arreglo al procedimiento establecido por la ley, es decir, si ha sido penado legalmente en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente y no por una autoridad administrativa, la sanción de privación de libertad impuesta al recurrente vulnera el citado Convenio —pues España no tiene realizada reserva alguna al mismo para la Ley Orgánica 8/1998—, el artículo 10 de la Constitución y el derecho fundamental del artículo 25 del Primer Cuerpo Legal. Finalmente, al amparo del artículo 35.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, insta a la Sala a plantear al Juez de la Constitución la cuestión de inconstitucionalidad de los artículos 28 a 36 de la Ley Orgánica 8/1998, que, a su juicio, vulneran la Constitución Española.

En síntesis, a juicio del recurrente su derecho a la libertad personal se habría visto lesionado porque la Ley Orgánica 8/1998, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, entró en vigor sin haberse renovado la reserva formulada por España al ratificar, mediante Instrumento de 4 de octubre de 1979, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, reservándose la aplicación de los artículos 5 y 6 del mismo «en la medida en que fueran incompatibles con las disposiciones que, en relación con el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, se contienen en el Título XV del Tratado II y en el Título XXIV del Tratado III del Código de Justicia Militar» de 1945, a la sazón vigente.

Dicha reserva a los artículos 5 y 6 del aludido Convenio fue mantenida (BOE núm. 234, de 30 de septiembre de 1986) en relación con la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, que entró en vigor el 1 de junio de 1986, y cuyos Capítulos II del Título III y II, III y V del Título IV vinieron a sustituir a las mencionadas disposiciones del por ella derogado Código de Justicia Militar.

Ciertamente, al promulgarse la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, actualmente vigente, que derogó la Ley Orgánica 12/1985, no se formuló por España declaración alguna al respecto, de lo que concluye el recurrente que la facultad de la Administración militar para imponer sanciones privativas de libertad que, «a contrario sensu», otorga a aquella el artículo 25.3 de la Constitución y que, a partir de la entrada en vigor para España del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, encontró cobertura en la reserva que el Estado español formuló a los artículos 5 y 6 del aludido tratado en el momento de ratificarlo, carecía, en la fecha en que fue sancionado por el Coronel Jefe del Ala núm. 37 y Base Aérea de Villanubla (Valladolid), de la cobertura de la reserva efectuada en 1979 y mantenida en 1986, por lo que, al serle impuesta con arreglo a la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, la sanción privativa de libertad que ahora recurre se habría producido la lesión de su derecho esencial a la libertad personal puesto que una vez vigente la Ley Orgánica 8/1998 no se habría llevado a cabo por el Estado español manifestación alguna en relación a los artículos 5 y 6 del Convenio de Roma.

No comparte la Sala tal inferencia como resulta del tenor de nuestras Sentencias de 6 de febrero, 28 de octubre y 13 de noviembre de 2008. La reserva formulada en 1979 y «mantenida» en 1986, en ambos casos al amparo del artículo 64 del Convenio Roma de 4 de noviembre de 1950, ha sido igualmente «mantenida» en 2007 por España (BOE núm. 267, de 7 de noviembre de 2007) en relación a la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre. Como dice nuestra Sentencia de 6 de febrero de 2008 «la reserva española “tenía y ha tenido siempre por objeto el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas” (FD 37, apartado tercero STEDH. 02.11.2006) en un principio regulado en el CJM (Instrumento de Ratificación de fecha 26.09.1979), posteriormente reemplazado por LO 12/1985, de lo que se informó el 28.05.1986 a las Partes del Convenio. Esta última LO ha sido sustituida a su vez por la vigente LO 8/1998, cambio legislativo de que el Consejo de Europa no fue informado con anterioridad a la entrada en vigor de la reiterada LO 8/1998, ni tal comunicación se ha producido hasta el 23.05.2007 fecha en la que el Reino de España mantuvo su reserva en los términos publicados en el BOE de 07.11.2007, esto es, “España, de conformidad con el artículo 64 del Convenio, se reserva la aplicación de los artículos 5 y 6 en la medida que resulten incompatibles con la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre —Capítulos II y III del Título III y Capítulos I, II, III, IV y V del Título IV— del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, que entró en vigor el 3 de febrero de 1999”»; tras ello, la indicada Sentencia señala que «ninguna duda creemos que existe sobre el ámbito material de la reserva, cuya corrección en el momento de ser formulada no ha llegado a cuestionarse, en la medida en que se presentó en tiempo oportuno, respecto de una disposición particular del Convenio, en cuanto que una Ley en vigor estaba en desacuerdo con la disposición, se acompañó la reserva de una breve exposición de la Ley del Estado y la dicha reserva no tenía carácter general (art. 64 del Convenio, actual art. 57 y SSTEDH recaídas en los casos “Belilos”, de fecha 29.04.1988 y “Weber” 22.05.1990). La duda que suscita el recurrente se sitúa en relación con la validez de aquella reserva, tras la omisión del Estado español del deber de informar sobre la sustitución de la LO 12/1985 por la LO 8/1998. Quien recurre sostiene que los efectos de la reserva, esto es, la exclusión de los efectos jurídicos de aquellas normas convencionales (arts. 5 y 6 del Convenio), en cuanto

a su aplicación al Estado español (vid. art. 2.1.d) de la Convención de Viena), habrían quedado en suspenso reanudando su virtualidad a raíz de la formalización de lo que la parte llama reserva hecha en 2007 sin adicionales matizaciones. No compartimos lo que se afirma porque, sin perjuicio de la competencia del TEDH para declarar la validez de las reservas, en el caso de haber decaído la misma como consecuencia de aquella falta de comunicación, no creemos que pueda reactivarse una reserva ya finalizada porque ello sería contrario al texto y al espíritu del Convenio, que solo consiente reservas hechas al tiempo de su firma o adhesión (actual art. 57 del Convenio)».

La cuestión básica a resolver es, pues, si la falta de notificación por el Estado español al Secretariado del Consejo de Europa de la modificación legislativa operada a partir de 1998 respecto al Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas afecta a la virtualidad de la reserva inicialmente formulada en 1979 y «mantenida» en 1986 a los artículos 5 y 6 del Convenio Europeo de 1950 en relación con dicho Régimen Disciplinario. Como indica esta Sala en su Sentencia de 13 de noviembre de 2008 en relación a si el Estado español debió actualizar la reserva inicialmente formulada a los artículos 5 y 6 del Convenio hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 «respecto al personal militar o si, por el contrario, tratándose de una ley idéntica no era necesario, dada la homogeneidad de los regímenes disciplinarios establecidos en ambas leyes, notificar el cambio legislativo», y tras puntualizar que «el Estado Español siempre ha tenido la voluntad de mantener la reserva a los arts. 5.1 y 6.1 del CEDH, en el caso de las Fuerzas Armadas, como lo demuestran las sucesivas actualizaciones que hizo a la reserva inicial, no importa que en el caso de la Ley 8/98 no lo hiciera hasta mayo de 2007», concluye la indicada Sentencia que «el Convenio de Roma no establece obligación por parte de los Estados de actualizar las reservas hechas al inicio de la ratificación del Tratado».

Sin embargo, la praxis y lo que es más relevante a los efectos aquí examinados, el TEDH (caso Dacosta Silva de 2 de noviembre de 2006 EDJ 2006/277898) así lo exigen por razones de seguridad jurídica, ya que pudiera ocurrir que la normativa sustitutiva de la anterior que sí fue objeto de reserva, introdujera modificaciones sustanciales respecto a la antigua normativa, de suerte que pudiera resultar incompatible con el Convenio de Roma, de ahí que el Tribunal obligue a los Estados nacionales a comunicar cada cambio legislativo que se produzca respecto a las leyes objeto de reserva a fin de verificar su acomodación a los términos del Convenio».

La aludida Sentencia de 13.11.2008 señala que «sentado por las razones dichas que existe obligación de actualizar las reservas (STEDH Caso Belilos vs Suiza de 29 de abril de 1988 y Weber vs Suiza 22 de mayo de 1990 —EDJ 1988/10470 y EDJ1990/12363, respectivamente—) cualquiera que sea la denominación utilizada, la inmediata cuestión a dilucidar es si la reserva queda suspendida hasta que se actualice o si, por el contrario, continúa en vigor en tanto que el Tribunal declare incompatible la nueva ley con el Tratado», y frente a la tesis del recurrente que «así lo entiende con la consecuencia de que el arresto impuesto en el tiempo en que la reserva aún no había sido actualizada es nulo», afirma que «esta Sala por el contrario, tal como dijimos en nuestras sentencias anteriormente citadas, considera que la reserva a los arts. 5.1 y 6.1 del Convenio estaba en vigor en la fecha en que tuvo lugar el arresto del recurrente y ello porque las reservas cumplen una función diferente a la de las actualizaciones. En efecto, las reservas (admitidas en el Convenio de Roma siempre que no sean generales) tienen como fin excluir en los términos que el Convenio autoriza la aplicación de algunos preceptos de este último. Por el contrario, las actualizaciones responden a otra finalidad: la de permitir un control a posteriori por parte del TEDH de que las modificaciones introducidas en la ley objeto de reserva se ajustan al Convenio, al no introducir un régimen jurídico diferente al anterior, salvo modificaciones, y, por tanto, no esencial. Pues bien, desde esta perspectiva, es decir,

del fin de la norma, es claro que en el presente caso el hecho de que el Estado Español se retrasase varios años en la notificación del cambio legislativo realizado en el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, no conlleva como se pretende, la nulidad del arresto impuesto al recurrente ya que la notificación de la aprobación de la ley permite al TEDH comprobar, aunque tardíamente bien es cierto, si la mencionada ley se adapta o no al Convenio, pudiendo ocurrir que el TEDH así lo considerase (lo que por otra parte parece improbable, pues como señalamos en nuestras sentencias anteriormente referidas, se trata de leyes, la anterior y la nueva, prácticamente idénticas), en cuyo caso la reserva hecha carecería de efectos respecto a la ley posterior, siendo de aplicación la integridad del Convenio, pero hasta que esta hipótesis no se dé, la reserva es válida en razón a que su eficacia no queda condicionada, como se sostiene de contrario, a su actualización ya que ésta cumple una función distinta: la de propiciar en su caso que el TEDH pueda hacer un examen a posteriori respecto a la compatibilidad de la nueva ley con el Convenio. Efectuada esta actualización, habrá de ser el propio TEDH quien en su caso, declare incompatible la ley con el Tratado. Hasta que esta eventualidad no se produzca, la reserva inicialmente hecha por el Estado Español extiende sus efectos a la Ley 8/98 de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas».

TERCERO.—En relación con lo que ha quedado expuesto, hemos de señalar que el Tribunal Constitucional en su Sentencia núm. 141/1998, de 29 de junio, seguida por la del Pleno de dicho Tribunal núm. 292/2005, de 10 de noviembre, afirma que «la reserva consiste en una declaración unilateral hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado multilateral, o al adherirse a él, y si tiene por finalidad excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado, según disponen los arts. 2.1.d) y 21.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados, de 1969 (cuyo Instrumento de adhesión fue publicado en el BOE de 13 de junio de 1980), la consecuencia es que la reserva, en cuanto modifica o excluye una disposición, forma parte del tratado y, por la misma razón, también forma parte de él la retirada de la misma». En este mismo sentido se pronuncia el artículo 2.d) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, a la que se adhirió España mediante Instrumento de 16 de mayo de 1972 (BOE núm. 142, de 13 de junio de 1980).

La reserva formulada por España en 1979 a los artículos 5 y 6 del Convenio de 4 de noviembre de 1950 puede calificarse como una reserva sustantiva de exclusión de cláusulas del Convenio, pues trata de evitar o excluir algunos de los efectos jurídicos que se derivan de los citados preceptos, siendo una reserva permitida por el tratado sobre el que opera (artículo 64 del primitivo texto del mismo, hoy 57 según la modificación del articulado operada por el Protocolo núm. 11, de 11 de mayo de 1994, ratificado por España el 16 de diciembre de 1996 —BOE núm. 152, de 26 de junio de 1998—) y compatible con el objeto y el fin del mismo; la reserva española de mérito forma, pues, parte integrante del Convenio desde 1979.

Dado que, a tenor del artículo 21.1.a) y b) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969, la reserva modifica las disposiciones del tratado respecto a las que se formula, «en la medida determinada por la misma», en las relaciones del Estado autor de la reserva con los demás Estados Partes en el tratado y viceversa y que, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 23.4 de dicha Convención de Viena, la retirada de la reserva «habrá de formularse por escrito», es obvio que, en tanto esto último no se hubiere llevado a cabo, la reserva, una vez formulada por el Estado, surte sus efectos indefinidamente, a menos que el tratado respecto al que se haga disponga expresamente otra cosa, lo que no es el caso del artículo 57 del Convenio Europeo de 4 de noviembre de 1950.

En efecto, la reserva, en cuanto que, una vez aceptada, forma parte integrante del tratado —y, como dice la aludida STC 292/2005, de 10 de noviembre, siguiendo la STC 141/1998, de 29 de junio, «no entra a formar parte del ordenamiento jurídico español si no ha sido previamente publicada de forma oficial»—, debe, por ende, ser publicada con éste, ya que, como estipula el artículo 29.2 del Decreto 801/1972, de 24 de marzo, sobre ordenación de la actividad de la Administración del Estado en materia de tratados internacionales, la publicación en el BOE de los tratados en que España sea Parte se llevará a cabo «mediante la inserción del texto íntegro del tratado [...] así como, en su caso, de las reservas o declaraciones formuladas...»; como afirma la STC 141/1998, tan nombrada, el principio de publicidad de las normas a través de su publicación en el BOE viene a ser exigencia del artículo 9.3 en relación con el 96.1, ambos de la Constitución y 1.5 del Código Civil, principio que guarda íntima relación con el de seguridad jurídica consagrado en el mentado artículo 9.3 de la Norma Legal Fundamental (SSTC 179/1989, 151/1994 y 141/1998). Y, en idéntico sentido, debe la reserva, para dejar de surtir sus efectos, ser formalmente retirada mediante la correspondiente publicación en el BOE, como estipula el artículo 32.2 del indicado Decreto 801/1972, de manera que, como señala la tan aludida STC 141/1998, «la reserva, en cuanto modifica o excluye una disposición forma parte del Tratado y, por la misma razón, también forma parte de él la retirada de la misma», de manera que «una cláusula de un Tratado —y ya se ha indicado que la retirada de reserva lo es— no entra a formar parte del ordenamiento jurídico español si no ha sido publicada previamente de forma oficial».

En suma, a tenor de la STC 292/2005 siguiendo la STC 141/1998, «las reservas a un convenio, y consecuentemente su eliminación, forman parte del convenio mismo, pues delimitan su ámbito de aplicación, tal y como dispone el artículo 21.1 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969 [...] y por tanto deben ser publicadas. Una publicación que además también resulta preceptiva a la luz del Derecho interno español, en el que el art. 32 del Decreto 801/1972 exige la publicación no sólo de las retiradas de las reservas, sino asimismo de cualquier “acto internacional relativo a la enmienda, modificación, terminación y suspensión de la aplicación de los tratados en los que sea parte España”», de manera que el formalismo de la reserva —consecuencia de la exigencia de certeza jurídica en cuanto al alcance del consentimiento del Estado en obligarse que es consustancial al Derecho de los Tratados—, consistente en la forma expresa y escrita de ésta y su comunicación oficial, consignándola en un Instrumento diplomático, al momento en que el Estado manifiesta su consentimiento en obligarse definitivamente por un tratado, impide entender que la reserva formulada por España en 1979 a los artículos 5 y 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales pudiera encontrarse condicionada en su virtualidad o eficacia a la, a tales efectos accesoria, circunstancia de la comunicación al Secretariado del Consejo de Europa de los cambios legislativos que se produzcan en la materia a que dicha reserva se contrae —en el caso que nos ocupa, el Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, y, más en concreto, la imposición con arreglo al mismo por la Administración militar de sanciones privativas de libertad—, pues, como dice nuestra citada Sentencia de 13 de noviembre de 2008, la actualización de la reserva en relación a la Ley interna que venga a regular la materia objeto de reserva cumple, únicamente, la función de que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) que instituye el artículo 19 del Convenio de Roma de 1950 pueda examinar el respeto, por el Estado Parte que lleva a cabo la notificación o comunicación, de los compromisos que resultan del mismo —y no se olvide, a efectos de dicho examen, que, como hemos dicho, del texto del Convenio forma parte, en relación a tal Estado, el de la reserva—. Aceptar la tesis de la recurrente comportaría atribuir al hecho de no comunicar al Secretariado del

Consejo de Europa una modificación legislativa afectante a la materia sobre la que recae la reserva los mismos efectos que hubiera producido la retirada de esta última.

En definitiva, la reserva española de 1979 a los artículos 5 y 6 del Convenio de Roma de 1950 surte efectos indefinidamente en relación a éste último, puesto que forma parte del mismo, en tanto no se retire o revoque formalmente en los términos al efecto previstos en el artículo 22 de la Convención de Viena de 23 de mayo de 1969, como así lo demuestra, a mayor abundamiento, la práctica española al respecto (retirada, el 5 de enero de 1979 —BOE de 31 de julio de 1979—, de la reserva formulada por nuestro país, al momento de ratificar, mediante Instrumento de 4 de agosto de 1952, el Convenio III de Ginebra de 12 de agosto de 1949, en relación a la expresión «Derecho internacional vigente» utilizada en el artículo 99 de dicho tratado, surtiendo efectos dicha retirada a partir de su comunicación al Depositario del Convenio el 10 de mayo de 1979), debiendo tal retirada o revocación, para surtir sus efectos tanto «in foro domestico» como en el ámbito internacional, llevarse a cabo de la misma forma en que se produjo la formulación de la reserva, es decir, por las Cortes Generales, en los términos previstos en los artículos 94.1 de la Constitución y 160 en relación con el 155.2, ambos del Reglamento del Congreso de los Diputados de 10 de febrero de 1982 y concordantes del Reglamento del Senado de 3 de mayo de 1994.

No habiéndose retirado, pues, la reserva por el Estado español, ésta surtió sus plenos efectos desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, hasta la comunicación al Secretariado del Consejo de Europa, el 23 de mayo de 2007, de la modificación habida por dicha Ley Orgánica en la materia objeto de reserva, sin que, por tanto, pueda prosperar la pretensión de la recurrente de que los arrestos impuestos en tal lapso temporal al amparo de dicha Ley Orgánica fueren nulos.

En suma, el mantenimiento de la reserva de 1979 llevado a cabo por España en 2007 no comporta sino que el Consejo de Europa y el TEDH en su caso tengan conocimiento de que la materia objeto de reserva aparece ahora regulada en la Ley Orgánica 8/1998, es decir, una mera notificación de que las disposiciones de la Ley Orgánica 12/1985 a que se refería la comunicación de 28 de mayo de 1986 han venido a ser reemplazadas por las de la Ley Orgánica 8/1998 que se mencionan en la comunicación de 23 de mayo de 2007, manteniéndose la reserva formulada en 1979 a los aludidos artículos 5 y 6 del Convenio Europeo de 1950 en la medida en que continuaren resultando estos incompatibles con las disposiciones que se citan de la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre.

Efectuadas las consideraciones que anteceden, concluimos, dentro de nuestra competencia y al objeto de resolver el motivo casacional, que la materia de los arrestos impuestos a los miembros de las Fuerzas Armadas en aplicación del Régimen Disciplinario propio de éstas continuaba rigiéndose, al momento de adoptarse la resolución sancionadora, por la norma específica que la regula representada por la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, que forma parte del Derecho interno nacional en función y como efecto derivado de la reserva formulada por España en 1979 a los artículos 5 y 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, la cual fue actualizada en 1986 y ha sido mantenida en 2007; de manera que, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, recogida en las SSTC 21/1981, de 15 de junio, 44/1983, de 24 de mayo, 31/1985, de 5 de marzo, y 14/1999, de 22 de febrero, y nuestra propia jurisprudencia (Sentencias citadas de 6 de febrero, 28 de octubre y 13 de noviembre de 2008), el hecho de la imposición, con sujeción a la expresada Ley Orgánica 8/1998 y desde la entrada en vigor de ésta, de las reiteradas sanciones —arrestos— privativas de libertad en el ámbito singular propio del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas no vulnera por sí solo las disposiciones del aludido Convenio Europeo de 4 de

noviembre de 1950 comprendidas en la reserva ni, por ende, el derecho fundamental que se invoca a la libertad personal del artículo 17 de la Constitución.

Con desestimación del motivo.

Nota. 1. Este grupo de sentencias del TS continúa una línea jurisprudencial ya comenzada en 2008 atinente al alcance de la reserva española a los arts. 5.1 y 6.1 del CEDH en lo que se refiere al régimen disciplinario militar en sentido estricto, pues conviene retener que la Sentencia del TEDH de 2 de noviembre de 2006 en el asunto *Dacosta Silva c. España* dejó sentado que el régimen disciplinario de la Guardia Civil no estaba cubierto por dicha reserva, esto es, escapaba al ámbito material de la reserva española. El régimen disciplinario militar ha sufrido dos grandes modificaciones legislativas desde la adhesión de España al CEDH, cuando se encontraba regulado en el preconstitucional Código de Justicia Militar que era la ley interna mencionada en la reserva española. La primera modificación (LO 12/1985) fue oportunamente comunicada al Consejo de Europa en 1986, pero no así la normativa actualmente vigente, la LO 8/1998, de 2 de diciembre, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, que, entrada en vigor en 1999, no ha sido comunicada hasta el 23 de mayo de 2007 (*BOE* de 7 de noviembre de 2007). La cuestión jurídica principal que resuelve el TS atiende a los efectos de la falta de comunicación de esta modificación legislativa, pues nos encontramos con arrestos disciplinarios que constituyen privación de libertad a efectos del CEDH y de nuestra jurisprudencia constitucional, pero que han sido impuestos en virtud de una nueva legislación que, estando dentro del ámbito material de la reserva, no ha sido notificada al Consejo de Europa.

2. La cuestión jurídica central es, pues, si esta falta de notificación enerva los efectos jurídicos de la reserva con la consecuencia de que dichas sanciones resulten nulas por ser contrarias al Convenio. El TS da una respuesta negativa a esta cuestión, al entender que la obligación de notificación, esto es, la necesidad de actualizar la reserva, no constituye un requisito de validez de la reserva, sino que posee un objetivo jurídico distinto (vinculado con la seguridad jurídica), cual es la de permitir al TEDH comprobar que las modificaciones legislativas operadas con posterioridad se ajustan al Convenio, sin perjuicio de que el TEDH eventualmente pudiera declarar la invalidez de la reserva española por esta causa. La argumentación del TS contenida en este FJ 2.º es difícilmente objetable. Si el TEDH ha establecido con claridad que las condiciones contenidas en el art. 57 del CEDH (ley interna en vigor en el momento de la manifestación del consentimiento, breve exposición de su contenido y proscripción de reservas generales) son condiciones de fondo o validez de las reservas que, en caso de no cumplirse, conllevan su separabilidad dejando intacta la vinculación al CEDH; lo cierto es que no existe jurisprudencia, ni clara ni indiciaria, sobre las consecuencias jurídicas de la falta de comunicación de las legislaciones nacionales que sustituyen a la mencionada en la reserva primigenia, más allá de su vinculación con la seguridad jurídica. Apunta, por ello, nuestro TS a los elementos claves que no son otros que la válida formulación en tiempo de la reserva española y, por supuesto, el enjuiciamiento del cambio normativo desde la perspectiva del ámbito material cubierto por la reserva, esto es, verificar el respeto de la prohibición de que por vía de una ulterior modificación legislativa, el Estado amplíe el ámbito material cubierto por la reserva. Más allá de esto, la práctica del CEDH es, cuando menos, incierta, pues existen ejemplos de retrasos en la comunicación de los cambios normativos o aún con mayor incidencia sobre este requisito, como fue la reacción de Suiza a la Sentencia *Belilos*. Tampoco hay en los trabajos de la CDI sobre reservas hasta el momento, nada que hubiera permitido al TS fundamentar una solución distinta, ni la doctrina se ha pro-

nunciado sobre este asunto. No obstante, si se tiene presente el escandaloso retraso de la Administración española a la hora de comunicar el cambio normativo es de alabar la prudente posición del TS en cuanto a la eventualidad de que el TEDH declare la reserva española inválida o, al menos, inoperante mientras no se haya producido dicha comunicación, por razones de seguridad jurídica, a lo que contribuiría la estricta concepción de las reservas al CEDH y su carácter transitorio. Ello no obsta a que, de producirse esta declaración, se reproduzcan en nuestro país los problemas derivados de la ausencia de una vía procesal clara para dar cumplimiento a las sentencias del Tribunal de Estrasburgo, si bien de la base de datos de asuntos comunicados no existe aún demanda formulada por los afectados.

3. Menos acertadas son las consideraciones que el TS realiza en el FJ 3.º, amparándose en una no más acertada jurisprudencia constitucional (STC 292/2005) sobre la condición de la reserva como parte integrante del tratado internacional, cuando se trata en realidad de un instrumento unilateral de limitación del consentimiento del Estado en obligarse por un tratado. Dicho error de fondo lleva al TS a construir una tortuosa imbricación con la regulación constitucional del procedimiento de conclusión de tratados internacionales (por lo que atiende a la retirada de una reserva) y de su recepción en el ordenamiento español que desemboca en afirmaciones erróneas que confunden ambos planos: el de la vinculación convencional de España de conformidad con las reglas del Derecho internacional y el de la integración del tratado en el ordenamiento interno. Razones de espacio precluyen un tratamiento más detenido de esta cuestión que, siendo más bien una argumentación del TS *ad abundantiam*, era seguramente innecesaria para la emisión del fallo.

Pablo MARTÍN RODRÍGUEZ

TRATADOS.—Infracción del art. 96 de la CE. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: Vulneración del principio *pacta sunt servanda*. Homologación de títulos.

Sentencia TS (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 4.ª) de 23 de junio de 2009. Ponente: Antonio Martí García.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079130042009100279.

QUINTO.—[...] Se aduce que la sentencia ha vulnerado determinados principios generales del Derecho Internacional, como son los de la fuerza vinculante y el efecto obligatorio de los tratados internacionales válidamente celebrados e incorporados al ordenamiento jurídico interno; principios de los que da cuenta la Convención de Viena antes aludida y que resultan de aplicación a los Convenios Culturales suscritos entre España y la República Dominicana. Igualmente ha de decaer este argumento. La denegación de la homologación del título de la recurrente no infringe las disposiciones de los artículos 96 de la Constitución española y de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, a la cual se adhirió España por Instrumento de 2 de mayo de 1972, sobre la fuerza vinculante y el efecto obligatorio (principio «pacta sunt servanda») de los Tratados Internacionales válidamente celebrados e incorporados al Ordenamiento interno por la ratificación parlamentaria, habida cuenta de que, como ya señalamos en el fundamento jurídico anterior, en palabras de la Sentencia de 19 de julio de 2002, «El establecimiento de este juicio de equivalencia no es contrario a las previsiones del tan citado artículo 3 del Convenio de 1953 entre España y la República Dominicana, puesto que dicho precepto no

puede interpretarse en el sentido de establecer una homologación automática, incondicionada y acrítica de títulos basada en la mera identidad formal de denominaciones, sino que —como ha proclamado una reiteradísima doctrina jurisprudencial— requiere un control de equivalencia del título extranjero respecto del título español al que se pretende homologar». De tal manera que esa falta de equivalencia apreciada por el órgano que tiene la competencia para ello y las carencias formativas advertidas son las que motivan la denegación de la homologación [...].

Nota. No es la primera vez que una resolución judicial dictada a propósito de un litigio sobre homologación de títulos extranjeros en España justifica un breve comentario en esta crónica (D. DE PIETRI, *REDI*, vol. L (1998), 1, pp. 204-205). En este supuesto concreto, la violación de un tratado internacional y la consiguiente violación del Convenio de Viena de 1969 constituyen el motivo que sustenta el recurso de casación. El Tribunal lo rechaza con apoyo en una reiterada jurisprudencia que desde hace muchos años viene señalando, de forma constante, que una cláusula como la recogida en el art. 3 del Convenio de 1953 concluido entre España y la República Dominicana no implica un reconocimiento automático de los títulos extranjeros en nuestro país. De ahí que el Tribunal Supremo haya llevado a cabo, en este pronunciamiento, una interpretación de la mencionada Convención que prescribe la necesidad de hacer una prueba adicional al título. Más allá de la consideración apuntada sobre el carácter *non self-executing* de la disposición convencional arriba citada, habría que matizar que, desde un punto de vista constitucional, es el primer inciso del párrafo primero del art. 96 de nuestra Carta Magna el que recoge el fundamento de la integración y eficacia de las normas convencionales en España. Por lo demás, puede ser igualmente señalada, en esta sentencia, la omisión a la mención que la jurisprudencia del Supremo suele hacer, también en este punto, al art. 1.5 del Código Civil.

Eva Díez Peralta

RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO ESPAÑOL: Invocación de Tratados internacionales.

Sentencia TS (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) de 24 de febrero de 2009. Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079120012009100094.

SEXO.—[...] Así las cosas, resulta perfectamente lógico y en modo alguno arbitrario, que el Tribunal de instancia adquiriera la convicción de que el acusado estaba perfectamente impuesto tanto de las sustracciones como de las falsificaciones y alteraciones en las documentaciones y bastidores de los vehículos.

Se alega por el recurrente que este delito se había cometido en Bélgica y no en España por lo que los Tribunales españoles carecen de jurisdicción. Esta alegación no puede prosperar. Hay que recordar que si bien una inicial jurisprudencia de esta Sala estimó que en casos de falsedad de documentos públicos u oficiales había de acreditarse que su alteración había tenido lugar en España, pues en caso contrario carecían de competencia los Tribunales para su enjuiciamiento a la vista del art. 23 de la LOPJ y que tal delito no se encuentra entre los prescritos en los apartados 3 y 4 no pudiendo operar ni el párrafo 1.º ni el principio de personalidad al no ser el autor de nacionalidad española —entre otras SSTs 742/98 de 14 de mayo, 1867/2000 de 29 de diciembre, 1954/2000 de 1 de marzo, 2384/2001 de 7 de diciembre, 1504/2002 de 19 de septiembre—, es lo cierto que tal

jurisprudencia ha sido superada por otra que estima, en una nueva lectura del art. 23.3.º letra f), que la falsificación de documentos de identidad siempre afecta a los intereses del Estado, desde las exigencias derivadas del art. 6 del Convenio de Schengen y porque en definitiva en la realidad social en clave internacional no le puede ser indiferente a ningún país la identificación de personas provistas de documentos identificativos falsos, pues ello afecta a las políticas de visados, inmigración, como de seguridad. Exponente de esta nueva doctrina, son las SSTS 975/2002 de 29.6, 1295/2003 de 7.10, 1089/2004 de 24.9, 66/2005 de 19.1, 476/2006 de 5.4, 431/2008 de 5.4.

Nota. Nos parece oportuno comenzar este brevísimo comentario efectuando una remisión a un pasaje de la célebre sentencia del Tribunal Constitucional 107/1992, de 1 de julio, en el que se aludía a «la necesidad de que los órganos jurisdiccionales se conviertan en intérpretes y aplicadores de la legalidad internacional». Pues bien, esto es lo que ocurre en la sentencia cuyo fundamento jurídico analizamos, en el que se pone de manifiesto, con especial claridad, la imbricación creciente entre el Derecho internacional/europeo y el Derecho interno. Así las cosas, la influencia que ha ejercido el orden internacional en el Derecho procesal español es aquí la causa y el origen de un cambio en la jurisprudencia del Alto Tribunal, que viene respaldado, precisamente, por una interpretación de las disposiciones de la LOPJ, relativas a la competencia de los tribunales españoles para enjuiciar un supuesto de falsedad en documento público, más coherente con las obligaciones internacionales asumidas por nuestro país en el marco del acervo de Schengen.

Eva Díez Peralta

RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO.—Acuerdo sobre los ADPIC (Acuerdo sobre los Derechos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio): Integración en el ordenamiento español y posición preferente en el sistema de fuentes.

Sentencia del TSJ de Madrid (Sala de lo contencioso-administrativo), de 12 de febrero de 2009. Ponente: Sandra María González de Lara Mingó.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079330022009101670.

CUARTO.—[...] Por otra parte, la posición que mantuvo el Representante de España ante el Consejo que gobierna el Acuerdo ADPIC el 18 de noviembre de 1997, en relación a la aplicación del artículo 27 del Acuerdo fue la siguiente:

«En este sentido, cabe destacar que el Acuerdo sobre los ADPIC, como instrumento normativo internacional, posee primacía sobre el Derecho Nacional. De conformidad con el artículo 96.1 de la Constitución Española y con el artículo 1.5 del Código Civil las normas contenidas en los Tratados internacionales obligan a España desde su entrada en vigor, y, en calidad de Tratados, forman parte del ordenamiento interno y gozan de eficacia plena en nuestro Ordenamiento».

En realidad, y en lo que afectaba a la legislación nacional, la Oficina Española de Patentes y Marcas, ya reconocía que el Acuerdo ADPIC formaba parte del ordenamiento interno automáticamente, sin necesidad de mediación de una ley o disposición de incorporación, y así lo declaraba en la Instrucción 2/1995, de 30 de diciembre:

«La eventual contradicción que pudiera surgir entre el Derecho nacional y un tratado internacional suscitaría un puro problema de selección del Derecho aplicable al caso

concreto, que se resolvería aplicando el principio de primacía de los tratados internacionales, reconocido por los artículos 96.1, 2.º inciso de la Constitución y en el dominio de la propiedad Industrial por el 10.4 del Código Civil». Al respecto destaca la Instrucción la jurisprudencia del Tribunal Supremo, citando las Sentencias de 22 de mayo de 1989 y 26 de marzo de 1991, y las Sentencias del Tribunal Constitucional 28/1991, de 13 de marzo y 180/1993, de 5 de julio.

Hay que recordar que la Instrucción se dicta antes de la fecha límite de 1 de enero de 1996, a partir de la cual resultaba obligado aplicar las disposiciones del Acuerdo ADPIC (artículo 65.1). No obstante se ha discutido la relevancia de esta fecha por entender que el 1 de enero de 1996 no es la fecha de aplicación del Acuerdo, sino la fecha límite del comienzo de su aplicación (STJCE de 13 de septiembre de 2001, Schieving Nijstad, C-89/99, p. 12), de manera que una vez publicado el Acuerdo en el BOE, dicha aplicación tendría lugar a partir del día siguiente, el 25 de enero de 1995, conforme a lo dispuesto en los artículos 96.1 CE y 1.5 del Código Civil.

El propio Órgano de Apelación de la OMC en su Informe de 18 de septiembre de 2000, as. Canadá-Período de Protección mediante Patente, se desprende, en relación al artículo 70.7 del Acuerdo ADPIC, que esta disposición rige para las solicitudes de patentes que estaban pendientes en la fecha de aplicación del Acuerdo sobre los ADPIC y estipula que esas solicitudes podrán modificarse para reivindicar la protección mayor que se prevea en ese Acuerdo. La misma máxima interpretativa aplicable al párrafo 6 rige para el párrafo 7 del citado artículo. Si bien, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 70 el acto de presentación de una solicitud esté exento en general de las obligaciones establecidas en el Acuerdo ADPIC, el párrafo 7 de dicho artículo dispone de una excepción específica para el caso de las solicitudes de protección que estén pendientes en la fecha de aplicación del Acuerdo, que podrán modificarse a fin de mejorar la protección.

Nota. Esta sentencia sólo constituye un exponente más de una guerra que se está librando en nuestros Tribunales desde hace algunos años y que enfrenta a la industria farmacéutica innovadora y la de los genéricos. Estos litigios tienen como marco la protección especial que dispensa el Acuerdo sobre los Derechos de la Propiedad Intelectual relacionados con el comercio (en sus siglas, ADPIC), adoptado en el marco de la Organización Mundial del Comercio, a las patentes de productos farmacéuticos. Esta sentencia, como muchas otras, determina que el Acuerdo sobre los ADPIC es una norma directamente aplicable en el ordenamiento jurídico español, es decir, susceptible de crear derechos subjetivos a favor de las personas físicas o jurídicas que pueden ser directamente invocables y protegibles en el marco de un procedimiento judicial entre particulares o de éstos con el Estado. Asimismo, se examina la incidencia que ha tenido el Acuerdo sobre los ADPIC sobre el sistema jurídico de patentes existente en España, y se interpreta el alcance de las obligaciones derivadas de los arts. 27 y 70 del Acuerdo sobre los ADPIC a la luz de las resoluciones emitidas por el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC. Y, en último lugar, es analizado el estado de la cuestión en el marco de la Unión Europea a la luz de la jurisprudencia de su Tribunal de Justicia (en nuestra doctrina véase, al respecto, OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, C., «Efecto Directo y aplicación retroactiva del Acuerdo sobre los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el comercio: el problema de las patentes europeas de medicamentos en España», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. VIII, 2008, pp. 669-681; SEUBA HERNÁNDEZ, X., «La invocación del Acuerdo sobre los ADPIC ante los Tribunales Españoles y sus consecuencias sobre las patentes farmacéuticas», *iustel.com, Revista General de Derecho Europeo*, núm. 14, octubre 2007, pp. 1-27; SEUBA HERNÁNDEZ, X. (dir.), *Salud Pública y patentes farmacéuticas. Cuestiones de economía, política y derecho*, Madrid, J. M. Bosch Editor, 2008). No obstante lo anterior y,

por lo que a esta edición de la crónica se refiere, la resolución extractada constituye un mero ejemplo, entre otros muchos, de una correcta comprensión de los preceptos que fundamentan la integración y la plena eficacia de los tratados internacionales en España y un conocimiento notable de la posición de los tratados en el sistema de fuentes insistiendo, como ha confirmado una profusa jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en la prevalencia de los tratados sobre las normas internas.

Eva Díez Peralta

RELACIONES ENTRE DERECHO INTERNACIONAL Y DERECHO INTERNO.— Garantía y función de la publicidad de los tratados internacionales en España.

Sentencia del TSJ de Navarra (Sala de lo Contencioso administrativo), de 29 de mayo de 2009. Ponente: Antonio Rubio Pérez.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 31201330012009100373.

CUARTO.—Tal doctrina o razonamiento debe ser revisado y lo ha sido ya, aunque quizá sin la abundancia argumentativa que hubiese podido evitar este recurso de casación para la unificación de doctrina, en la sentencia recurrida en la que se entiende que los argumentos para resolver la cuestión son de índole constitucional.

La STC (Pleno) de 2-11-1989, núm. 179, dice: «La Constitución, en su artículo 9.3, garantiza el principio de la publicidad de las normas. Esta garantía aparece como consecuencia ineluctable de la proclamación de España como un Estado de Derecho, y se encuentra en íntima relación con el principio de seguridad jurídica consagrado en el mismo art. 9.3 CE: pues sólo podrán asegurarse las posiciones jurídicas de los ciudadanos, la posibilidad de éstos de ejercer y defender sus derechos, y la efectiva sujeción de los ciudadanos y los poderes públicos al ordenamiento jurídico, si los destinatarios de las normas tienen una efectiva oportunidad de conocerlas en cuanto tales normas, mediante un instrumento de difusión general que dé fe de su existencia y contenido por lo que resultarán evidentemente contrarias al principio de publicidad aquellas normas que fueran de imposible o muy difícil conocimiento.

Esta garantía de publicidad aparece reflejada en la Constitución en varios de sus preceptos: así, disponiendo la inmediata publicación de las Leyes aprobadas por las Cortes Generales, tras la sanción real (art. 9.1) y, respecto de los tratados internacionales, condicionando su eficacia a su publicación oficial en España (art. 96.1). En términos más generales, la Constitución reserva al Estado la emisión de las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas (art. 149.1.8), lo que (independientemente de la «vexata quaestio» de si la publicación es un requisito esencial de la existencia de una norma o una condición para su eficacia) es evidentemente aplicable a los requisitos referidos a su publicación. La traducción en la legislación ordinaria de tal garantía se halla, respecto de las leyes, en el art. 2 CC («Las leyes entrarán en vigor a los 20 días de su completa publicación en el “Boletín Oficial del Estado”, si en ellas no se dispusiera otra cosa») y, respecto de disposiciones administrativas, en el art. 29 LRJAE («para que produzcan efectos jurídicos de carácter general los Decretos y demás disposiciones administrativas habrán de publicarse en el “Boletín Oficial del Estado”, y entrarán en vigor conforme a lo dispuesto en el art. 1 CC») y en el art. 132 LPA («para que produzcan efectos jurídicos, las disposiciones de carácter general habrán de publicarse en el “Boletín Oficial del Estado” y entrarán en vigor conforme a lo dispuesto en el art. 1 CC).

Nota. La sentencia parcialmente transcrita nos sitúa ante un tema de importancia capital, como es el de la función que cumple la publicación formal y oficial de las normas en un ordenamiento democrático. En efecto, esta sentencia se hace eco de una doctrina constitucional ya asentada, en la que se confirma que la exigencia de publicidad normativa impuesta por la Constitución de nuestro país, cuyo vehículo jurídico-formal es la publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, alcanza no sólo a las normas internas sino también, lógicamente, a las normas internacionales de naturaleza convencional, y se erige en garantía de certeza de ambas categorías de normas y en condición de su eficacia (sobre estas garantías puede verse, por todos, ARCOS RAMÍREZ, F., *La seguridad jurídica. Una teoría formal*, Madrid, Dykinson, 2000).

Eva Díez Peralta

RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO ESPAÑOL.—Inclusión de los tratados internacionales en el concepto de norma.

Sentencia TSJ del País Vasco (Sala de lo Social), de 23 de junio de 2009. Ponente: Juan Carlos Benito-Butrón Ochoa.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 48020340012009101583.

CUARTO.—En lo que se refiere a la revisión jurídica, al amparo del artículo 191.c) de la LPL, motivando la interposición del recurso extraordinario en el examen de la infracción de las normas sustantivas o de la jurisprudencia, debe recordarse que el término norma recoge un ámbito amplio jurídico y general que incluye las disposiciones legislativas, la costumbre acreditada, las normas convencionales y hasta los Tratados Internacionales ratificados y publicados. Pero además la remisión a la idea de normas sustantivas no impide igualmente que las normas procesales que determinen el fallo de la resolución deban ser también esgrimidas y alegadas como infracción que se viene a producir en supuestos adjetivos, cuales son entre otros los propios de excepciones de cosa juzgada, incongruencia u otros. Y es que la infracción jurídica denunciada debe atenerse al contenido del fallo de la resolución, por lo que en modo alguno la argumentación de la suplicación se produce frente a las Fundamentaciones Jurídicas, sino sólo contra la parte dispositiva, con cita de las normas infringidas y sin que pueda admitirse una alegación genérica de normas sin concretar el precepto vulnerado u omisión de la conculcación referida, que impediría en todo caso a la Sala entrar en el examen salvo error evidente «iura novit curia» o vulneración de derecho fundamental, y en todo caso según el estudio y resolución del tema planteado, sin perjuicio de que como luego veremos corregiremos con estimación parcial el concepto de fondo de compensación de modificaciones normativas y procederemos a confirmar la existencia de adeudamiento respecto de incrementos de salarios.

Nota. La naturalidad con que nuestra práctica forense debe manejar y aplicar normas de naturaleza internacional se revela en esta sentencia en cuanto que incluye en el concepto de norma a los tratados internacionales ratificados y publicados en España. Una única cuestión centra nuestra atención en estas líneas: no se entiende muy bien por qué el órgano judicial hace hincapié en una distinción impropia entre normas convencionales y tratados internacionales.

Eva Díez Peralta

3. ESTATUTO INTERNACIONAL DEL ESTADO

INMUNIDAD DE EJECUCIÓN DE ESTADOS EXTRANJEROS.—Ejecución de sentencia. Bienes embargables: IVA pendiente de reembolso. Tutela judicial efectiva.

Sentencia TS (Sala de lo Social, 4.^a) de 22 de junio de 2009. Ponente: Jesús Gullón Rodríguez.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079140012009100618.

QUINTO.—Aplicando la anterior doctrina al caso de autos, tal y como se anticipó en el anterior fundamento, es claro que la demanda ha de desestimarse, pues la sentencia a la que ahora se achaca el error no incidió en absoluto en ninguno de los supuestos jurisprudenciales que implicaría la existencia de tal error, tal y como sostuvieron los demandados en sus escritos de contestación a la demanda y en la vista oral.

Afirma el demandante que fue palmaria y manifiestamente errónea en el sentido antes expresado la interpretación que llevó a cabo la Sala del País Vasco de las previsiones del Real Decreto 3485/2000, de 29 de diciembre, sobre franquicias y exenciones en régimen diplomático, consular y de organismos internacionales, cuyo artículo 3, en relación con el 2.1.a), b), c) y d) contiene el soporte legal que impediría, de conformidad con lo previsto en el artículo 609 de la ley de Enjuiciamiento Civil, y con base firme en el artículo 32.3 Convención de Viena de 1961, en el que se dispone que «Los locales de la misión, el mobiliario y demás bienes situados en ellas, así como los medios de transporte de la misión, no podrán ser objeto de ningún registro, requisa, embargo o medida de ejecución».

Lejos de ello, lo que hizo la sentencia impugnada fue una interpretación perfectamente posible, razonada y coherente de la implicación de tales preceptos en relación con unos bienes muy singulares, las devoluciones del impuesto sobre el valor añadido, que en absoluto están directamente comprendidos en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 18 de abril de 1961 o en la Convención de Viena sobre relaciones consulares de 24 de abril de 1963, pues lo esencial para la Sala del País Vasco, y para el Juzgado de instancia, consistía en que de tales preceptos no se desprende necesariamente esa inembargabilidad. Además, los razonamientos jurídicos de la sentencia se extienden a la ausencia de acreditación por parte del Estado recurrente, de que esas devoluciones estuviesen vinculadas con actividades que supusieran el ejercicio de *ius imperii*, por lo que tenían la condición de devoluciones de impuestos, o beneficios fiscales ligados a actividades de gestión.

Sobre este punto conviene detenerse un momento, porque la parte demandante propone constantemente en la demanda y lo mismo hizo en la vista oral, una especie de revisión del Derecho aplicado por la Sala de suplicación como si este proceso fuera una casación directa o una apelación, una instancia más en suma, de lo que es buena prueba el hecho de que propuso y aportó una prueba documental —que bien pudo haberla adjuntado al proceso en la instancia o intentarlo en suplicación por vía del artículo 231 LPL y no lo hizo— con la que se pretende que esta Sala entre en el análisis de la interpretación ordinaria de los preceptos en juego y afirme con base en tales documentos que los actos de los que derivaban las discutidas devoluciones estaban sujetos al *ius imperii*.

Pero la realidad es que la naturaleza de la acción de error judicial ejercitada, tal y como se ha razonado antes in extenso con la cita de la jurisprudencia del Tribunal, impide que podamos llevar a cabo ninguna reflexión sobre el eventual acierto en la interpretación de los preceptos aplicados en la sentencia a la que se atribuye el error, y menos aún analizar una prueba documental para alterar los hechos probados que se tuvieron en cuenta, pues como se dijo, la realizada por la Sala del País Vasco en relación con los referidos preceptos fue una interpretación motivada, coherente y razonable de tales normas que en modo alguno cabe configurar como errónea en el sentido antes indicado.

SEXTO.—Finalmente, desde el punto de vista constitucional, la sentencia de suplicación llevó a cabo una aplicación ponderada del derecho a la tutela judicial efectiva de los trabajadores ejecutantes —artículo 24.1 CE— que en modo alguno fue vulnerado para el hoy demandante, como se puede desprender de las SSTC 107/1992 y 292/1994 y 18/1997, con arreglo a las que «el régimen de inmunidad de ejecución de los Estados extranjeros no es contrario, cualquiera que éste sea, al derecho a la tutela judicial efectiva consagrado por el artículo 24.1 CE, pero [...] una indebida extensión o ampliación por parte de los Tribunales ordinarios del ámbito que es dable atribuir a la inmunidad de ejecución de los Estados extranjeros en el actual ordenamiento internacional acarrea una violación del derecho a la tutela judicial efectiva del ejecutante, porque supone restringir sin motivo las posibilidades del justiciable de conseguir la efectividad del fallo, sin que ninguna norma imponga una excepción a dicha efectividad».

Por esa razón, la sentencia de la Sala del País Vasco analiza detenidamente la naturaleza de los bienes embargados, y con los elementos probatorios con que contaba en el proceso, al que nada aportó el ejecutado ni intentó la introducción de algún hecho probado en tal sentido, se afirmó que esos bienes no estaban sujetos, no constaba que lo estuviesen, o destinados a actividades vinculadas con el ius imperii que hubiese justificado su inmunidad y hubiese justificado también la excepción del Derecho constitucional a obtener la debida ejecución de una sentencia firme, actividad o análisis que, como se dice en la referida jurisprudencia constitucional, corresponde al Juez ejecutante.

Además, en el ATC 112/2002 que cita la resolución hoy impugnada y al que antes nos hemos referido, se afirma categóricamente que no hubo para el Estado demandante de amparo violación del derecho fundamental de tutela judicial efectiva ex artículo 24.1 CE, en un supuesto prácticamente idéntico en que los EE.UU. de América plantearon recurso de amparo contra una decisión similar de embargo del IVA.

En el referido Auto se razona que «el art. 21.2 LOPJ y las normas de Derecho Internacional público a la que tal precepto remite, no imponen una regla de inmunidad absoluta de ejecución de los Estados extranjeros, sino que permiten afirmar la relatividad de dicha inmunidad, conclusión que se ve reforzada por la propia exigencia de la efectividad de los derechos que contienen el art. 24 CE y por la ratio de la inmunidad, que no es la de otorgar a los Estados una protección indiscriminada, sino la de salvaguardar su igualdad e independencia. Por consiguiente, la delimitación del alcance de tal inmunidad debe partir de la premisa de que, con carácter general, cuando en una determinada actividad o cuando en la afectación de determinados bienes no esté empeñada la soberanía del Estado extranjero, tanto el ordenamiento internacional como, por remisión, el ordenamiento interno desautorizan que se inefecte una Sentencia; en consecuencia, una decisión de inefecución supondría en tales casos una vulneración del art. 24.1 CE» (por todas, SSTC 107/1992, de 1 de julio, FJ 4; 292/1994, de 27 de octubre, FJ 3; 18/1997, de 10 de febrero, FJ 6; y 176/2001, de 17 de septiembre, FJ 3).

Nota. La sentencia reseñada viene a engrosar y enriquecer la práctica judicial española en materia de inmunidad judicial del Estado extranjero, al tiempo que con-

firma la propensión de nuestros órganos judiciales a suscribir una concepción restringida de la inmunidad de ejecución, partiendo de un análisis jurídico de la naturaleza de los actos y actividades, llevados a cabo por el Estado extranjero.

En el caso enjuiciado, grosso modo, el Tribunal Supremo desestima una demanda de declaración de error judicial formulada por los Estados Unidos de América contra una Sentencia del TSJ País Vasco, de 8 de abril de 2008, que confirmó la decisión de embargo efectuada por el Juzgado de lo Social núm. 3 de los de Bilbao, en el que se acordó proceder contra las devoluciones que por el concepto de IVA estaban pendientes de ser efectuadas a la Embajada de los Estados Unidos por la Agencia Tributaria de España. De esta suerte, tras más de una década de periplo judicial, dos trabajadores que ejercían labores de administración en el Consulado de Estados Unidos en Bilbao pueden ver cumplida una sentencia favorable que calificó su despido con motivo del cierre de dicho Consulado como improcedente.

El Gobierno de los Estados Unidos, en la alegación formulada en el recurso interpuesto ante la Sala del TSJ del País Vasco, sostenía que las cantidades trabadas en concepto de IVA reembolsable eran bienes vinculados al ejercicio de la soberanía de los Estados Unidos de América en nuestro país y, por consiguiente, bienes inembargables por una causa de inmunidad. Esta es la razón que le lleva a considerar vulnerado su derecho a una tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 de nuestra Constitución y los arts. 605, 606 y 609 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), en conexión con el art. 22.3 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, de 1961, el art. 31 del Convenio de Viena sobre Relaciones Consulares, de 1963 y el art. 3 del Real Decreto 3485/2000, de 29 de diciembre, sobre franquicias y exenciones en régimen diplomático, consular y de organismos internacionales. Concretamente, los preceptos mencionados de sendas Convenciones de Viena estipulan que los locales de las misiones, su mobiliario y demás bienes situados en ellos, incluidos los medios de transporte, gozan de inmunidad frente al registro, requisa, embargo y cualquier otra medida de ejecución. Por su parte, la disposición invocada del Real Decreto 3485/2000 prevé exenciones del impuesto sobre el Valor Añadido en las entregas de bienes, prestaciones de servicios y adquisiciones intracomunitarias realizadas en el marco de relaciones diplomáticas y consulares; no obstante esta excepción se establece a título de reciprocidad.

El Alto Tribunal considera en la sentencia parcialmente transcrita que la Sala del TSJ País Vasco ha manejado correctamente las dos pautas más importantes recogidas en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, en relación con la ejecución de sentencias españolas sobre los bienes de los Estados extranjeros deudores. Ciertamente, en virtud de esta doctrina gozan de inmunidad incondicional de ejecución las cuentas corrientes de las misiones diplomáticas y consulares, así como los restantes bienes que estén afectados a actividades *iure imperii*, pero no los destinados a actividades *iure gestionis* (SSTC 107/1992, 292/1994, 18/1997 y 176/2001. Sobre las sentencias apuntadas pueden verse los comentarios elaborados en esta *Revista* por SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I., «Comentario a la STC 107/1992», vol. XLIV, 1992, pp. 576-582; GONZÁLEZ VEGA, J. A., «Comentario a la STC 292/1994», vol. XLVII, 1995, pp. 268-276; GONZÁLEZ VEGA, J. A., «Comentario a la STC 18/1997», vol. L, núm. 1, 1998, pp. 207-217; QUESADA ALCALÁ, C.: «Comentario a la STC 176/2001», vol. LIV, núm. 1, 2002, pp. 265-271).

La determinación del carácter de los bienes correspondió al juez ejecutor; luego de varios años de llevar a cabo una tarea ardua dirigida a investigar la relación de bienes y derechos susceptibles de embargo que pudiesen existir en nuestro país bajo la titularidad de los Estados Unidos, y a pesar de que este último país, de manera asombrosa,

se había declarado insolvente. De ahí que, como primera opción, el Juzgado de lo Social decretara el embargo de las cantidades depositadas en una cuenta corriente de aquel país en una entidad bancaria situada en territorio español. No obstante, con buen criterio, el propio Juzgado rectificó y unos meses más tarde dejó sin efecto esta decisión, habida cuenta de que el Tribunal Constitucional español había proclamado ya el carácter inembargable de dichas cuentas «tanto por el carácter único e indivisible del saldo [...] como por la imposibilidad de una investigación de las operaciones y de los fondos y destinos de los mismos [...] que supondría una interferencia en la actividad de la misión diplomática, contraria a las reglas del Derecho internacional público» (Sentencia 107/1992).

En realidad, de la literalidad de los preceptos pertinentes de los Convenios de Viena arriba citados no se desprende que el IVA reembolsable sea un bien inembargable, aunque lo mismo cabría decir con respecto a las cuentas corrientes de un Estado y, sin embargo, el Tribunal Constitucional declaró de manera inequívoca su total inembargabilidad. Para más abundamiento, en el caso presente, el Gobierno norteamericano ni siquiera se había preocupado de acreditar, en la instancia procesal oportuna, qué parte de IVA soportado correspondía a operaciones relacionadas con los locales y medios de transporte del Consulado y cuál derivaba de otro tipo de operación ajena al desempeño de la soberanía. De manera que la Sala del TSJ del País Vasco llegó a la conclusión de que el reembolso del IVA es un privilegio tributario que no se correspondía con actividades u operaciones vinculadas con el ejercicio del *ius imperii* por parte de los Estados Unidos, sino al mero *iure gestionis*. Desde luego, para llegar a dicha conclusión la sentencia de la misma Sala esgrimió el criterio, también constitucional, «sobre el carácter no extensivo de la inmunidad de ejecución a la hora de interpretar o aplicar sus normas, precisamente para no perjudicar el derecho a la tutela judicial efectiva de quienes han obtenido una sentencia favorable que no logran hacer que se cumpla por quien fue condenado a ello» (STC 18/1997). De esta forma, concluye el Tribunal Supremo, no incurre en error judicial la sentencia de suplicación de la Sala del TSJ del País Vasco puesto que lleva a cabo un análisis jurídico detallado y motivado de la naturaleza de los bienes embargados para terminar afirmando la ausencia de inmunidad sobre los mismos y la adecuación a derecho de lo acordado por el Juzgado de instancia.

Centrándonos, por último, en la cuestión planteada por Estados Unidos en relación con la supuesta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, el Tribunal Supremo se limita a declarar que la sentencia de suplicación denunciada se ajusta a los razonamientos expuestos en el Auto del TC 112/2002, de 1 de julio, que, dictado en un caso muy similar de embargo de devoluciones de IVA, inadmitió a trámite el recurso de amparo declarando la manifiesta falta de contenido constitucional del objeto de la denuncia de quien recurría en amparo en aquel caso, también el Gobierno de los Estados Unidos. Particularmente, en este Auto el Alto Tribunal sostuvo que el alcance de tal inmunidad debe partir de la premisa de que, con carácter general, cuando en una determinada actividad o cuando en la afectación de determinados bienes no esté empeñada la soberanía del Estado extranjero, tanto el ordenamiento internacional como el ordenamiento interno desautorizan que no se ejecute una sentencia. Como se deduce de dicha resolución, el Tribunal Constitucional no tenía la menor intención de emitir un pronunciamiento —como años atrás sí había hecho en relación con las cuentas corrientes—, acerca de si, en efecto, el IVA reembolsable es un derecho que no puede quedar sujeto a confiscación por parte de España, dejando a la jurisdicción ordinaria la responsabilidad de decidir qué bienes son o no embargables y, en su caso, declarar la ausencia de inmunidad.

En el plano político es fácil imaginar que esta orientación jurisprudencial que, desde luego, coadyuva a la garantía de la tutela judicial constitucionalmente consagrada, en su dimensión particular de ejecución de sentencias, puede estar generando cierta inquietud en nuestro Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación ante las eventuales presiones diplomáticas que el gobierno del país norteamericano pueda estar ejerciendo por este motivo, invocando la comisión en su contra, por vía judicial, de un hecho ilícito internacional por parte de España. Conviene tener en cuenta que no es la primera vez que Estados Unidos se enfrenta a un problema como el que aquí se comenta (véase SÁNCHEZ PATRÓN, J. M., «La inmunidad de ejecución de los bienes de un Estado Extranjero: el caso Montasa/EE.UU.», *REDI*, núm. 1, 2005, pp. 171-185).

Eva DIEZ PERALTA

4. DERECHO DEL MAR

ESPACIOS MARÍTIMOS.—Alta mar. Inspección de buque en alta mar. Ejercicio de la jurisdicción penal española.

Sentencia AN (Sala de lo Penal, Sección 2.^a) de 19 de mayo de 2009. Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Sáez Valcárcel.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079220012009100018.

1. [...] *Las defensas denunciaron que la información sobre la existencia del barco y del transporte de la droga procedía de la Dea (Drug Enforcement Administration, dependiente del Ministerio de Justicia de los Estados Unidos de América) y que pudiera tener un origen ilícito, sugiriendo que se había obtenido mediante intervenciones telefónicas observadas sin autorización judicial.*

Es cierto que la noticia inicial que sustentaba la operación policial de búsqueda de una embarcación sospechosa de trasladar droga procedía de una agencia extranjera. Así se manifiesta en las diligencias desde el primer momento, incluso se incorporó el oficio de la Dea de fecha 21.9.2006 (página 714 del sumario). En principio se trata de una comunicación sobre la posible comisión de un delito de persecución universal, tráfico de drogas, entre servicios policiales. La pretensión de conocer el origen de la noticia del crimen es legítima aunque de difícil solución por la opacidad de esos espacios de persecución penal.

[...] El Derecho internacional regula la condición jurídica del buque, su sometimiento a la jurisdicción de un solo estado, su nacionalidad que se confiere mediante su inscripción en el registro correspondiente que le otorga el derecho a enarbolar el pabellón de ese estado y las facultades de control por parte de otras autoridades, ya bajo la modalidad de visita de inspección o de abordaje, caso en que se requiere autorización del estado de pabellón (arts. 91, 92, 97 y 110 de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar). La falta de autorización para el abordaje —otra cosa, como se ha dicho, es el registro de zonas reservadas de la embarcación— podría constituir, en su caso, un ilícito internacional, pero es un conflicto entre estados por razón de su soberanía que en nada afectaría a la legalidad de la prueba.

Sin embargo, conviene dejar sentado que el catamarán llevaba un pabellón de conveniencia, como resulta de la declaración del responsable de la agencia que gestionó

la transferencia de titularidad y el registro provisional; de hecho fue realizado por una persona aquí acusada, a quien luego se considerará ajena a la nave. Razones de oportunidad determinaron el registro y abanderamiento provisional del catamarán bajo la jurisdicción del Reino Unido. Cuando aseguraron el barco se declaró bajo bandera de Francia (el contrato con Winterthur obra al folio 691). Lo que desvirtúa la pretendida vinculación con dicho estado y la denuncia de falta de autorización, ya que el art. 91 de la Convención citada pide una relación auténtica entre el estado y el buque, que no se daba, ya que el pabellón que portaban era una mera apariencia. Además, consta que las autoridades británicas concedieron permiso para el abordaje de la nave con posterioridad, lo que en el peor de los casos significaría la subsanación de un defecto formal sin trascendencia constitucional (la autorización obra al folio 51 del sumario).

[...] Desde luego el punto de origen y el de llegada, no hay duda, eran espacio sometido a nuestra jurisdicción. Pero solo avanzada la instrucción se tomó conocimiento de que la aprehensión, el punto del abordaje, que se encontraba entre Ibiza, Mallorca y Valencia, estaba situado fuera del mar territorial, más allá de la zona contigua, en la zona económica exclusiva; pero dicho espacio, de hasta doscientas millas, solo ha sido extendido en la cuenca bañada por el océano Atlántico, no en el Mediterráneo, lo que determinaba su ubicación en alta mar (informe del Ministerio de Fomento al folio 643 del sumario). Dicho punto estaba muy próximo a las cuarenta millas desde Ibiza, por lo tanto la certeza de que el apresamiento de la embarcación —a los fines de determinar el lugar de descubrimiento de pruebas materiales del delito y de detención de los encartados, pauta de competencia según el art. 15.1 y 2 Lecrim— se habría obtenido después de ese informe [...].

2. [...] Como se trata de un tipo penal en blanco ha de ser integrado para determinar qué sustancias tienen la consideración de drogas tóxicas o estupefacientes con las listas incorporadas a la Convención Única de las Naciones Unidas, ratificada por España por Instrumento de 3 de febrero de 1966, donde la cocaína aparece incluida entre las gravemente perniciosas para la salud. Dentro de las conductas o actividades tipificadas por hallarse encaminadas a promover, favorecer o facilitar el consumo de drogas tóxicas, hay que considerar tanto la venta o donación, como el transporte o la tenencia, siempre que vayan preordenadas al tráfico. En este caso la actividad enjuiciada e imputada a los coacusados se refería al transporte de la sustancia tóxica desde el mar hasta la costa de las Baleares, en un tramo del circuito de su introducción en Europa.

Nota. En la madrugada del 23 de septiembre de 2006, una patrullera de la Guardia Civil, siguiendo información de una agencia policial estadounidense, interceptó y abordó en alta mar un catamarán que, enarbolando un pabellón de complacencia, era utilizado para transportar un cargamento de cocaína desde algún punto del Levante español hasta las costas de las Islas Baleares.

La sentencia de la Audiencia Nacional, que enjuicia el asunto, encierra varias consideraciones de índole jurídico-internacional. Así, en primer lugar, los recurrentes discuten que la aprehensión del barco por la unidad policial española se haya producido sobre la base de una información recabada por la Agencia Antidrogas de Estados Unidos y obtenida por medios probablemente ilícitos. De la apreciación de la Sala tan sólo se desprende, a este propósito, el carácter rutinario de la cooperación internacional establecida entre servicios policiales para reprimir la comisión de un delito de tráfico de drogas, de persecución y jurisdicción universal.

Por otra parte, la alegación por las defensas de la ilicitud del abordaje de la embarcación, no autorizado a priori por la autoridad del Estado de pabellón, ha sido desmantelada por la Audiencia Nacional acudiendo al *corpus* normativo que se ocupa de

regular la nacionalidad, la condición jurídica de un buque en alta mar y las cuestiones atinentes al ejercicio de la jurisdicción penal en caso de abordaje, materias en las que, como regla general, rige el principio de exclusividad de la competencia del Estado del pabellón. Así las cosas, la Sala argumenta de manera clara y terminante que, de conformidad con el Derecho internacional en vigor para España, y más concretamente con los arts. 91, 92 y 97 de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 1982, los buques navegarán bajo el pabellón de un solo Estado, estando sometidos en alta mar a la jurisdicción exclusiva de ese mismo Estado. Pero también conoce la Sala, de otro lado, que el Convenio de Montego Bay exige una relación auténtica entre el Estado y el buque, que en el presente caso no se daba «ya que el pabellón que portaban era una mera apariencia», dice textualmente la sentencia. De esta suerte, la Sala parece estar dispuesta a llevar hasta sus últimas consecuencias la prohibición de utilizar los pabellones de complacencia, si bien en el caso de autos la autorización del Reino Unido, país cuya bandera enarbolaba la embarcación apresada, llegó en un momento posterior, lo que permitió subsanar lo que la Sala consideró como un mero defecto de forma.

Para más abundamiento, la Audiencia Nacional establece el derecho de visita que asistía a la Patrullera de la Guardia Civil, al servicio del Gobierno de España, ante las sospechas fundadas de que el buque se dedicaba al ejercicio de lo que se conoce como prácticas odiosas, aun cuando entre los actos que merecen tal calificación enumerados en el art. 110 de la CNUDM, citado por la Sala, no figura explícitamente el comercio ilegal de drogas. De ahí que hubiera sido mucho más pertinente la invocación de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988, ratificada por España por Instrumento de 30 de julio de 1990, cuyo art. 17.1 dispone que «las Partes cooperarán en todo lo posible para eliminar el tráfico ilícito por mar, de conformidad con el Derecho Internacional del mar». Y, para ser más precisos, el párrafo tercero de este mismo precepto establece que «toda Parte que tenga motivos razonables para sospechar que una nave que esté haciendo uso de la libertad de navegación con arreglo al Derecho internacional y que enarbole el pabellón o lleve matrícula de otra Parte, está siendo utilizada para el tráfico ilícito, podrá notificarlo al Estado del pabellón y pedir que confirme la matrícula; si la confirma, podrá solicitarle autorización para adoptar las medidas adecuadas con respecto a esa nave». Por lo demás, la lucha contra el tráfico ilícito de drogas ha llevado a nuestro país a celebrar acuerdos internacionales de carácter bilateral (como los celebrados con Italia y Portugal) que reconocen mutuamente la jurisdicción del otro país para inspeccionar buques presuntamente dedicados a dicha actividad delictiva y socialmente reprochable.

Hechas aquellas consideraciones, la Sala lleva a cabo un repaso breve de los distintos espacios marítimos para determinar el lugar exacto del apresamiento del buque y de la incautación de la droga, a efectos de determinar la competencia objetiva del juez responsable de la investigación sobre la que también discrepan las partes. En la resolución se mencionan los conceptos de Mar Territorial, Zona Contigua y Zona Económica Exclusiva. La referencia a las zonas marítimas es importante, aunque la explicación que contiene la sentencia a estos efectos no sea muy clara. Así, resulta interesante que la Sala considere la Zona Contigua un espacio propio del Derecho del mar y de nuestra jurisdicción, e incluso que se atreva a apuntar los problemas que plantea la delimitación de la Zona Económica Exclusiva en el mar Mediterráneo, si bien entendemos que esta última reflexión no aporta demasiado al presente caso, puesto que las aguas que bañan este espacio marítimo, así como el espacio aéreo suprayacente y el

subsuelo, se consideran espacios libres a efectos de navegación, sobrevuelo y tendido de cables submarinos. Sin embargo, nos parece que, en este punto, el razonamiento de la Audiencia Nacional podría haber encontrado un respaldo más firme si hubiera acudido a una doctrina constitucional asentada, como es la recogida en la Sentencia 21/1997, de 10 de febrero (Sala 2.^a), dictada también en un caso de narcotráfico, para fundamentar la competencia de los jueces y tribunales españoles en el art. 23.4.f) de la LOPJ. En efecto, en la Sentencia indicada nuestro Tribunal Constitucional declaró lo siguiente: «ha de tenerse presente, en efecto, que al establecer la extensión y límites de la jurisdicción de los Juzgados y Tribunales españoles, el art. 23.4.f) de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, atribuye el conocimiento por nuestros órganos judiciales de los hechos cometidos por españoles y extranjeros fuera del territorio nacional cuando los mismos sean susceptibles de tipificación como delitos, según la Ley penal española, en ciertos supuestos, entre ellos el del apartado f), relativo al “Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes”. Lo que entraña, pues, que el legislador ha atribuido un alcance universal a la jurisdicción española para conocer de estos concretos delitos, en correspondencia tanto con su gravedad como con su proyección internacional» (véase el comentario de ZAVALA SALGADO, J., *REDI*, vol. XLIX, 1997, pp. 160-169).

Por último, el Tribunal desemboca en la Convención Única de Naciones Unidas sobre Estupefacientes de 1961 para verificar si la cocaína figura entre las sustancias contempladas en sus listas y con objeto de complementar una norma penal en blanco. La sentencia acaba abordando la relación entre el principio de legalidad penal y el Derecho internacional, o dicho de otro modo, la indudable incidencia del ordenamiento jurídico internacional sobre el Derecho sancionador estatal como consecuencia de su primacía.

Eva Díez Peralta

PESCA.—Gestión y Conservación de recursos Pesqueros. Tratado de Adhesión de España a las Comunidades Europeas. Acuerdos de cesión de cuotas de pesca entre Estados miembros. Convención de Derecho del Mar de 1982.

Sentencia TS (Sala de lo Contencioso, Sección 4.^a), de 3 de junio de 2009. Ponente: Santiago Martínez-Vares García.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079130042009100281.

TERCERO.—La Sentencia acomete la resolución de la cuestión planteada en el fundamento de Derecho séptimo en el que puede leerse lo que sigue: «Entrando en el examen del fondo del asunto, alegan las actoras en primer término, que el acto impugnado vulnera el Tratado de Adhesión de España a las Comunidades Europeas de 12 de junio de 1985, Tratado que forma parte del Derecho comunitario como Derecho originario. Y ello en tanto en cuanto el art. 161.1.f) de ese Tratado otorgaba a España unas posibilidades de pesca respecto de la zona CIEM VIII del 90% frente a Francia del 10% — en cuanto al boquerón, aceptando las partes que ello incluye también a la anchoa—. En esta línea también se pone de relieve por las recurrentes que la cesión de cuota de 6.000 Tm se ha realizado sin contraprestación alguna, pues ello no se deduce del canje de cartas aportado a los autos.

El presente motivo ha de ser desestimado. Para ello debemos poner de relieve las siguientes consideraciones:

1.º *Que el Tratado de Adhesión no ha conferido a España el derecho al mantenimiento de un determinado porcentaje fijo del volumen de capturas disponibles para cada una de las existencias consideradas, volumen que puede cambiar, y no la garantía de una cantidad fija de capturas (STJCEE de 16 de junio de 1987, asunto Romkes, 46/1986). Así lo ha puesto de relieve el Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas en la sentencia de fecha 18 de abril de 2002, partiendo del debido respeto al principio de estabilidad relativa, que permite mediante una distribución de las posibilidades de pesca garantizar a cada Estado miembro el mantenimiento de las actividades pesqueras de cada población, siendo las posibilidades de pesca el derecho cuantificado de pesca expresado en capturas o en esfuerzo pesquero [art. 3.q) del R. 2.371/2002], y ello sobre la base de los TAC (total admisibles de capturas, consistente en el tope máximo de la cantidad de pescado que puede ser extraído del mar en un concreto caladero o respecto de una especie específica y en un periodo determinado) que concretan los Reglamentos comunitarios cada ejercicio, y así lo preveía el art. 8.4, incisos i) y ii) del Reglamento 3.760/1992, de 20 de diciembre. El citado principio de estabilidad relativa fue recogido en el Reglamento 170/1983 del Consejo de 25 de enero (art. 4.1), después en el art. 8.4, inciso ii) del R. 3.760/1992, y finalmente en el art. 20.1 del Reglamento 2.371/2002. Por consiguiente, se trata de un límite teórico de captura máxima que la flota española no puede sobrepasar en ningún caso. Pero esa cuota «no significa en modo alguno que la flota española tenga garantizado pescar efectivamente el 90% del TAC de anchoa en la zona CIEM VIII, según doctrina del Tribunal de justicia extraída de dicha sentencia y de la de STJPI de la UE de 19 de octubre de 2005».*

2.º *En consecuencia, es perfectamente posible que la Administración española haya cedido una cuota de sus posibilidades de pesca, lo cual halla perfecto amparo en lo dispuesto en el art. 20.5 del Reglamento comunitario 2.371/2002 del Consejo, de 20 de diciembre, sobre conservación y explotación sostenible de los recursos pesqueros en virtud de la política pesquera común, de aplicación al caso, siendo así que su antecedente que se encontraba en el art. 9 del Reglamento 3.760/1992, fue anulado por la Sentencia del TJCE de fecha 18 de abril de 2002. En virtud de dicho precepto es posible el intercambio de todas las posibilidades de pesca o parte de ellas que se les hayan asignado.*

3.º *Puesto en relación el mencionado precepto con el art. 161.1.f) del Tratado de Adhesión la Sala considera que no existe vulneración del mencionado Tratado por el hecho de que opere una cesión del volumen de toneladas expresado, sobre la base de que ello no implica que se desconozcan las posibilidades de pesca reconocidas a España por dicho Tratado en el hipotético caso de que se fije un TAC muy bajo en el que la cesión de dicho volumen de toneladas no permita a España alcanzar el mencionado porcentaje del 90%. En este sentido considera la demandada, representante de los intereses pesqueros del sector de altura que tal cesión sólo afecta al excedente que no haya sido pescado por España, interpretación que acepta la Sala en virtud de estas consideraciones:*

A) *Tal interpretación es la que se deduce de la mencionada STJPI de la UE de fecha 19 de octubre de 2005, la cual debe ponerse en relación con la sentencia de fecha 18 de abril de 2002, silenciada la primera de forma significativa por la recurrente, entendiéndose de la lecturas de ambas, en primer lugar que el Tratado de Adhesión de España no puede ser objeto de desconocimiento en virtud de los acuerdos de cesión de cuotas de pesca entre Estados. Esta afirmación es especialmente significativa respecto de la segunda sentencia de fecha 18 de abril de 2002, si bien no puede extralimitarse su alcance, el cual se refiere propiamente a la imposibilidad de que pueda operar una cesión de cuotas a favor de un país que no tiene reconocidas posibilidades de pesca en una zona, como era el caso de Portugal.*

B) *En segundo lugar, ésta ha sido la práctica habitual entre España y Francia desde la firma del Tratado de Arcachon, tal como ha puesto de relieve la STJPI de la UE de 19 de octubre de 2005.*

C) *Por otro lado, de admitir que el Tratado de Adhesión permitiese que las posibilidades de pesca pudieran modificarse por los Países miembros mediante acuerdos bilaterales debiera haberse previsto expresamente en el propio Tratado de Adhesión.*

D) *Esta interpretación encuentra además, apoyo en el art. 62.2 de la Convención de Derecho del Mar de Montego Bay de 10 de diciembre de 1982, que cita la codemandada, que aunque no forma parte del Derecho Comunitario, sí constituye una norma que debe ser respetada por los países miembros y tenida en cuenta por la misma finalidad de garantizar la protección de los recursos pesqueros.*

E) *Finalmente, el hecho de que el intercambio tenga lugar antes del 1 de junio y de que pueda ser objeto de revisión en función de la evolución de las capturas ponen de relieve que la mencionada cesión no se realiza en abstracto, sino partiendo de las expectativas de la actividad de pesca de cada ejercicio determinadas a esa fecha en relación con las posibilidades de pesca que determina el Tratado de Adhesión.*

Lo expuesto hace innecesario, por otro lado, el planteamiento de cuestión prejudicial alguna, tanto de interpretación como de validez del Derecho Comunitario, siendo de aplicación la doctrina del acto claro (STJCE de 6 de octubre de 1982, asunto CILFIT, o de 22 de octubre de 1987, asunto 3147/1985, con origen en la doctrina del Consejo de Estado Francés, ATS de 27 de enero de 1990, STS de 17 de abril de 1989, 13 de junio de 1990 y de 9 de junio de 2003), o más bien habría que decir aclarado por la Jurisprudencia anteriormente indicada, en línea con lo indicado en el art. 104.3 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Nota. La sentencia, dictada en casación, constituye un buen exponente de la interrelación entre el Derecho de la Unión Europea y el Derecho internacional. Tiene como marco la prórroga, mediante Canje de Notas, del llamado Acuerdo de Arcachon alcanzado entre España y Francia en 1992, un acuerdo importante en clave política, que aspiraba a resolver los intrincados conflictos planteados entre ambos países en relación con la pesca de las anchoas en el Golfo de Vizcaya. Este acuerdo se enmarcó en las relaciones que Francia y España mantienen en el seno de la política pesquera de la Unión Europea. De ahí que el Anexo IV del Reglamento 685/1995 del Consejo, de 27 de marzo, lo recogiera entre las medidas relativas al intercambio de determinadas posibilidades de pesca entre Estados miembros. En efecto, desde un punto de vista técnico-jurídico, tanto el acuerdo como su prórroga contemplan un intercambio de cuotas de pesca de anchoas y otras especies entre ambos países, al tiempo que establecen algunas medidas de conservación y regulación de la actividad pesquera en la zona, a saber: la veda temporal de la pesca de la anchoa del 1 de diciembre al 10 de enero, la prohibición de faenar en sábados y domingos o la prohibición de la pesca de anchoa con arrastre pelágico entre el 20 de marzo y el 31 de mayo.

Particularmente, el recurso de casación interpuesto por las Federaciones de Cofradías de Pescadores de Guipúzcoa y Vizcaya se sustenta en la infracción, por parte de la Sentencia de la Audiencia Nacional recurrida, del art. 161.1.f) del Acta de Adhesión del Reino de España a las Comunidades Europeas y del art. 20.5 del Reglamento (CE) 2371/2002, de 21 de diciembre. Las alegaciones de los recurrentes iban dirigidas a obtener un pronunciamiento de la Sala por el que se declarara que el intercambio de posibilidades de pesca entre Francia y España, establecido en el Canje de Notas que prorroga el Acuerdo de Arcachon, refleja una alteración ilegal de la distribución y porcentaje del Total Admisible de Capturas (TAC) previstos en beneficio de nuestro país en el Acta de Adhesión a la Unión Europea y, por tanto, del capital principio de

estabilidad relativa que garantiza a cada Estado miembro el mantenimiento de las actividades pesqueras de cada población.

Una lectura superficial de la sentencia reseñada parece evidenciar un buen manejo y conocimiento, por parte del Alto Tribunal, del Derecho de la Unión Europea. En este sentido, la resolución judicial objeto de este comentario contiene importantes remisiones a la jurisprudencia comunitaria, tanto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como del Tribunal de Primera Instancia, con objeto de determinar el alcance del concepto de estabilidad relativa en el marco de la política común de pesca. Incluso, en alguna parte de sus argumentaciones, llega a hacer una relectura de esta jurisprudencia para hacer evidente que la Audiencia Nacional ha llevado a cabo, en la sentencia recurrida, una interpretación poco acertada de la misma. También se invoca el tenor literal de la normativa comunitaria adoptada en el ámbito de la política común de pesca, particularmente la recogida en los distintos reglamentos que, en materia de conservación y explotación de los recursos pesqueros, se han ido adoptando en el transcurso de estos años. Y, por último, cuando alude al Tratado de Adhesión de España a las Comunidades Europeas, para referirse a algunas de las condiciones de acceso de los buques españoles a las aguas comunitarias y a sus recursos, lo sitúa correctamente en el Derecho originario.

Sin embargo, una lectura más reposada de la resolución judicial comentada permite detectar algunos errores y despropósitos de carácter jurídico, de los que pasamos a dar debida cuenta. Comienza la Sala fundando su negativa a interponer una cuestión prejudicial «tanto de interpretación como de validez» sobre la base «de la teoría del acto claro o más bien habría que decir aclarado por la jurisprudencia anteriormente indicada —se refiere a la del Tribunal de Justicia—». Algunas consideraciones tenemos que hacer al respecto: ciertamente, la teoría del acto claro flexibiliza la obligación de formular la cuestión prejudicial impuesta por el art. 234 del TCE (actual art. 267 TFUE) a los órganos judiciales nacionales cuyas resoluciones no son susceptibles de recurso alguno. Esta flexibilización se traduce en que el Juez nacional queda liberado del deber que le incumbe cuando la correcta aplicación del Derecho comunitario se impone con tal evidencia que no deja lugar a duda razonable alguna, o cuando, en efecto, la disposición comunitaria de que se trata fue ya objeto de interpretación por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Como se sabe, esta línea jurisprudencial la inició el órgano judicial comunitario en la Sentencia CILFIT de 6 de octubre de 1982, citada por la sentencia reseñada. Ahora bien, también tendría que haber tenido en cuenta la Sala que, en la sentencia Foto-Frost, el TJUE subrayó de manera categórica que los órganos jurisdiccionales nacionales no son competentes para declarar por sí mismos la invalidez de los actos de las instituciones comunitaria. De manera que la obligación de interponer una cuestión prejudicial de validez por parte del órgano judicial que resuelve en última instancia tiene un carácter absoluto. Tampoco se ha percatado el Alto Tribunal de que, según se desprende del apartado a) del art. 267 del TFUE, no cabe incoar un procedimiento prejudicial de validez tratándose de normas de Derecho originario. Consideramos, pues, que el fundamento para desestimar el planteamiento de la cuestión prejudicial es poco preciso y está expresado con ligereza, lo que a su vez puede venir motivado por el desconocimiento de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de cuestiones prejudiciales.

Asimismo, en otro de sus razonamientos encontramos un grave desacierto cuando se afirma de manera tajante que la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 no forma parte del Derecho comunitario europeo, si bien debe ser respetada por los países miembros. El Tribunal Supremo desconoce —y no se ha preocupado por conocer— que la propia Comunidad/Unión Europea es Parte contra-

tante de la Convención de Montego Bay, como también lo son todos y cada uno de sus Estados miembros actuales. De hecho España la ratificó en 1997, por imperativo comunitario, razón principal por la que despliega plenos efectos jurídicos en nuestro ordenamiento jurídico (para más detalle, puede verse ROLDÁN BARBERO, J., «Evolución y relaciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y el Derecho marítimo español y europeo», en SOBRINO HEREDIA, J. M. (coord.): *Mares y Océanos en un mundo en cambio: tendencias jurídicas, actores y factores*, Jornadas de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales celebrada en 2005 en A Coruña, BOE, 2007, pp. 99-129).

Eva Díez Peralta

5. ASILO Y REFUGIO

ASILO.—Agente perseguidor. Invocación de normativa de la Unión Europea.

Sentencia TS (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 5.ª) de 16 de marzo de 2009. Ponente: Eduardo Calvo Rojas.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079130052009100101.

SÉPTIMO.—En definitiva, la persecución invocada provendría, en su caso, de grupos paramilitares, y al respecto, esta Sala ha venido admitiendo la posibilidad de acceder al asilo pese a que el agente perseguidor no sea el Estado. Entre otras podemos citar las Sentencias de 21 de febrero de 2003 y 25 de febrero de 2004, en las que se indica que: «Ciertamente, como regla general en materia de asilo, es el Estado quien debe ser el agente perseguidor». Ahora bien, por excepción se admite que el «agente perseguidor», sea un ente o sectores de la población, que no respeten las leyes del país, y persigan a ciudadanos por las mismas causas a las que hace referencia la Convención. Si bien, en este caso, dicho comportamiento sólo puede equipararse a la persecución, si el Estado deliberadamente tolera dicha situación o se niegan a proporcionar una protección eficaz o son incapaces de hacerlo. En este sentido, la Posición Común 96/196/JAI, de 4 de marzo de 1996, definida por el Consejo de Ministros de Justicia e Interior de la UE sobre la base del art. K.3 del Tratado de la UE, relativa a la aplicación armonizada de la definición del término «refugiado» conforme al art. 1 de la convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, sostiene en su punto 5 que: «1. Por regla general, la persecución es obra de un órgano del Estado (Estado Central o Estados Federados, poderes regionales y locales), cualquiera que sea su estatuto respecto del Derecho Internacional o de los partidos u organizaciones con control sobre el Estado». Añadiendo, sin embargo, en su punto 4.2 que las persecuciones cometidas por terceros entran en el ámbito de aplicación de la convención de Ginebra cuando estén basadas en los motivos de la Sección A del art. 1 de esta Convención, tengan un carácter personalizado, estén fomentadas o autorizadas por los poderes públicos. Cuando los poderes públicos permanezcan inactivos, dichas persecuciones darán lugar a exámenes particulares de cada una de las solicitudes de estatuto de refugiado, de conformidad con las jurisprudencias nacionales y teniendo especialmente en cuenta el carácter voluntario o involuntario de la inacción constatada. En todo caso, las personas afectadas tendrán derecho a formas de protección adecuadas que resulten conformes con la legislación nacional.

Nota. La resolución judicial, parcialmente extractada, no aporta una respuesta novedosa a la institución del asilo ni a la noción de «agente perseguidor». Sin em-

bargo, es merecedora de una mínima reseña en la medida en que constituye una buena muestra de una doctrina jurisprudencial ya asentada en virtud de la cual, en el contexto de una evaluación completa de reconocimiento de la condición de asilado, una solicitud en este sentido no tiene por qué basarse necesariamente en una persecución llevada a cabo por el Estado, si bien es verdad que en el solicitante de asilo va a recaer la pesada carga de acreditar fehacientemente que la persecución por terceros —grupos paramilitares en el caso de autos— es incitada o tolerada por el Estado, o bien que éste no ha podido proporcionar la protección debida. Por supuesto, de esta línea jurisprudencial ya se ha dado cuenta en crónicas anteriores publicadas en esta *Revista* (véase Sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de junio de 2005, comentada por BOLLO AROCENA, M. D., en *REDI*, vol. LVIII (2006), 1, pp. 383-384).

También es bastante frecuente la alusión que hace la Sala, como argumento acumulado, a normativa internacional o europea, aun cuando no se detiene a descifrar su valor y sus efectos jurídicos ni tampoco a comprobar su vigencia. Así lo atestigua la simple invocación de la Posición común adoptada por el Consejo de la Unión Europea en el año 1996 con objeto de armonizar en el conjunto de los Estados miembros la aplicación de los criterios de determinación de la condición de refugiado, todavía vigente. No obstante lo anterior, celebramos la apertura europeísta del órgano judicial que, en este caso, está plenamente justificada y nos congratulamos, particularmente, de que el Tribunal haya vuelto a enmendar el error que cometió en el pasado al atribuir este acto adoptado en el marco del que fuera el Título VI del Tratado de la Unión Europea a otra organización de ámbito europeo, el Consejo de Europa (véase LÓPEZ ESCUDERO, M., y CUESTA RICO, F., «La aplicación judicial del Derecho comunitario en España durante 1998», *RDCE*, pp. 395-418 especialmente p. 418).

Con vistas a futuros pronunciamientos, los órganos judiciales de nuestro país deberán tener presente la reciente Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del Derecho de asilo y de la protección subsidiaria (*BOE* núm. 263, 31 de octubre), puesto que recoge explícitamente en su art. 13.c) qué se entenderá por agente perseguidor, entre otros, los agentes no estatales, cuando los agentes estatales no puedan o no quieran asumir la protección efectiva contra la persecución o los daños graves. Esta nueva legislación española en materia de asilo no constituye sino una traslación al ordenamiento jurídico español de una profusa normativa europea en la materia; particularmente, en el caso que nos ocupa, se trataría de la Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida. Por lo demás, esta flamante ley, dice su Exposición de motivos, se ha hecho eco de una abundante jurisprudencia internacional e interna en la materia.

Eva Díez Peralta

ASILO. Valor de los informes emitidos por el ACNUR. Víctima de trata de personas.

Sentencia AN (Sala de lo Contencioso, Sección 4.^a), de 24 de junio de 2009. Ponente: Tomás García Gonzalo.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079230042009100502.

CUARTO: La situación de D.^a Petra viene determinada por el relato que formula en el escrito de demanda, folios 4 y 5 de la pieza y el informe emitido por el ACNUR. El relato

recoge que ha sido obligada a prostituirse en su País de origen (Ghana), al igual que una hermana suya, quien fue violada y asesinada en la calle, por lo que decidió no volver a salir de noche, y entonces una tía suya decidió enviarla a España a ejercer la prostitución, quien llevó a cabo todas las gestiones para su traslado, sin darle otra opción, y que en la actualidad no quiere continuar viviendo en esas circunstancias, por lo que si regresa está obligada de nuevo a continuar trabajando como prostituta, ya que no puede pagar el dinero utilizado para viajar a España, porque precisamente debía obtenerlo mediante esta actividad.

El Informe emitido por el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, aparece transcrito en el escrito de demanda, sin que por la Administración se haya opuesto rechazo alguno al mismo: «En relación a su escrito del tres de noviembre de 2008 al que se adjuntaba la solicitud de asilo presentada por la persona de referencia y teniendo en cuenta el artículo 5.6 así como el espíritu de la Ley 9/94, modificadora de la Ley 5/84 reguladora del derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado, esta Delegación, tras haber realizado el correspondiente estudio de la misma, le comunica que debería ser admitida a trámite. De las alegaciones de la solicitante se desprende que la misma podría ser una víctima de trata con fines de explotación sexual. La interesada alega cuestiones de especial gravedad como son las referidas a las violaciones que dice haber sufrido, que el tío de su padre la habría puesto en manos de una mafia que la trae a España a ejercer prostitución y que de no hacerlo y regresar, la matarán.

La información consultada por esta delegación sobre la situación en Ghana apunta a que Ghana es fuente, tránsito y destino de mujeres víctimas de trata con fines de explotación sexual y a que el gobierno de ese país no cumple con los estándares mínimos para abordar esta materia.

Esta Delegación entiende que estas alegaciones no resultan manifiestamente inverosímiles y podrían tener cabida en el artículo 1 A de la Convención de Ginebra de 1951. En este sentido, es opinión del ACNUR que el ser o haber sido víctima de trata puede traer consigo el reconocimiento de la condición de refugiado. Así debe deducirse del contenido del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la Trata de personas especialmente mujeres y niños, que complementa la convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, ratificado por España. Su artículo 14 explícitamente establece que el Protocolo no afectará a los derechos, obligaciones y responsabilidades de los Estados y las personas con arreglo al Derecho internacional, y en particular, cuando sean aplicables la Convención de Ginebra de 1951 y su Protocolo de 1967, y el principio de non refoulement. Al haber ratificado este Protocolo, España ha reconocido que algunas víctimas de trata de personas pueden encontrarse en las situación del artículo 1 A (") de la Convención de Ginebra y su Protocolo y, por tanto ser consideradas como refugiadas.

Lo anterior ha sido desarrollado extensamente en las directrices del ACNUR sobre «La aplicación del artículo 1 A (2) de la Convención de 1951 y/o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de Refugiado a las Víctimas de la Trata de Personas y a las personas en situación de riesgo».

Por otro lado esta delegación considera recomendable que la interesada sea entrevistada por personal de un recurso especializado en la asistencia a víctimas de trata, por cuanto de confirmarse los indicios observados por esta delegación, y en consonancia con el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños que complementa la convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia organizada transnacional y con el Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos, recientemente firmado por España y de próxima ratificación.

Nota. Solamente unas breves reflexiones en torno a los párrafos seleccionados de esta Sentencia, en los que se recoge el fundamento que sostiene la decisión de la Audiencia Nacional de estimar el recurso de apelación interpuesto por una ciudadana de origen ghanés contra el Auto del Juzgado Central que denegó la solicitud de suspensión cautelar —en tanto se sustanciaba la petición de asilo— de una orden de expulsión dictada contra ella, habiendo basado su pretensión en el temor a ser víctima de trata con fines de explotación sexual y en el peligro que para su integridad física conllevaba el regreso a su país.

Ciertamente, la Audiencia Nacional se ha hecho eco de las consideraciones expuestas en el informe emitido por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR, en adelante) que aconseja el asilo, siendo lo más llamativo de su razonamiento el peso que la Sala otorga a unas directrices del ACNUR, del año 2006, en las que se incluye a las víctimas de trata de personas y a las personas en situación de riesgo en el ámbito de aplicación del art. 1 A (2) de la Convención de Ginebra de 1951, así como del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de Refugiado, que, como se sabe, vino a enmendarla con el fin de permitir una interpretación evolutiva de la Convención que tomara en consideración nuevas categorías y situaciones de refugiados. Estas directrices se convierten, pues, en referencias interpretativas muy valiosas para determinar la condición de refugiado, si bien conviene apuntar que carecen de fuerza vinculante. Por otra parte, esta amplia interpretación que en dichas directrices se recoge del mencionado precepto de la Convención de Ginebra es el resultado de la lectura conjunta que la oficina del ACNUR ha realizado de la precitada Convención y otros instrumentos internacionales que combaten abusos contra los derechos humanos, en particular el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la Trata de Personas, especialmente mujeres y niños, rubricado en Nueva York el 15 de noviembre de 2000, que entró en vigor de forma general y para España el 23 de diciembre de 2003. Este Protocolo se erige como el instrumento de ámbito universal para combatir la trata de personas y, a su vez, constituye un complemento de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Asimismo, en el ámbito regional, el ACNUR invoca el Convenio del Consejo de Europea contra la Trata de Seres Humanos, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005, en vigor también para España. De esta forma, se están ofreciendo las máximas garantías para evitar que el principio de no devolución a un país en el que se sufra persecución quede frustrado.

Para concluir estas líneas, cabría apuntar que la flamante ley española reguladora del asilo, la Ley 12/2009 (*BOE* núm. 263, 31 de octubre), sigue concediendo un lugar destacado a la intervención que, a estos efectos, lleva a cabo el ACNUR. Por lo demás, esta ley incluye, con carácter general, la persecución de género como uno de los motivos para la concesión de la condición de refugiado.

Eva Díez Peralta

6. DERECHOS HUMANOS

6.1. Cuestiones preliminares

Tras un recorrido por la jurisprudencia ordinaria y constitucional en materia de derechos fundamentales correspondiente al periodo que abarca la presente crónica se advierte un profuso manejo por parte de los órganos judiciales españoles de la normativa internacional atinente a los derechos humanos.

En ocasiones esta normativa internacional es manejada por expreso reenvío constitucional, como se observa en relación con la expresa remisión al ámbito internacional en materia de protección a los menores que otorga el art. 39.4 CE. En otras ocasiones se advierte en el texto internacional la condición de aplicabilidad directa (STS de 8 de mayo de 2009 relativa al Convenio de Doble Nacionalidad con Chile); y en otras ocasiones el Tribunal se pregunta por cuestiones relativas a una reserva al Convenio Europeo de Derechos Humanos (aspecto éste ya analizado en el bloque dedicado a las «Relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho interno»).

Por su parte, la jurisprudencia del TEDH —en especial la relativa al conjunto de derechos establecidos en el art. 6.1 del CEDH— sigue siendo la principal fuente de inspiración interpretativa de los derechos humanos en España.

En este periodo encontramos una demanda de amparo presentada por el partido político Askatasuna (frente al Auto de la Sala Especial del art. 61 LOPJ del Tribunal Supremo en la pieza separada de ejecución de un procedimiento sobre ilegalización de los partidos políticos Herri Batasuna y otros) por violación de derechos humanos reconocidos en la Constitución «en relación» con artículos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del CEDH: el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, el derecho a la defensa y el derecho a un proceso con todas las garantías —todos ellos del art. 24 CE «en relación» con los arts. 14.1 PIDCP y 6.1 CEDH—. Esta demanda fue desestimada mediante la *STC 43/2009, de 12 de febrero*.

Resulta frecuente la invocación de estos textos internacionales relativos a los derechos humanos por la vía del art. 10.2 CE, aunque en algunas ocasiones se omite mencionar en qué condiciones es utilizado el tratado internacional o qué clase de efectos despliega el tratado en general y en particular para España (como se verá más adelante en la STS de 19 de mayo de 2009, relativa a la aplicación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad).

No siempre son los textos internacionales más conocidos (CEDH, la Declaración Universal de Derechos Humanos o el Pacto de Derechos Civiles y Políticos) los invocados, en ocasiones encontramos otros instrumentos internacionales:

Es el caso de la *Sentencia del Tribunal Constitucional 70/2009, de 23 de marzo*. En ella se invoca el art. 6 del Convenio núm. 108 del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal. Ello confirma el potencial del art. 10.2 CE a la hora de perfilar y concretar el contenido de un derecho fundamental como es la protección de la intimidad, en sus conexiones con la protección de datos de carácter personal: debe recordarse a estos efectos la STS (Sala 3.^a, Sección 7.^a) de 10 de julio de 2006 que trae a colación la conocida *STC 292/2000, de 30 de noviembre*: «Se trata del derecho a la protección de datos de carácter personal, distinto al derecho a la intimidad, tal como, además, resulta de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que distingue como figuras autónomas el derecho al respeto de su vida privada y familiar y el derecho a la protección de datos de carácter personal». Esta *STC 70/2009* invoca numerosa jurisprudencia del TEDH, pero también menciona al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) como garante de los derechos fundamentales. Debe tenerse en cuenta que, una vez completada la adhesión del TJUE al CEDH, este tribunal quedará sometido al control externo del TEDH. ¿Se deberá citar menos por ello al TJUE al ser, a estos efectos, un tribunal «interno» sometido a un pronunciamiento superior del TEDH? No lo creemos, sinceramente.

En el FJ 3.º de la *STS (Sala de lo Penal, Sección 1.ª), de 3 de marzo de 2009*, encontramos la inusitada mención a la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los

Pueblos como único texto internacional que contiene una referencia a la integridad moral. Se trata, obviamente, de un texto que no resulta de aplicación ni despliega ningún tipo de efecto jurídico directo para España, pero que es traída a colación desde una perspectiva comparatista. La cita de la Carta africana es valorada con el fin de delimitar el campo de aplicación del delito contra la integridad moral (art. 173 CP) y la falta de vejaciones injustas (art. 620 CP).

Como se verá en la *STS 185/2009 de 12 de marzo*, en otras ocasiones se invocan textos de diverso e incierto valor jurídico (así sucede con las Reglas de Beijing de 1985 relativas a la protección de menores, ya citadas en numerosas resoluciones anteriores a este periodo).

Hay otras cuestiones que presentan una evidente conexión con los derechos humanos pero en la presente crónica hemos decidido abordarlas en otros apartados más específicos: nos referimos a resoluciones en materia de narcotráfico y alta mar, sobre inmunidad de ejecución del Estado extranjero, sobre el estatuto de refugiado, así como la precitada sobre las reservas formuladas al Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Rafael MARÍN AÍ

6.2. Extradición

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª), de 4 de marzo de 2009. Ponente: Enrique Cancer Lalanne.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079130072009100076.

PRIMERO.—D. Carlos interpone este recurso contencioso-administrativo por vía del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales, contra el acuerdo del Consejo de Ministros, del 13 de Julio de 2007, por el que de conformidad con el art. 18 de la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva y al no resultar oportuno hacer uso de las facultades que el art. 6.º de dicha Ley confiere al Consejo, decreta la entrega de Carlos a las autoridades de la Federación Rusa.

En la demanda suplica que se dicte sentencia por la que se anule el acuerdo recurrido, por vulneración del derecho fundamental en su momento alegado. Derecho que no es otro que el consagrado en el art. 15 de la Constitución, derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que en ningún caso puedan ser sometidas persona alguna a tratos inhumanos o degradantes, con expresa prohibición de la pena de muerte.

En esencia y, en síntesis, se alega que las garantías presentadas por la parte rusa de mantener con vida al Sr. Carlos, carecen de legitimidad, no se basan en la legislación rusa, o en la Constitución de ese país, interpretadas conforme al artículo 11 del Convenio Europeo sobre extradición, de 13 de diciembre de 1957, y en que el trato inhumano sufrido por otro detenido en virtud de los hechos determinantes de la solicitud cuestionada evidencia también la falta de garantías personales en la Federación Rusa, en lo que se refiere al trato de detenidos y presos.

Nota. En esta sentencia se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la decisión de la Audiencia Nacional que declaraba procedente la extradición del recurrente a la Federación Rusa. Éste alega en su defensa que las garantías de mantenerle con vida presentadas por la parte rusa y consideradas como suficientes por la Audiencia Nacional (que convalida el acuerdo diplomático en el Auto impug-

nado) carecen de legitimidad, no se basan en la legislación rusa, o en la Constitución de ese país interpretadas conforme al art. 11 del Convenio Europeo sobre extradición, de 13 de diciembre de 1957; el recurrente también considera que el trato inhumano sufrido por otro detenido en virtud de los hechos determinantes de la solicitud cuestionada evidencia también la falta de garantías personales en la Federación Rusa en lo que se refiere al respeto al conjunto de derechos establecidos en el art. 15 de la Constitución (dadas las posibilidades de ser condenado a muerte o de ser sometido a tratos inhumanos o degradantes).

Para considerar que la extradición es conforme a las exigencias del art. 11 del Convenio Europeo sobre Extradición, la «Parte requerida» considera como seguridades suficientes de que no va a ser ejecutada la pena capital las obtenidas por vía diplomática de la «Parte requirente».

Podemos apreciar que la aplicación del art. 11 del Convenio Europeo sobre Extradición confiere un alcance extraterritorial y futuro a la protección del derecho a la vida (art. 15 CE). Sin embargo, al mismo tiempo puede apreciarse la voluntad del Tribunal de no inmiscuirse en la política exterior que corresponde al Ejecutivo, en la medida en que no se extiende hacia el futuro ningún tipo de cautela para verificar el grado efectivo de cumplimiento de dichas garantías. Las mismas sólo son valoradas por el Ejecutivo en el momento de decidir acerca de la procedencia de la extradición y ni la Audiencia Nacional ni el Tribunal Supremo efectúan una comprobación suficiente de las garantías de respeto a los derechos del art. 15 de la Constitución existentes. Debe tenerse en cuenta la obligación que impone el art. 10.2 de la Constitución Española de interpretar las normas relativas a derechos fundamentales recogidos en el texto constitucional con arreglo a los tratados internacionales ratificados por España en la materia. El propio TEDH ha desautorizado estos procedimientos diplomáticos de extradición cuando existe riesgo de que la persona sea condenada a muerte; mientras que la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea ha reafirmado esta garantía de no ser extraditado a un país donde exista grave riesgo de ser sometido a pena de muerte, tortura, o a tratos inhumanos o degradantes (art. 19.2); por todo ello, resulta muy criticable esta decisión judicial que, amparándose en la discrecionalidad gubernamental en política exterior, no entra a valorar la suficiencia de las garantías establecidas en el acuerdo diplomático, considerando que se trata de un acto de soberanía del Ejecutivo no reglado por el Derecho. Estas «garantías diplomáticas» (véase SÁNCHEZ LEGIDO, Á., «Garantías diplomáticas, no devolución y prohibición de la tortura», *REDI*, 2008-1, pp. 11-38) consisten en un compromiso escrito y un conjunto de promesas no juridificadas con el que se pretende asegurar los derechos fundamentales de las personas transferidas a otra jurisdicción. En este contexto la dignidad humana (art. 10.1 CE) y los derechos del art. 15 CE, adquieren una dimensión extraterritorial y deslocalizada que con arreglo al art. 10.2 CE y los textos internacionales en materia de Derechos Humanos debe ser igualmente respetada y salvaguardada por el juez español.

Rafael MARÍN AÍS

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª), de 6 de mayo de 2009. Ponente: Siro Francisco García Pérez.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079120012009100864.

6. *Termina el motivo primero del recurso invocando el principio de especialidad, en base al Convenio Europeo sobre Extradición, respecto a que no pueden ser condenados*

por 97 tentativas de asesinato ni por un delito de estragos terroristas, por cuanto los acusados fueron entregados para ser juzgados por un solo delito de tentativa de asesinato y por delito de daños terroristas y no de estragos terroristas.

El dictamen del Tribunal francés sobre la extradición se refiere, dentro del Convenio de Extradición de 13 de diciembre de 1957 y del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen de 19 de junio de 1990, a delitos de pertenencia a banda armada, depósito de armas de guerra, depósito de explosivo, falsificación del documento oficial continuada, sustracción de vehículo continuada, asesinato terrorista en grado de tentativa, dos delitos de estragos terroristas, tres delitos de conspiración para asesinato terrorista, en relación con:

«Apolonio, Eulalio, María Dolores y César prepararon un artefacto explosivo que María Dolores y César colocaron en un vehículo el 6 de noviembre de 2001, en la DIRECCION004 de Madrid y que estalló al paso de Florian, subsecretario de Estado de política científica [...]

Y la entrega temporal de los acusados trae causa de aquella extradición en el marco del art. 19.2 de dicho Convenio de 1957.

Aunque el art. 2 se refiere a hechos, el 14 al recoger el principio de especialidad parece referirse a hechos asociados a una calificación jurídica.

Pero el hecho-delito de estragos aparece comprendido en el acuerdo de extradición; y en cuanto a la tentativa o tentativas de asesinato el propio art. 19 deja abierta la puerta a un cambio de calificación; lo que en el presente caso no comporta problema alguno porque la conducta típica sigue siendo exactamente la misma, aunque los resultados sean plurales en el mundo empírico.

7. El segundo de los motivos ha sido deducido al amparo del art. 5.4 LOPJ por vulneración del art. 24.2 CE respecto al juicio sin dilaciones indebidas.

La consideración de que en el art. 21 CP aparecen recogidas circunstancias atenuantes —la 4.^a y la 5.^a— radicadas en factores posteriores al hecho enjuiciado permite, en la analogía fundamental que prevé el art. 21.6.º, plasmar las consecuencias del incumplimiento del derecho al proceso sin dilaciones indebidas, en tiempo razonable, reconocido por el art. 6 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales y por el art. 24 CE, en la atenuación de la pena; véanse sentencias de 20 de diciembre de 2004 y 27 de diciembre de 2004, TS.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos viene señalando —sentencias de 25/3/1999 y 12/5/1999— que la racionalidad de la duración del procedimiento debe ser determinada a la luz de las circunstancias particulares de cada caso, como la complejidad del asunto, la conducta de la acusada y la conducta de las autoridades.

Nota. Apreciamos en esta sentencia la conexión que los procedimientos de extradición presentan con numerosos derechos humanos, de modo que en ella se invocan Sentencias del TEDH relativas al derecho al proceso equitativo sin dilaciones indebidas en un plazo razonable. También alude esta sentencia al principio de especialidad en los procedimientos de extradición del art. 14 del Convenio Europeo de Extradición de 1957, y a la posibilidad de cambio en la calificación jurídica de los hechos refiriéndose a su art. 19. Debe recordarse que los hechos que originan el presente pronunciamiento judicial datan de 1999, es decir, son anteriores al establecimiento de la Decisión marco 2002/584/JAI, de 13 de junio de 2002, que establece la orden de detención europea y los procedimientos de entrega entre Estados miembros; se trata de la conocida como euroorden, que convierte la extradición respecto de una

lista de delitos que enumera en un procedimiento esencialmente judicial basado en el principio de confianza mutua, suprimiendo para 32 de ellos la exigencia de doble incriminación (véase SÁNCHEZ LEGIDO, A., «La euro-orden, el principio de doble incriminación y la garantía de los derechos fundamentales», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 14, 2007). Por su parte, la pretendida vulneración de derechos fundamentales de los recurrentes es desestimada en este caso constatando el Tribunal el respeto a derechos fundamentales en la sentencia recurrida de la Audiencia Nacional, y constatando dicho respeto también en el Dictamen del Tribunal francés por el que se acuerda la extradición.

La lucha antiterrorista debe ser respetuosa con los derechos fundamentales (así se pone de manifiesto en la SAN de 30 de abril de 2009), el Reino de España debe exigir su respeto en el interior, pero también debe velar porque éstos no sean vulnerados en el exterior como consecuencia de una decisión del Ejecutivo o del Poder Judicial tomada en su territorio. También la cooperación judicial en materia penal debe enmarcarse dentro del respeto a los derechos fundamentales.

La inclusión de estos supuestos de extradición en el apartado de la presente crónica relativo a derechos humanos no viene simplemente determinada por la obligación de leer en España los derechos humanos a la luz del Derecho internacional, sino que viene justificada por la necesidad de exportar los valores constitucionales (convenientemente mediatizados por los textos internacionales) para prevenir ataques futuros a los derechos humanos en terceros países que indudablemente acabarían teniendo una repercusión interna —más o menos mediata—.

Rafael MARÍN AÍs

6.3. Jurisdicción universal

Jurisdicción Universal. Derecho Humanitario Bélico y Jurisdicción Universal.

Auto de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Juzgado Central de Instrucción Uno), de 21 de mayo de 2009. Ponente: Santiago J. Pedraz Gómez.

F.: TOL 1.505.839@tirantonline.com.

PRIMERO.—Nuestro Código Penal, en el Capítulo III del Título XXIV (Delitos contra la Comunidad Internacional), trata de los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado. Los preceptos que en él se contienen son el resultado de un proceso de internalización de normas originariamente convencionales surgidas en el ámbito del Derecho Internacional dentro del Derecho de la Guerra y dirigidas a la «humanización» de las penosas situaciones creadas por la Guerra.

Dentro de ese Derecho de la Guerra, se distingue entre un ius ad bellum y un ius in bello. El primero se refiere a si bajo alguna condición resulta lícito el recurso a la fuerza de las armas —derecho a la guerra— (cuestión que no afecta al presente caso); mientras que el ius in bello —derecho en la guerra— se refiere a un conjunto normativo que, dada la existencia de un conflicto armado, sea justo o injusto, deben observar los beligerantes, sobre todo con determinadas personas y lugares. Tal ius viene inspirado en el principio de necesidad: Sólo resulta lícito lo que es necesario para conseguir el objetivo de la guerra (Grocio).

Pues bien, el citado Capítulo III comprende las infracciones más graves de las normas fundamentales de ese *ius in bello*, que no son otras que las recogidas en el artículo 608 del Código Penal (Convenios de Ginebra, Protocolos y Convenio de La Haya).

De este artículo se sigue que las personas protegidas son:

1. Los heridos, enfermos y náufragos.
2. El personal sanitario y religioso.
3. Los prisioneros de guerra.
4. La población civil.
5. Las personas que no participan en las hostilidades.

El citado artículo 608.3 indica: a los efectos de este capítulo, se entenderán por personas protegidas: la población civil y las personas civiles protegidas en el IV Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 o por el Protocolo I Adicional de 8 de junio de 1977. Los periodistas son considerados población civil. No cabe, pues, duda de que el Sr. J. C. P. era persona protegida.

SEGUNDO.—El artículo 611.1 del Código Penal castiga con la pena de prisión de 10 a 15 años, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados producidos, al que con ocasión de un conflicto armado realice u ordene realizar ataques indiscriminados o excesivos o haga objeto a la población civil de ataques, represalias o actos o amenazas de violencia cuya finalidad sea aterrorizarla.

El citado artículo 611.1 del Código Penal prohíbe y castiga:

- a) La realización de ataques indiscriminados.
- b) Los ataques excesivos a la población civil.
- c) Los ataques específicos a la población civil.
- d) Las represalias.
- e) Los actos de violencia.
- f) Las amenazas de violencia con la finalidad de amenazar a la población.

Dispensa, pues, una especial protección a la población civil: cualquier ataque (sea indiscriminado, sea excesivo o sea específico) a la población civil es ilegítimo, está prohibido y está castigado penalmente. Así se sigue de dicho artículo, que recoge y desarrolla lo dispuesto en el IV Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y el Protocolo Adicional I de 1977 (mencionados en el artículo 608). El Protocolo, además, establece un principio fundamental: las partes contendientes están obligadas siempre a distinguir entre población civil y combatientes y entre bienes de carácter civil y objetivos militares (art. 48) [...].

Nota. Los hechos que dan lugar al presente litigio son los relativos al fallecimiento en Bagdad del periodista español José Couso el día 8 de abril de 2003. El periodista fue alcanzado por la metralla procedente del estallido de un proyectil lanzado por la 3.ª División de Infantería del Ejército de los Estados Unidos contra el «Hotel Palestina»; situado en zona civil y ocupado por población civil.

En el Auto el Magistrado instructor llega a la conclusión de que existen indicios racionales para considerar que tres miembros de la citada división del Ejército norteamericano pueden ser penalmente responsables de conductas criminales tipificadas en nuestro Código Penal como «Delitos contra la Comunidad Internacional»; en consecuencia acuerda su procesamiento.

Cabe felicitarse del espíritu didáctico que el Auto presenta en sus FFJJ 1.º y 2.º al enmarcar las conductas punibles del art. 611.1 CP en relación con el art. 608 CP en el contexto del *ius in bello* diferenciándolo claramente del *ius ad bellum*. Incluso llega a invocar a Hugo Grocio, el padre doctrinal de esta rama, ubicando la licitud del *ius in bello* dentro del principio de necesidad.

Se trata en definitiva el presente de un caso de extraterritorialidad de la jurisdicción penal española relativo a un delito contra la comunidad internacional. Por tanto, aunque no es un presupuesto para la perseguibilidad de este tipo de delitos que exista algún vínculo con el interés nacional [véase el art. 23.4 LOPJ, letra *h*)], en este caso la conexión con el interés nacional es evidente dada la nacionalidad de la víctima.

Rafael MARÍN AÍ

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Juzgado Central de Instrucción núm. 5), de 30 de abril de 2009. Ponente: José Ricardo Juan de Prada Solaesa.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079220022009100001.

De esta resolución, ya comentada por otro motivo, interesa en este orden de cuestiones resaltar el voto particular concurrente del Magistrado De Prada Solaesa. Este voto propugna la aplicación preferente del Derecho internacional humanitario (art. 611.1 CP) frente a las comunes relativas a los delitos terroristas (tipos penales contenidos en la Sección Segunda del Capítulo V del Título XXII, arts. 571 y siguientes, relativos a los delitos de terrorismo, incluidos los establecidos en los arts. 515.2 y 516 del Código penal; todo ello en relación con las acciones cometidas, bien sean por insurgentes yihadistas, o de otro tipo, que combatan en el conflicto armado que se desarrolla en Irak).

Para llegar a esta decisión el Magistrado señala que la utilización del término terrorista en el indicado contexto de guerra no implica la inmediata aplicación de la legislación común antiterrorista. Por el contrario, la previsión de actos con finalidad terrorista viene reconocida expresamente como crímenes de guerra por el Derecho internacional penal, en las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949 y protocolos adicionales de 1977; incluso menciona jurisprudencia de un tribunal penal internacional *ad hoc* (caso *Stanislav Galio*, Sentencia de 30 de noviembre de 2006 del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia).

El Magistrado alude a que frente a la inexistencia de un Tratado internacional en materia de terrorismo que recoja expresamente la jurisdicción universal en sentido estricto, sí que existe «dicho Tratado internacional que recoja expresamente la jurisdicción internacional» para los crímenes de guerra a través de las previsiones contenidas en los Convenios de Ginebra y sus protocolos adicionales. Dado este último argumento, el sentido del voto es el de llevar la materia del terrorismo internacional hacia las reglas del Derecho humanitario bélico.

Rafael MARÍN AÍ

6.4. Derechos humanos y jurisdicción universal

Auto del Tribunal Constitucional (Pleno) núm. 186/2009, de 16 junio.

<http://www.tribunalconstitucional.es>

FJ 3 [...] «En rigor no se discute aquí la existencia de acción popular en el ámbito de la jurisdicción universal, sino su concreta configuración. Dicho de otro modo, para el órgano judicial promotor de la cuestión los tratados internacionales que perfilan la

jurisdicción universal contendrían una limitación a la libertad de configuración de que goza el legislador para regular la acción popular. Y ello en la medida en que los delitos que persigue la jurisdicción universal suponen un ataque a la comunidad internacional así como a los sujetos que la integran. Si no se permite a éstos colaborar en la represión de dichas conductas se les está privando de un derecho que les reconocerían los tratados internacionales invocados en el Auto de planteamiento (entre otros, en materia de lucha contra la piratería, la Convención sobre alta mar de 29 de abril de 1958 y la de Naciones Unidas sobre el Derecho del mar de 10 de diciembre de 1982; en relación con la falsificación de moneda, el Convenio de 20 de abril de 1929; en la lucha contra el terrorismo, el Convenio de Tokio sobre infracciones y ciertos actos cometidos a bordo de aeronaves de 14 de septiembre de 1963, el Convenio de Nueva York para la represión de atentados terroristas con bombas de 15 de diciembre de 1997, el Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo de 9 de diciembre de 1999 y el Convenio internacional para la represión de actos de terrorismo nuclear de 13 de abril de 2005; en materia de crimen organizado, el Convenio de sustancias psicotrópicas de 21 de febrero de 1971 y la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 20 de diciembre de 1988; y, en fin, en materia de lucha contra la corrupción, la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción de 31 de octubre de 2003)».

[...] A este respecto debemos señalar, como ya hemos hecho en la STC 12/2008, de 29 de enero, que «los tratados internacionales no constituyen canon para el enjuiciamiento de la adecuación a la Constitución de normas dotadas de rango legal (SSTC 49/1988, de 22 de marzo, FJ 14; 28/1991, de 14 de febrero, FJ 5; 254/1993, de 20 de julio, FJ 5)» (FJ 2), sin perjuicio, como ya hiciéramos también entonces, de 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. Según hemos reiterado en la STC 236/2007, de 7 de noviembre, “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” (FJ 3)» [...].

Nota. El presente auto viene a resolver una cuestión de inconstitucionalidad que fue elevada en el contexto de una querrela contra diversas personas de nacionalidad salvadoreña como responsables de crímenes de lesa humanidad y terrorismo o asesinato; dicha querrela fue presentada entre otros por la asociación norteamericana Centre for Justice and Accountability. En la cuestión formulada se plantea la constitucionalidad de los arts. 19 LOPJ y 101 y 270 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en la medida en que circunscriben la acción popular del art. 125 CE a los «españoles»; la cuestión es elevada en el contexto de la competencia de la jurisdicción española para el conocimiento de delitos de persecución universal (art. 23.4 LOPJ). Por tanto, la duda surge al reducirse la participación como parte de los «no españoles» en la persecución de este tipo de delitos sólo a los casos en que sean ofendidos por el mismo, lo cual lleva al Magistrado promotor a pensar que esta opción por la que se decanta el legislador ordinario puede ser contraria al mandato del art. 125 CE que a priori no discrimina entre los ciudadanos según sea su condición española o extranjera. En opinión del Magistrado promotor, el principio de jurisdicción universal limita el margen que tiene el legislador a la hora de configurar la legitimación activa para el ejercicio de la acción popular, e introduce la duda sobre si reducir dicha legitimación a los nacionales españoles sería contrario al art. 125 CE al frustrar la finalidad del principio de jurisdicción universal; para ello se apoya en varios Tratados Internacionales en los

que la persecución de determinados delitos (que afectan a la comunidad internacional en su conjunto y a sus sujetos pasivos concretos individualizados) no está supeditada a la existencia de un interés nacional.

El Tribunal Constitucional había estimado el amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva frente a resoluciones del TS y de la AN que exigen un vínculo con el interés nacional como presupuesto para la persecución de estos crímenes (véanse la STC 237/2005, de 26 de septiembre, dictada en el *Caso Guatemala*; y la STC 227/2007, de 22 de octubre, que estima el amparo frente a resoluciones del TS y de la AN que decidieron la inadmisión a trámite de querellas por delitos de genocidio y tortura en China). Con posterioridad al caso que nos ocupa, la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, ha reformado el art. 23.4 de la LOPJ cercenando la esencia del principio de jurisdicción universal al exigir como presupuesto para que los tribunales españoles puedan conocer de estos crímenes: que quede acreditado que el presunto responsable se halla en territorio nacional (criterio de personalidad activa), que existan víctimas de nacionalidad española (criterio de personalidad pasiva) o bien que haya algún vínculo de conexión relevante con los intereses nacionales (véase REMIRO BRÓTONS, A., «Crímenes internacionales, jueces estatales», *Política Exterior*, núm. 134, marzo-abril, 2010). Pese a la reforma, hay que recordar la prevalencia de los Tratados internacionales sobre la ley española, de modo que es previsible que algún juez siga interpretando por mandato de los tratados y de la propia Constitución en sentido absoluto el principio de jurisdicción universal. De igual modo es posible que la reforma dé lugar a un nuevo pronunciamiento del TC en virtud del derecho a la tutela judicial efectiva, a través de un recurso o cuestión de inconstitucionalidad o bien por vía de amparo; y que el TC vuelva a proclamar esta concepción absoluta del principio de jurisdicción universal. Durante el periodo cubierto por la crónica se han seguido tramitando asuntos que conciernen al ejercicio de la jurisdicción universal en su conexión con los derechos humanos.

Pues bien, la acción popular (art. 125 CE) no es uno de los derechos humanos recogidos en la Constitución, y por tanto en el presente caso no resulta de aplicación el art. 10.2 de la CE (si bien el TC reafirma su importancia); ello lleva al TC a inadmitir la cuestión de inconstitucionalidad reiterando la importancia hermenéutica de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, pero estableciendo que éstos no constituyen un canon de constitucionalidad de las normas de rango legal.

Recogiendo el criterio del Fiscal General del Estado, el TC concluye que el legislador ha respetado la obligación de mínimos que le impone el art. 125 CE al recoger a los ciudadanos españoles. De igual modo la intervención en el proceso penal de quienes mediatamente pudieran verse afectados por los delitos que otorgan competencia a los tribunales españoles con arreglo al principio de jurisdicción universal debería enfocarse en opinión del Fiscal General del Estado (que el TC mantiene) no a través de la vía de la acusación popular, «sino más bien en el plano de la legitimación para la actuación en el proceso de la acusación particular de los afectados por el ilícito en su esfera de derechos e intereses legítimos».

Rafael MARÍN AÍs

6.5. Recurso de casación y derecho a una doble instancia penal

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 128/2009 (Sala de lo Penal, Sección 1.ª), de 11 febrero de 2009. Ponente: José Antonio Martín Pallín.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079120012009100195.

[...] El motivo décimo denuncia la inexistencia en el sistema procesal español del derecho a la doble instancia y añade, por si no lo hubiera hecho, que el testimonio de los agentes está plagado de contradicciones. Esta cuestión se viene planteando de forma reiterada ante esta Sala a partir de varias resoluciones del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas que vigila la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (RCL 1977, 893). En recientes dictámenes se declara la vulneración del artículo 14.5 del Pacto ante la imposibilidad de que el Tribunal Supremo revise las pruebas presentadas en primera instancia. Como se dijo, en el auto de 16 de febrero de 2004 (RJ 2004, 47), no se puede discutir, si nos fijamos en la literalidad del artículo 14.5 del Pacto, que el Tribunal Supremo ostenta la condición de Tribunal Superior tanto respecto de las Audiencias Provinciales y Tribunales Superiores de Justicia como de la Audiencia Nacional, por lo que en este aspecto las previsiones están efectivamente cubiertas. Ahora bien, es preciso reconocer que más allá del texto de la Ley lo que pretende el Pacto, no es la simple intervención de un Tribunal Superior, sino que exige que el tipo de recurso, previsto por el sistema, sea efectivo, en cuanto permita unas ciertas expectativas de revisión del material probatorio. Nuestro sistema procesal puede cumplir con las previsiones del Pacto, si se establecen mecanismos que permitan reinterpretar la decisión del Tribunal de Instancia, revisando la racionalidad de los métodos lógico-inductivos que supone toda actividad judicial de evaluación de las pruebas. Esta actividad tiene que garantizar y extender al máximo las posibilidades de defensa. En todo caso, se debe advertir, que un posible recurso de apelación que ya se ha establecido por el legislador en España, no puede garantizar la plena revisión y reestructuración del material probatorio de la primera instancia, y ni siquiera la grabación videográfica del juicio permite tener un conocimiento idéntico al que permite la percepción sensorial inmediata de las sesiones del juicio oral. Las vivencias así adquiridas son intransferibles, por lo que el Tribunal de Apelación tendría que hacer una valoración aproximada de las pruebas. Es cierto que el Recurso de Casación, en su concepción originaria y en sus modificaciones realizadas antes de la vigencia de la Constitución Española, no satisfacía las exigencias del Pacto, ya que se anclaba en un rígido formalismo, que rechazaba cualquier posibilidad de revisión probatoria que no fuese derivada, con carácter excepcional, del contenido de un documento que evidenciase, sin contradicción alguna, el error en que había incurrido el juzgador de instancia. Podemos afirmar tajantemente que éste no es el modelo actual. La Constitución (RCL 1978, 2836) y la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1578, 2635), en su artículo 5.4 han abierto una amplia expectativa a la revisión probatoria. La vía de la vulneración de los derechos fundamentales de todo acusado de un hecho delictivo y la prevalencia de la tutela judicial efectiva, la presunción de inocencia y la necesidad de motivar suficientemente cuáles han sido los criterios intelectivos y el juicio lógico que ha llevado al órgano juzgador a dictar una determinada resolución, son suficientes elementos para afirmar que el recurso puede ser efectivo. Como podrá verse a lo largo de la lectura de esta Sentencia, este proceso revisorio se ha realizado con profundidad y detalle. La Ley Orgánica de 23 de diciembre de 2003 (RCL 2003, 3008) que modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882, 16), ya

anuncia las vías competenciales para generalizar la doble instancia residenciándola en los Tribunales Superiores de Justicia, pero sin haber desarrollado estas previsiones.

Nota. En esta sentencia encontramos una visión favorable a cumplir con las pautas marcadas por el Comité de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. No llega a reconocerse la vulneración del derecho a la doble instancia penal, pero al mismo tiempo se dice en un condicional muy inmediato que el sistema procesal español puede cumplir con las exigencias derivadas del Pacto de Derechos Civiles y Políticos; por lo tanto está enviando un mensaje al legislador para efectuar la oportuna corrección. Se invita al legislador a expandir al máximo las posibilidades del derecho a la defensa (art. 24.2 CE), con arreglo a la interpretación derivada del arreglo al art. 14.5 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y según lo dispuesto en el art. 10.2 CE.

De esta sentencia se deduce que la reforma introducida en 2003, modificadora de la LOPJ y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, permite cumplir con las exigencias internacionales de la doble instancia penal al prever que ésta se sustancie ante los Tribunales Superiores de Justicia; pero al mismo tiempo reconoce que estas previsiones no han recibido el oportuno desarrollo legislativo.

El mandato interpretativo que el art. 10.2 CE contiene alcanza a los órganos encargados de la interpretación y aplicación de los tratados internacionales: en concreto, a los dictámenes y observaciones finales del Comité de Derechos Humanos y a las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sin embargo, la actual configuración del recurso de casación en materia penal establecida en los arts. 847 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, relativa a recursos de casación ante el Tribunal Supremo frente a las sentencias dictadas por la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, no satisface las exigencias de este derecho a la doble instancia penal tal y como resulta del art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ya que los motivos admisibles de casación no permiten al Tribunal superior revisar la valoración de la actividad probatoria en la que se basa la sentencia condenatoria realizada en la instancia como exige el Comité de Derechos Humanos en sus Observaciones Finales, en relación con el quinto informe periódico presentado por España de acuerdo con el art. 40 del Pacto (aprobadas en su 2.595.^a sesión celebrada el día 30 de octubre de 2008 y correspondiente al 94.º periodo de sesiones). Por su parte el Dictamen del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 20 de julio de 2000 en el que se condena a España por vulnerar el derecho a la doble instancia penal, ha sido objeto de numerosa jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias 762/2001, de 30 de abril; 1860/2000 de 4 de diciembre; 2393/2003 de 19 de febrero de 2003, STS de 8 de abril de 2005; véase SANTOS VARA, J., «Crónica sobre la aplicación judicial del Derecho Internacional Público (enero-junio de 2005)», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 10, 2005, pp. 17-18) y también del Tribunal Constitucional (Sentencia 70/2002, de 3 de abril, que señala: «los dictámenes del Comité de Derechos Humanos no son resoluciones judiciales ni interpretaciones auténticas del Pacto y se refieren a casos concretos, sin que obliguen por sí mismos al Estado a cambiar su legislación, pero su influencia una vez constatada una violación es decisiva para que el Estado haya de adoptar las medidas pertinentes para repararla, lo cual puede suponer en ciertos casos la realización de esos cambios»).

Este motivo también le ha supuesto a España el reproche del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (véase, como opinión doctrinal y periodística, OLLÉ SESÉ, M., «España incumple el Derecho internacional», *El Mundo*, 15 de marzo de 2010). Con posterioridad al espacio temporal que comprende la presente crónica, el día 16 de septiembre de 2009, el Estado español ha ratificado el Protocolo núm. 7 al CEDH,

hecho en Estrasburgo el 22 de noviembre de 1984. En este Protocolo se garantiza el derecho a un doble grado de jurisdicción en materia penal, así como se reconocen las garantías en caso de expulsión de extranjeros (BOE de 15 de octubre de 2009). Las crónicas posteriores al primer semestre de 2009 nos informarán de que el Reino de España ha vuelto a ser condenado por el TEDH por este motivo, así como de nuevos desarrollos jurisprudenciales internos.

Rafael MARÍN AÍs

Sentencia 27/2009 del Tribunal Constitucional (Sala Segunda), de 26 de enero.

QUINTO [...] Sin que debamos extender este control, tal como propone el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones, a comprobar si se ha respetado por el órgano judicial el principio pro actione, que implica la exigencia de una motivación reforzada en su resolución al estar en juego la garantía constitucional incorporada a nuestro Ordenamiento con base en el art. 14.5 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos (PIDCP), pues el aspecto del derecho a la tutela judicial efectiva que resulta ahora concernido no es propiamente el del acceso al recurso de una parte en el proceso que pretende la revisión de la condena y la pena que le ha sido impuesta [...].

Nota. La presente sentencia desestima el recurso de amparo interpuesto por Unió Democràtica de Catalunya contra el Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2006. El objeto principal del litigio lo constituye la legitimación del partido político para entender que sus derechos a la tutela judicial efectiva y al honor han sido vulnerados al no haber podido impugnar en sede judicial ordinaria una sentencia en cuyos hechos probados se contienen pronunciamientos relativos a la detracción de fondos públicos hacia fines ajenos al interés general por parte de uno de los miembros de dicho partido político. A lo largo de la tramitación de la causa penal ante el Juzgado de Instrucción núm. 11 de Barcelona, la responsabilidad penal de la persona física a quien habían sido atribuidos los hechos mencionados se había extinguido debido a su fallecimiento. Teniendo en cuenta este marco resulta interesante que el Ministerio Fiscal plantee el respeto al derecho a una doble instancia penal, aunque a nuestro juicio el Tribunal razona correctamente al descartar este aspecto del derecho a la tutela judicial efectiva del objeto del litigio: puesto que no se trata de someter a revisión la condena y la pena impuesta al recurrente, sino que se trata de un aspecto muy diferente: la revisión de las afirmaciones contenidas en una sentencia no condenatoria para el recurrente.

Rafael MARÍN AÍs

6.6. Art. 10.2 Constitución Española

Sentencias del Tribunal Supremo 340 y 341/2009 (Sala de lo Contencioso, Sección 1.ª), de 11 de febrero de 2009. Ponentes: Pablo María Lucas Murillo de la Cueva y Nicolás Antonio Maurandi Guillén, respectivamente.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079130012009100001 y 28079130012009100002; respectivamente.

SÉPTIMO: [...] La jurisprudencia constitucional española, en suma, no ofrece base para afirmar la existencia de un derecho a la objeción de conciencia de alcance general.

Y, por lo que se refiere a instrumentos internacionales que satisfagan las características exigidas por el artículo 10.2 de la Constitución para ser guía de la interpretación en materia de derechos fundamentales, el único que puede traerse a colación es el artículo 10.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que dispone:

«Se reconoce el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio».

*Es verdad que este precepto no limita el derecho a la objeción de conciencia a un ámbito material determinado. Y es probable que, tras la mención específica a la Carta en el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/2008, por la que se autoriza la ratificación del Tratado de Lisboa, aquélla debe ya ser utilizada como canon interpretativo aun cuando el mencionado Tratado de Lisboa no haya todavía entrado en vigor. Ahora bien, la propia Carta circunscribe su eficacia a aquellos supuestos en que los Estados apliquen Derecho de la Unión Europea, lo que claramente no ocurre en el caso ahora examinado. El artículo 10.2 de la Carta, además, requiere expresamente una *interpositio legislatoris* para desplegar sus efectos, por lo que no admite un derecho a la objeción de conciencia en ausencia de ley que lo regule. [...]*

Nota. A lo largo de la presente sección de la Crónica que dedicamos a los derechos humanos las referencias a la función hermenéutica del art. 10.2 CE son numerosas, aunque bajo esta rúbrica hemos decidido incluir este grupo de resoluciones judiciales como paradigmáticas de la utilidad de este precepto constitucional.

La polémica introducción de la asignatura Educación para la Ciudadanía en la Enseñanza Secundaria Obligatoria (ESO) dio lugar a que se citara la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (entre otros textos internacionales, buscándose argumentos en este ámbito dada la sensibilidad del tema planteado) junto con el CEDH y la jurisprudencia del TEDH en numerosas sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (más de veinte sentencias dentro del periodo comprendido por la presente crónica, siendo la más reciente la fechada el 5 de junio de 2009). En ellas se plantea la virtualidad constitucional de un derecho a la objeción de conciencia frente a esta asignatura con arreglo al derecho de los padres a decidir sobre la educación de sus hijos del art. 27.3 de la Constitución; la primera de esta serie fue la STS de 11 de febrero de 2009, arriba extractada. En ella se concluye la inexistencia de tal derecho a la objeción de conciencia.

Frente a la posición mayoritaria que exige la necesidad de *interpositio legislatoris* para encontrar un derecho a la objeción de conciencia en el art. 10.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; apreciamos en el voto particular formulado por Peces Morate, al que se adhieren De Oro-Pulido López y Yagüe-Gil, una observación discrepante sobre la necesidad de *interpositio legislatoris* para la existencia en la Carta de un derecho general a la objeción de conciencia susceptible de efecto directo: «En el art. 10.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, pendiente su vigencia de la ratificación del Tratado de Lisboa, “se reconoce el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio”, lo que no presupone, en contra de lo que se sostiene en la sentencia, que se condicione tal derecho a la *interpositio legislatoris*, sino que se consagra la existencia de un derecho general a la objeción de conciencia y lo que se deja en manos de los legisladores nacionales no es su reconocimiento sino la regulación de la forma en que deberá ejercerse».

Es interesante recordar que estas sentencias son previas a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (1 de diciembre de 2009). El art. 6.1 del Tratado de la Unión Europea equipara a la Carta de Derechos Fundamentales (*DOUE* serie C 303, de 14 de di-

ciembre de 2007) en valor jurídico a los Tratados. Pero además el art. 51 de la propia Carta dispone: «Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas... a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión...». Por tanto, el Tribunal está manejando como criterio hermenéutico de un derecho fundamental recogido en la Constitución, vía art. 10.2 CE, un instrumento carente de eficacia jurídica vinculante (en ese momento y hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa), y de valor jurídico incierto (se trata de un instrumento perteneciente al *soft law* que, con anterioridad a la entrada en vigor de Lisboa, ha desplegado notables efectos interpretativos de derechos fundamentales). Había sido ya utilizada por el TJUE en alguna ocasión, y abundantemente en la jurisdicción ordinaria española e incluso constitucional —véanse, entre otras, las Sentencias 292/2000, de 30 de noviembre; 53/2002, de 27 de febrero; 138/2005, de 26 de mayo; 273/2005, de 27 de octubre; 17/2006, de 30 de enero; 41/2006, de 13 de febrero; 176/2008, de 22 de diciembre o la 183/2008 de 22 de diciembre—. La sentencia precisa también que el presente caso recae fuera del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión Europea (y, por tanto, de la propia Carta de Derechos Fundamentales, según su art. 51). Olvida precisar que los textos del Tratado de Lisboa y de la Carta han sido íntegramente reproducidos en la Ley Orgánica 1/2008 y que ésta ha sido objeto de publicación en el *BOE* (sin detenerse en las consecuencias que el art. 96 CE otorga a los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados: omite que la Carta no es propiamente un tratado internacional, aunque ha sido objeto de incorporación por referencia al Tratado de Lisboa y equiparada en valor jurídico a sus preceptos; y que en ese momento aún no se había producido la entrada en vigor de este último con arreglo al Derecho internacional). El resultado de admitir como criterio hermenéutico de derechos fundamentales la Carta es razonable y correcto; si bien, la invocación que la sentencia hace de este instrumento, y sobre todo el razonamiento jurídico para llegar a esa conclusión, es bastante impreciso, laxo y efectúa varios saltos en el pensamiento lógico que pueden escaparse a simple vista.

En todas estas sentencias encontramos el voto particular del Magistrado González Rivas, que discrepa de la opción mayoritaria y, con un amplio recorrido por la normativa y jurisprudencia internacional, concluye que debe prevalecer el derecho de los padres a decidir sobre la formación de sus hijos, existiendo posibilidad por tanto de exención curricular de la citada asignatura con base en el mismo. El voto particular presenta una buena técnica jurídica y en general indaga en el estado de ratificación y publicación de los tratados que invoca a los efectos de los arts. 10.2 y 96.1 de la Constitución. Resulta interesante que invoque una observación general del Comité de Derechos Humanos al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aunque hubiera sido deseable que se pronunciara sobre su valor jurídico (recuérdese el valor jurídico que en palabras del TC tienen sus Dictámenes en relación con la doble instancia penal: no constituyen «interpretación auténtica» del Pacto; si bien el Comité de Derechos Humanos sí se ha autodesignado como «intérprete auténtico del Pacto»); así como que haga referencia al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que suele ser invocado con menor frecuencia que aquél; también es destacable la precisión al introducir la enumeración de jurisprudencia del TEDH de que ésta constituye la «interpretación auténtica» del CEDH, detalle que suele ser omitido por la jurisprudencia interna. Ahora bien, llegada la referencia a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea encontramos algunos errores e imprecisiones:

a) Señala que ha sido «incorporada al Derecho Comunitario Europeo por el Tratado de Lisboa». Debería haber precisado que se trata de una incorporación por referencia al equiparar la Carta en valor jurídico a los Tratados.

b) Establece como fecha de entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de enero de 2009; es cierto que ésta fue la fecha prevista, pero dado que la sentencia es posterior a la misma y la entrada en vigor no se había producido [...] estamos claramente ante un descuido.

c) Habla de que la Carta ha sido «ratificada», refiriéndose a su incorporación en la Ley Orgánica de ratificación del Tratado de Lisboa; se echa en falta una mejor expresión puesto que la Carta no es un tratado ni un acuerdo internacional que pueda ser objeto de ratificación.

Rafael MARÍN AÍs

Extracto: Voto particular que formula el magistrado Excmo. Sr. D. Juan José González Rivas a la Sentencia de fecha 11 de febrero de 2009, dictada en el recurso de casación 948/2008.

[...] II. Análisis de las Convenciones Internacionales:

Al tratarse de un derecho fundamental, la interpretación del artículo 27.3 de la Constitución ha de hacerse de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre la materia, ratificados por España (artículo 10.2 de la Constitución), pues dichos Tratados, publicados oficialmente en el Boletín Oficial del Estado, forman parte de nuestro ordenamiento jurídico (artículo 96.1 de la Constitución).

Sobre esta materia, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, dedica a los derechos educativos el artículo 26 y establece. 1.º) «Toda persona tiene derecho a la educación», 2.º) «La Educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales» y en el apartado tercero del artículo 26 subraya que «Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos». Subrayo el carácter «preferente» de este derecho.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966 (BOE n.º 103 de 30 de abril de 1977) reconoce el derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral para sus hijos en el artículo 18, que desarrolla el mismo número de la Declaración Universal de los Derechos Humanos sobre la libertad de pensamiento, conciencia y religión. En el marco de esta regulación, la Convención se ocupa de este derecho en los siguientes términos: «Los Estados parte en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y en su caso, de los tutores legales para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones» (art. 18.4).

El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en la Observación general n.º 22 de 30 de julio de 1993, al artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ha señalado que «La educación obligatoria que incluye el adoctrinamiento en una religión o en unas creencias particulares, es incompatible con el párrafo cuarto del artículo 18, a menos que se hayan previsto exenciones y posibilidades que estén de acuerdo con los deseos de los padres o tutores» y «en este caso, cuando un conjunto de creencias sea considerado como la ideología oficial en Constituciones, Leyes, Programas de Partidos o en la práctica efectiva, no tendrá como consecuencia ningún menoscabo de las libertades consignadas en el artículo 18 ni de ningún otro de los derechos reconocidos en el Pacto, ni ningún tipo de discriminación contra las personas que no suscriban la ideología oficial o se opongan a ella».

El artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos y Culturales de la misma fecha, en el párrafo tercero del artículo 13 señala: «Los Estados parte en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllos satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones».

III. La interpretación auténtica del artículo 2 del Protocolo n.º 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En el ámbito europeo el Protocolo Adicional primero al Convenio Europeo de 1950 para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales de 20 de marzo de 1952, establece en su artículo segundo que «A nadie se le puede negar el derecho a la instrucción. El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas».

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que es la instancia competente para la interpretación y aplicación del Convenio y los Protocolos sucesivos (artículo 32.1 del Convenio) afirma como principios generales de interpretación de este precepto que las dos frases o cláusulas que contienen deben interpretarse una a la luz de la otra y que ambas deben hacerlo a la luz de lo dispuesto en los artículos 8, 9 y 10 del Convenio, que reconocen el derecho al respeto a la vida privada y familiar, la libertad de pensamiento, conciencia y religión y la libertad de expresión (sentencias Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca de 7 de diciembre de 1976, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 1976/5, serie A, n.º 23; Asunto Valsamis contra Grecia de 18 de diciembre de 1996, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 1996/70; Asunto Folgero y otros contra Noruega de 24 de junio de 2007, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2007/53 y Asunto Hassan y Eylem Zengin contra Turquía de 9 de octubre de 2007, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2007/63).

La expresión utilizada por la segunda parte del artículo segundo del Protocolo n.º 1 ha sido interpretada reiteradamente por el Tribunal de Estrasburgo como generadora de una obligación para el Estado que no se limita solamente a reconocer o a tomar en consideración, sino que el verbo utilizado por el texto «respetará» genera para el Estado una obligación de carácter positivo y ordena al Estado a «respetar las convicciones de los padres tanto religiosas como filosóficas en el conjunto del programa de la enseñanza pública», es decir, al regular «el contenido de la enseñanza y la manera de dispensarla, pero también en el ejercicio del conjunto de las funciones que asume el Estado» (tal es el criterio que se mantiene en STEDH en el asunto Campbell contra el Reino Unido de 25 de febrero de 1982 (STEDH 1982-1, serie A, n.º 48).

En las sentencias de 29 de junio y 9 de octubre de 2007, el TEDH señala que «al cumplir un deber natural hacia los hijos de quienes les corresponde prioritariamente asegurar la educación y la enseñanza, los padres pueden exigir del Estado el respeto a sus convicciones religiosas y filosóficas» y expresamente «se prohíbe al Estado perseguir una finalidad de adoctrinamiento que pueda ser considerada no respetuosa con las convicciones religiosas y filosóficas de los padres», subrayándose que éste es el límite que en modo alguno se puede sobrepasar [...].

En la STEDH 2007/63, p. 55, se contiene la siguiente afirmación «La enseñanza constituye uno de los procedimientos por el cual la escuela se esfuerza en alcanzar el objetivo para el que ha sido creada, incluido el desarrollo y la formación del carácter y el espíritu de los alumnos, así como su autonomía personal».

Sobre la base de tal interpretación auténtica las sentencias analizadas reconocen la posibilidad de dispensa en caso de adoctrinamiento, en materias de contenido moral o filosófico.

La Carta de Derechos de la Unión Europea, aprobada por Acuerdo de 7 de diciembre de 2000 y revisada por Acuerdo de 12 de diciembre de 2007, incorporada al Derecho Comunitario Europeo por el Tratado de Lisboa, firmado el 13 de diciembre de 2007, con entrada en vigor el 1 de enero de 2009 y ratificada también por el Estado Español por Ley Orgánica 1/2008, publicada en el BOE de 31 de julio de 2008, recoge en el artículo 10.2 que «se reconoce el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio», en el artículo 14 el derecho a la educación que tiene toda persona y en el párrafo tercero establece que se respetan «de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio, la libertad de creación de centros docentes dentro del respeto a los principios democráticos» formulándose, de manera clara, «el derecho que tienen los padres a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas» [...].

V. Alcance del derecho a la objeción de conciencia. La tesis mayoritaria se inclina por el no reconocimiento de la objeción por considerar que en el texto constitucional vigente sólo está prevista explícitamente en el caso de la prestación del servicio militar, y siempre que se hubiera reconocido por ley, lo que hubiera cerrado el debate planteado [...].

También, si traspasamos la órbita del Derecho interno al Derecho internacional, los casos Folgero y Zengin (STEDH de 20 de junio de 2007 y 9 de octubre de 2007) reconocen la exención parcial de determinados contenidos curriculares en las disciplinas cuestionadas y el papel neutral e imparcial del Estado cuando se examinan temas concernientes a esta problemática, lo que se reitera en SSTEDH de 4 de diciembre de 2008 (asuntos Kervanci c. Francia y Dogru c. Francia) [...].

En suma, el juicio de ponderación, en una sociedad que proclama la libertad de creencias, la laicidad y la neutralidad del Estado, ha de ser resuelto por el Poder Judicial, como método adecuado para resolver conflictos como el presente cuando están en juego principios y derechos fundamentales y, en este caso, la difícil ponderación de estos intereses que, como reconoce la sentencia, suponen la búsqueda de un punto de equilibrio que es difícil de encontrar entre los artículos 27.2 y 27.3 de la CE, concluye mayoritariamente haciendo prevalecer el artículo 27.2 de la CE —respeto a los principios democráticos de convivencia— frente a la tesis minoritaria que suscribo, de hacer prevalente (lo que la Declaración Universal de Derechos Humanos califica de «preferente») el derecho de los padres a determinar la formación moral de los hijos, pues la vulneración de los artículos 16.1 y 27.3 de la CE es citada, reiteradamente, como infringida [...].

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª), de 11 de mayo de 2009. Ponente: Ramón Trillo Torres.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079130072009100275.

CUARTO.—Por otra parte, al examinar la normativa estatal integrada por la Ley Orgánica 2/2006 y los Reales Decretos 1513/2006, de 7 de diciembre y 1631/2006, de 29 de diciembre, hemos afirmado que cada una de las etapas o enseñanzas que componen el sistema educativo está dotada de un currículo integrado por el conjunto de objetivos, competencias básicas, contenidos, métodos pedagógicos y criterios de evaluación (art. 6 de la Ley Orgánica 2/2006). Las normas reguladoras de la materia Educación para la

Ciudadanía están compuestas por numerosos preceptos, anexos y cuadros, con un contenido denso, estrechamente interrelacionado. Advertíamos que, en la medida en que los reglamentos reguladores de la materia Educación para la Ciudadanía se sirven de una terminología específica, en ocasiones recargada en exceso, la consideración aislada de algunas de sus frases o palabras podría inducir a dudas en torno a su alcance. Ahora bien, su interpretación desde los presupuestos constitucionales y la Recomendación (2002) 12 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, disipa toda duda de infracción de los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 16.1 y 27.3 de la Constitución.

Nota. El interés de esta resolución radica en que para desestimar la vulneración de los derechos fundamentales de los arts. 16.1 y 27.3 CE, se esté utilizando una Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa en que se inspira la asignatura de Educación para la ciudadanía. Recomendación que carece de valor jurídico vinculante, pero que penetra por la vía del 10.2 CE, en una lectura extensiva de este precepto, para interpretar las normas internas reguladoras de la citada asignatura (incluso una ley orgánica) que presentan una conexión con estos derechos fundamentales (a la libertad religiosa, y el derecho de los padres a decidir sobre la educación de sus hijos) recogidos en la Constitución. La sentencia hace referencia a la interpretación «a la luz de la jurisprudencia» del TEDH, sin embargo, no es fácil deducir si se refiere a que las normas internas que regulan la asignatura son interpretadas con arreglo a la misma, o si por el contrario se refiere a la interpretación de la citada Recomendación conforme a dicha jurisprudencia. En cualquier caso parece ser una acumulación interpretativa: las normas internas interpretadas a la luz de esta Recomendación del Consejo de Europa, que a su vez debe interpretarse de un modo acorde a la jurisprudencia del TEDH. En cualquier caso, esta remisión es bastante genérica e imprecisa.

Rafael MARÍN AÍS

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 185/2009, de 12 de marzo de 2009. Ponente: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079110012009100143.

En idéntico sentido: **Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 185/2009, de 14 de mayo de 2009.** Ponente: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

QUINTO [...] Por tanto, teniendo en cuenta la doctrina constitucional y la de esta Sala en relación a la intimidación de menores así como la normativa tanto interna como internacional (art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966, ratificado por España el 13 de abril de 1977 (RCL 1977, 893); artículo 16 del Convenio Europeo hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, ratificado por España el 26 de septiembre de 1979 (RCL 1979, 2421); artículo 8 de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores de 29 de noviembre de 1985 —Reglas de Beijing (RCL 1990, 2712)—; y artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por las Naciones Unidas en 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España por instrumento de 30 de noviembre de 1990 (RCL 1990, 2712)) que otorga una especial protección a los menores, no cabe sino confirmar la sentencia recurrida [...].

Nota.—Este mismo párrafo se reproduce en una STS de la misma sala de 14 de mayo de 2009. Esta resolución refleja el especial amparo que encuentra el menor en la normativa internacional por disposición del art. 39.4 CE. En ella encontramos la mención a las Reglas de Beijing, adoptadas por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 40/33 de 29 de noviembre de 2005. Se trata de una norma de valor jurídico incierto y difuso. Por cierto, no es la primera vez que es utilizada como herramienta interpretativa por la vía del art. 10.2 CE.

Rafael MARÍN AÍS

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.^a, de 19 de mayo de 2009). Ponente: Antonio Salas Carceller.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079110012009202713

SEGUNDO [...] Por otro lado tal interpretación es más adecuada, con el concepto de discapacidad, que contiene la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006, al establecer que la discapacidad es un concepto que evoluciona y resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás, y el artículo 1 establece: «las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales o intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.»

De lo anterior se desprende, por un lado la asunción del modelo social de discapacidad, al considerar que la discapacidad resulta de la interacción con barreras debidas a la actitud y al entorno, y por otro lado, que la definición no es cerrada, sino que incluye a las personas mencionadas, lo que no significa que excluya otras situaciones o personas que puedan estar protegidas por las legislaciones internas de los Estados.

Por tanto a partir de la Convención, aparece una concepción diferente del discapaz, reconociendo su capacidad de asumir responsabilidades tomando las decisiones que les afectan, con el apoyo que sea necesario en cada momento, como protagonistas activos en el desarrollo de su proyecto vital y mientras en el sistema tradicional se opta por el sistema de sustitución, la convención acoge en el artículo 12, el sistema de apoyo, al establecer en el apartado 3.º: «Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica, estableciendo una serie de salvaguardas en el ejercicio de apoyo en la toma de decisiones en el artículo 12.4 que dice lo siguiente: «Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen las salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el Derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionadas y adaptadas a la circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos, por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardas serán proporcionadas al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas» [...].

Nota. La presente Sentencia aplica la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006, firmada y ratificada por el Reino de España, que figura publicada en el *BOE* de 21 de abril de 2008. La plena adquisición de efectos jurídicos en el ámbito internacional de esta Convención tuvo lugar el día 3 de mayo de 2008, cuando fue depositado el vigésimo instrumento de ratificación.

Esta aplicación de instrumentos internacionales sin hacer explícitos cuáles son los efectos jurídicos que de ellos se derivan para las partes contratantes y por tanto para España muestra la opción nada formalista que presenta el TS, y que no es exclusiva de esta resolución [véase también la STS (Sala de lo Civil) 282/2009, de 29 de abril]. Una manifestación de esta tendencia es la cita indiscriminada de instrumentos internacionales (en ocasiones heterogéneos en cuanto a valor jurídico), sin pronunciarse ni reflexionar sobre su grado de obligatoriedad.

Sin embargo, es cierto que no resulta fácil determinar la voluntad del Tribunal en este supuesto, ya que se plantean dudas acerca de si la invocación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad se realiza como criterio hermenéutico vía art. 10.2 CE, para interpretar un derecho humano recogido en la Constitución (que podría deducirse del art. 49 CE) a la luz de un texto internacional; o bien si se aplica directamente en virtud del art. 96.1 CE (a pesar de que la resolución omite señalar que se trata el presente de un tratado internacional que ha desplegado plenos efectos jurídicos en el ámbito internacional y que ha sido objeto de publicación interna en España).

Rafael MARÍN AÍs