

## II. JURISPRUDENCIA

### A) JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Coordinación a cargo de

Francisco Javier QUEL LÓPEZ\*

Catedrático de Derecho Internacional Público  
Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea

#### SUMARIO

I. Relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno español.–II. Estatuto internacional del Estado.–III. Derecho del Mar.–IV. Asilo y Refugio.–V. Derechos humanos

#### I. RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO ESPAÑOL

2008-18

#### **RELACIÓN ENTRE TRATADOS Y DERECHO INTERNO.–Prevalencia del CEDH ante leyes internas.**

##### *Fundamentos jurídicos*

*Cuarto. Una vez constatado que la expulsión acordada (en cumplimiento estricto del art. 89.1 párr. 1.º del C.P [RCL 1995/3170 y RCL 1996, 777].) no resulta respetuosa con el derecho al respeto a la vida familiar del penado y de su hijo, reconocido en el artículo 8.1 del C.E.D.H. (RCL 1979/2421), se plantea qué solución dar a este conflicto de normas.*

---

\* La presente crónica abarca el segundo semestre de 2008 respecto de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional, así como la emanada de los tribunales inferiores. La selección de materiales ha sido llevada a cabo por los profesores de la UPV/EHU Óscar Abalde Cantero, Nicolás Alonso Moreda, M.ª Dolores Bollo Arocena y Juan Soroeta Licerias. Conviene advertir que se ha incluido exclusivamente la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales españoles en su función de interpretación y aplicación de normas internacionales.

*De entrada, conviene recordar que el T.C. ha declarado que la vulneración de derechos humanos reconocidos en Tratados o Convenios Internacionales ratificados por España e incorporados a nuestro Ordenamiento, pero no recogidos específicamente en la Constitución Española (RCL 1978/2836) o sin equivalente en ésta, no determina la inconstitucionalidad de las leyes ni puede ser objeto de recurso de amparo. Esto es, la contradicción que pueda existir entre Tratados y Leyes con respecto a derechos humanos reconocidos por aquellos pero no recogidos en la Constitución, no afecta a la constitucionalidad de las leyes, y que, por ello, no debe ser resuelta por el T.C., sino por los órganos judiciales que conozcan del litigio, en cuanto que se trata de un «puro problema de selección del Derecho aplicable al caso concreto» [sentencias del T.C. números 28/91, de 14-02 (RTC 1991/28), y 44/88, de 17-03 (RTC 1988/44) –de esta última, el F.J. 14.º–].*

*Se trata de determinar cual es la norma que debe prevalecer. Pues bien, existe a este respecto un cierto consenso, entre todos los estudiosos del sistema de fuentes del Derecho, y más en particular, entre los estudiosos del tema del lugar que ocupan los Tratados Internacionales en el ordenamiento jurídico interno, en atribuir a los Tratados una posición de supralegalidad (no necesariamente jerárquica), o de no sólo inmunidad [art. 96 de la Constitución (RCL 1978/2836)] frente a las leyes ordinarias, sino de aplicación preferente o prevalencia frente a éstas en caso de conflicto (García de Enterría, Rodríguez Zapata –este último sobre estudio de la jurisprudencia del T.S. y de la doctrina del Consejo de Estado–, Herrero de Miñón, etc...). Luis María Díez Picazo, en su obra «Sistema de Derechos Fundamentales», no duda en considerar que aunque el principio de la intangibilidad de los Tratados por parte del legislador no entraña necesariamente y en puridad, la inconstitucionalidad de la ley contraria al Tratado, «es indiscutible que, en todo caso, ha de plasmarse en la inaplicación de la ley (anterior o posterior) incompatible con el Tratado y la aplicación preferente de éste». En el mismo sentido, aunque más matizadamente que el autor recién citado, ya en la sentencia del T.C. n.º 36/91, de 14-02 (RTC 1991/36), se decía que «ciertamente la mayor rigidez de la norma internacional impondrá normalmente la prevalencia de ésta sobre la norma legal».*

*En atención a cuanto antecede, y en atención a la preferente aplicación del artículo 8 del C.E.D.H. (RCL 1979/2421) sobre el artículo 89.1 párr. 1.º del C.P (RCL 1995/3170 y RCL 1996, 777), procede dejar sin efecto la expulsión acordada al amparo de este último.*

**[Sentencia Audiencia Provincial de Castellón, núm. 371/2008 (Sección 2.ª), de 8 de septiembre de 2008. Ponente: Ilmo. Sr. D. Pedro Javier Altares Medina. Fuente: Aranzadi (Westlaw), JUR 2009/67177.]**

## II. ESTATUTO INTERNACIONAL DEL ESTADO

2008-19

### INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN.–Derecho a la tutela judicial efectiva.

#### *Fundamentos de Derecho*

*Cuarto. (...) Sin embargo, siguen exponiendo los firmantes del Voto particular, la finalidad que hace legítima constitucionalmente la inmunidad de jurisdicción del personal diplomático y consular y la que la convierte en una medida razonable y proporcionada a la imposibilidad de acceder a la jurisdicción interna para la defensa de los derechos e intereses de los ciudadanos, es la garantía del correcto funcionamiento de las funciones*

*representativas encomendadas a los agentes diplomáticos, que el propio Convenio de Viena de 1961 define en su artículo 3.º1 como la causa legitimadora de dichas inmunidades, sin que pueda ampararse la utilización abusiva de las prerrogativas que el ordenamiento consagra. Y ese abuso se produce, fundamentalmente, cuando se extiende su alcance a situaciones jurídicas en las que en nada puede verse afectado el ejercicio de las funciones diplomáticas. Extender ese alcance fuera de dicho ámbito, que pudo tener sentido en otro momento histórico, carece de sentido hoy porque el Estado de Derecho diseñado por la Constitución garantiza en modo suficiente el respeto de los derechos del individuo, y convierte en obsoleto y fuera de lugar otorgar a los diplomáticos un trato de favor personal, ya que las garantías individuales de las que todos los ciudadanos disfrutan cumplen sobradamente el fin de salvaguardia que antes sólo podía lograrse por la vía del privilegio, al no estar amparadas genéricamente las libertades de todos los individuos. En un Estado de Derecho ninguna inmunidad, y por tanto tampoco la atribuida a los diplomáticos, puede tener el carácter de privilegio personal; y así extender las inmunidades más allá de las actividades relacionadas con las funciones diplomáticas supone convertir lo que es una prerrogativa en razón del cargo, compatible en cuanto tal con el principio constitucional de igualdad y con el derecho a la tutela judicial efectiva, en un privilegio personal carente de una finalidad razonable y, por lo mismo, incompatible con los principios del Estado de Derecho y, especialmente, con el mencionado principio de igualdad y con el derecho de acceso a la jurisdicción interna para la defensa de los derechos e intereses reconocidos por el ordenamiento jurídico a todos los ciudadanos. La diferencia de trato que supone la inmunidad judicial de los diplomáticos se justifica en cuanto es necesaria a los efectos de facilitar el ejercicio de una función, no para amparar actuaciones privadas sin relación con estas funciones de representación diplomática. Así parece reconocerlo el propio Convenio de Viena de 1961 en cuanto proclama solemnemente en su Preámbulo que las inmunidades en él contenidas se conceden, no en beneficio de las personas, sino con el fin de garantizar el desempeño eficaz de las funciones de las misiones diplomáticas. Y bajo este prisma lo primero que debe advertirse al analizar el presente caso es que la prerrogativa alegada no es la inviolabilidad personal o domiciliaria o la inmunidad de jurisdicción penal de la Vicecónsul demandada, ámbitos éstos en los que la función de garantía de la actividad diplomática resulta normalmente clara y manifiesta, sino la inmunidad civil aducida en una causa de desahucio para la recuperación de la propiedad por impago de alquileres. Se dirá que no cabe duda de que mediante acciones civiles también se puede impedir o dificultar el ejercicio de las funciones representativas y que, por tanto, resulta justificable la existencia de este tipo de prerrogativas; sin embargo, lo que resulta constitucionalmente vetado es la configuración o la interpretación de las mismas en forma que permita o ampare abusos de esas prerrogativas, restringiendo derechos de los ciudadanos sin que resulte justificado por la garantía del ejercicio de las funciones diplomáticas. En este caso resulta palmario que la acción de desahucio y la acumulada de reclamación de rentas no perseguían la finalidad de impedir o dificultar el ejercicio de la función representativa de la demandada, ni directa ni indirectamente, sin que, por otra parte, los efectos de una hipotética resolución favorable a la pretensión del actor puedan llegar a imposibilitar o dificultar significativamente el ejercicio de esa función; por el contrario, de acogerse la inmunidad jurisdiccional ahora pretendida, lo que se produciría es un auténtico abuso de dicha prerrogativa permitiendo que una persona por el hecho de ser agente diplomático ocupe una vivienda de la que no es propietaria sin pagar la renta a la que libremente se obligó y sin que pueda ser desahuciada de la misma. En el presente caso, por lo que se ha razonado, las exigencias derivadas del artículo 24 de la Constitución (RCL 1978, 2836) imponen una interpretación del artículo 31 del Convenio de Viena que excluye la aplicación al caso de la inmunidad de jurisdicción civil en él*

*consagrada. Es más, el Convenio, interpretado de acuerdo con su Preámbulo, permite esta interpretación que excluye abusos como el que se produciría de aplicar la inmunidad al caso ahora enjuiciado, y la fidelidad a la Constitución –más concretamente, al derecho consagrado en su artículo 24– se puede cohonestar con la fidelidad a las exigencias derivadas del orden internacional, sin necesidad de poner en cuestión los preceptos del Convenio de Viena. De lo expuesto resulta ajustada a derecho la interpretación del Juez de instancia, y por tanto ha de desestimarse este motivo de recurso reconociendo la competencia de la Jurisdicción Civil española para el conocimiento del presente caso.*

**[Sentencia Audiencia Provincial de Málaga, núm. 668/2008 (Sección 5.ª), de 5 de noviembre de 2008.** Ponente: Ilmo. Sr. D. Hipólito Hernández Barea. Fuente: Aranzadi (Westlaw), AC 2009/116.]

2008-20

### **INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN.–Inmunidad de los agentes diplomáticos y consulares. Inmunidad del Estado.**

#### *Razonamientos jurídicos*

*Cuarto. (...) Ciertamente, como se advierte en esta misma sentencia, la inmunidad jurisdiccional de los agentes diplomáticos y consulares es distinta a la de los Estados y, como tendré ocasión de exponer de inmediato, ha experimentado una menor evolución relativizadora en el ordenamiento internacional. Sin embargo, la ratio última de ambas instituciones no es otra que la garantía del normal ejercicio de la función de representación diplomática, de ahí que, salvando las distancias que median entre un supuesto en el que entraba en juego la inmunidad de ejecución de un Estado extranjero y el ahora planteado, en el que lo que se trae a colación es la inmunidad de jurisdicción de un diplomático acreditado en España, resulta aplicable la doctrina sentada en aquellas sentencias en el sentido de delimitar el alcance de las inmunidades en atención a si los actos que se pretenden someter a la jurisdicción afectan o no a las funciones diplomáticas. Si se atribuye a la Constitución el carácter de Norma suprema que le corresponde, la distinta evolución del ordenamiento internacional en uno y otro tipo de inmunidades no puede dar lugar a interpretaciones distintas de los preceptos constitucionales. En rigor, si la ratio de ambas figuras es la garantía de las funciones diplomáticas parece que ésta debe ser todavía más rigurosa cuando se aplica al Estado que cuando se refiere a sus diplomáticos.*

**[Auto Audiencia Provincial de Madrid, núm. 260/2008 (Sección 14.ª), de 29 de octubre de 2008.** Ponente: Ilmo. Sr. D. Pablo Quecedo Aracil. Fuente: Aranzadi (Westlaw), AC 2008/2124.]

2008-21

**INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN.***Razonamientos jurídicos*

*Tercero.—Partiendo de lo indicado, en el caso presente, al igual que en el resuelto en el auto antes referenciado de fecha 6 de noviembre de 2007 (PROV 2008/31595), entendemos que los tribunales españoles carecen de jurisdicción y competencia internacional para el conocimiento de la demanda interpuesta frente al Secretario y a la Jefa de Subdivisión de Tratados del Comité de Derechos Humanos de la ONU con sede en Ginebra, siendo de aplicación al caso la Convención sobre prerrogativas e inmunidades de las Naciones Unidas, a la que se adhirió España el 31 de julio de 1974 (RCL 1974/2129) (BOE n.º 249 de 17 de octubre de 1974), por ser los demandados funcionarios del Comité y según el artículo V sección 18, (a) los funcionarios de la Organización están inmunes contra todo proceso judicial respecto de las palabras escritas o habladas y a todos los actos ejecutados en su carácter oficial, y es claro que la publicación de la decisión que les imputa el demandante lo es en tal carácter y como tal aparece en la página de Internet del Comité.*

*Cuarto.—A la luz de lo indicado, la inadmisión de la demanda acordada en el auto objeto de este recurso viene impuesta no porque el conocimiento de la pretensión venga atribuida a la jurisdicción contencioso administrativa como entiende el juzgador de instancia, decisión que no compartimos al carecer esta jurisdicción de la extraterritorialidad de la jurisdicción civil, sino por carecer los tribunales españoles de jurisdicción y competencia para ello y ello respecto de las dos acciones acumuladas en la demanda, la principal por dirigirse frente a dos concretos funcionarios del Comité y la accesoria y meramente declarativa respecto del funcionamiento del Organismo, dirigida por tanto frente al Comité, organismo que goza de la inmunidad reconocida a sus funcionarios.*

*Finalmente no compartimos las alegaciones formuladas por la apelante en el sentido de haberse vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva, por cuanto ésta no puede entenderse como el derecho a ver acogidas las pretensiones formuladas, sino a obtener una respuesta razonada a las mismas y en el caso presente la decisión adoptada lo es, no pudiendo imputar al juzgado una dilación o retraso injustificado cuando ello ha sido debido, al menos en parte, a la omisión en la demanda de la identificación de las personas demandadas.*

**[Auto Audiencia Provincial de Madrid, núm. 349/2008 (Sección 20.ª), de 4 de noviembre de 2008. Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Vicente Gutiérrez Sánchez. Fuente: Aranzadi (Westlaw), AC 2008/2108.]**

**III. DERECHO DEL MAR**

2008-22

**APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE JUSTICIA UNIVERSAL Y DEL PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD (T.ª DE LA UBICUIDAD).—Intercepción de una patera a 15 millas de la costa española. Pretensión de enjuiciamiento de los presuntos responsables de la comisión de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros.**

*Fundamentos de Derecho*

*Primero.—La sentencia recurrida declaró su falta de jurisdicción para conocer de unos hechos por los que el Ministerio Fiscal había acusado por delito contra los derechos de los*

ciudadanos extranjeros del artículo 318 bis 1 y 3. El Servicio Marítimo de la Guardia Civil interceptó una patera con 27 inmigrantes indocumentados a 15 millas de las costas de la isla de Fuerteventura, que remolcó hasta el muelle de Puerto Rosario (Las Palmas).

La Audiencia Provincial de Las Palmas, tras razonar sobre el contenido del artículo 23 LOPJ, consideró no aplicable al caso ninguno de los criterios enumerados en tal norma como determinantes de la atribución en favor de los tribunales españoles para conocer de los procedimientos de orden penal: ni el criterio de la territorialidad, que tiene en cuenta el lugar de realización del delito (n.º 1.º); ni el de personalidad, fundado en la nacionalidad de los responsables (n.º 2); ni el de la protección o real que contempla al respecto determinados delitos que atentan contra importantes bienes jurídicos de carácter público (n.º 3); ni tampoco el criterio del foro universal o justicia mundial, en relación con infracciones de carácter internacional (n.º 4). Ahora recurre en casación el Ministerio Fiscal, al amparo del artículo 849.1.º LECr, por entender aplicado indebidamente el n.º 1.º del artículo 666 de tal ley procesal (dedicatoria de jurisdicción) en relación con los mencionados apartados 1 y 4 del artículo 23 LOPJ. Tiene razón el Ministerio Fiscal y para percatarnos de ello basta con examinar las numerosas sentencias de esta sala que tratan este mismo problema de la inmigración ilegal en relación con las atribuciones de la jurisdicción española y lo dispuesto en este artículo 23 de la LOPJ, varias de ellas citadas en el escrito de recurso. Son, entre otras las siguientes: 554/2007 de 25 de junio, 561/2007 de 15 de junio, 582/2007 de 21 de junio, 618/2007 de 26 de junio, 622/2007 de 5 de julio, 628/2007 de 21 de junio, 1092/2007 de 27 de diciembre, 1121/2007 de 3 de enero de 2008 y 122/2008 de 18 de febrero. Todas estas resoluciones argumentan sobre la base del actual apartado h) del artículo 23.4 LOPJ que atribuye a la jurisdicción española el conocimiento de los hechos cometidos fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse como algunos de los siguientes delitos: genocidio, terrorismo, etc., para terminar esta lista con el mencionado apartado h) que dice así: «Y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, debe ser perseguido en España». Como hemos dicho antes, son aquellas infracciones respecto de las cuales rige el llamado foro universal o de justicia mundial. Nos remitimos al contenido de estas resoluciones en las cuales de modo pormenorizado se recogen las normas de orden internacional que justifican el que estos delitos referidos a la emigración ilegal, que no se encuentran designados por su nombre en la mencionada lista del artículo 23.4 LOPJ, sí han de considerarse como de persecución por los tribunales españoles en aplicación del citado apartado h).

Pero cabe llegar a la misma conclusión estimatoria del recurso del Ministerio Fiscal sobre la base de aplicar al problema aquí examinado el principio de territorialidad del artículo 24.1 LOPJ que constituye la regla general en esta clase de cuestiones.

2. Reproducimos a continuación lo que nos dice el punto 2 del fundamento de derecho único de la sentencia de esta sala n.º 1/2008 de 23 de enero: «La doctrina establecida por nuestra jurisprudencia debe ser considerada a la luz de la establecida en la resolución del Pleno no Jurisdiccional de 3 de febrero de 2005, en la que se ha decidido, interpretando razonadamente el silencio legal respecto del lugar en el que se debe considerar cometido el delito, que dicho lugar de comisión debe ser establecido mediante el criterio de la llamada teoría de la ubicuidad. De acuerdo con la premisa básica de esta tesis, el delito se consuma en todos los lugares en los que se ha llevado a cabo la acción o en el lugar en el que se haya producido el resultado. De esta premisa básica se derivan asimismo otras que completan el alcance del criterio que la informa en ciertas formas particulares de delitos.

En los delitos de omisión el lugar de comisión se considerará, en principio, aquél en el que por el omitente debía ser realizada la acción, salvo casos excepcionales en los que la ley disponga otra cosa por consideraciones especiales. En los casos de tentativa o pre-

*paración el lugar de comisión será tanto el lugar donde se realice la preparación o donde se dé comienzo a la ejecución, como el lugar en el que, según la representación del hecho del autor, debía producirse el resultado (no acaecido). Esta es la configuración que la teoría de la ubicuidad presenta en un importante número de legislaciones penales europeas que la han adoptado positivamente (...)*

*La difusión alcanzada por esta norma entre los derechos penales nacionales permite que pueda ser considerada como constitutiva del derecho penal internacional de los Estados europeos. Asimismo, el consenso existente respecto de las consecuencias de la premisa básica de la teoría de la ubicuidad justifica su aplicación como criterio interpretativo de nuestro derecho vigente, dado que nuestra ley guarda silencio sobre un presupuesto conceptual esencial para la aplicación del principio territorial. Esta conclusión tiene además apoyo en la doctrina que actualmente postula el reconocimiento del derecho comparado como un método interpretativo que se suma a los cánones interpretativos tradicionales del siglo XIX. El derecho europeo citado establece, por lo tanto, que en estos casos no corresponde aplicar otro principio que el territorial, dado que el delito debe reputarse cometido en el territorio nacional. Las razones que sostienen esta regla especial de aplicación del derecho nacional a los casos que se preparan o que comienzan a ejecutarse para ser cometidos en el territorio del Estado son claras y tienen total paralelismo con las que conforman el criterio de la ubicuidad: el lugar de comisión debe estar determinado no sólo por la ejecución de la acción o el de la producción del resultado, sino también por el lugar en el que el autor piensa atacar el orden jurídico nacional.»*

*Lo argumentado en esta resolución ha sido seguido en la sentencia de esta sala n.º 36/2008 de 31 de enero. No es necesario añadir nada más para justificar la estimación de este motivo único del recurso del Ministerio Fiscal y en consecuencia anular la sentencia recurrida, de modo que el tribunal de instancia dicte nueva resolución que entre en el fondo de las cuestiones planteadas e, incluso, si el estado o contenido del procedimiento lo requiriera, proceda a celebrar nuevo juicio oral.*

**[Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª), núm. 921/2008, de 29 de diciembre. Ponente: Excmo Sr. D. Joaquín Delgado García.]**

#### IV. ASILO Y REFUGIO

2008-23

##### **ASILO.-RECONOCIMIENTO.**

###### *Fundamentos de Derecho*

*Primero.—Se impugna en este recurso de casación n.º 1878/2005 la sentencia que la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional (Sección 4.ª) dictó en fecha 29 de diciembre de 2004, y en su recurso contencioso administrativo n.º 681/2003, por medio de la cual se desestimó el formulado por D. Casimiro, ciudadano de Colombia, contra la resolución del Ministerio del Interior de fecha 8 de julio de 2003, que denegó su solicitud de asilo en España (...)*

Cuarto.—Examinaremos de forma conjunta los tres primeros motivos, anticipando que vamos a estimar el recurso de casación (lo que determina la innecesidad de analizar el cuarto motivo, subsidiario respecto de los anteriores). En sentencia de 29 de abril de 2005 (RC 44/2002) hemos dicho que en estos pleitos sobre denegación del asilo los hechos son las circunstancias fácticas que el interesado alega en apoyo de su solicitud de asilo (v.g. que fue detenido en tal fecha, o que fue sometido a tortura en tal otra, o que en tal o cual ocasión su domicilio fue sometido a registro, o que fue privado de su puesto de trabajo, o que le fue rebajado el salario, etc.). En la valoración de las pruebas para aceptar o rechazar esos hechos es donde la Sala de instancia tiene su función más privativa, ya que el Tribunal de casación (salvo los casos de operaciones valorativas contradictorias o ilógicas, o que infrinjan normas que otorgan determinada eficacia a ciertos medios de prueba) tiene que respetar la fijación de los hechos que haya realizado el Tribunal de instancia. Ahora bien, una cosa son los hechos y otra muy distinta que esos hechos constituyan o no una «persecución», pues este es un concepto jurídico utilizado por el ordenamiento y lo que sobre su concurrencia o no haya declarado el Tribunal de instancia está sometido, como todos los conceptos jurídicos, al examen y crítica del Tribunal de casación. Y en este caso ocurre que la controversia se ciñe en torno a ese concepto jurídico, pues, como veremos inmediatamente a continuación, los hechos que consideramos relevantes para la solución del litigio, acreditados por los documentos que el actor adjuntó a su petición de asilo, no han sido realmente negados o discutidos por la Administración ni por la Sala de instancia, y lo que se plantea es, justamente, si a la vista de esos datos fácticos, puede llegarse a la conclusión de que, tal y como el actor sostiene, ha sufrido una persecución protegible de la que hay prueba indiciaria suficiente (...)

Partiendo, pues, de estos documentos y de la información que de ellos se extrae, podemos considerar suficientemente acreditados, al nivel indiciario requerido en materia de asilo (art. 8 de la Ley 5/84), los siguientes hechos: que la hermana de la compañera sentimental del aquí recurrente fue asesinada, y que tanto el actor como esa compañera sentimental sufrieron graves amenazas, relacionadas precisamente con la muerte de aquella; amenazas que la misma Fiscalía colombiana consideró serias, al pedir se les diera protección, y que llegaron a tal extremo que un órgano judicial de dicho país autorizó la salida del interesado de Colombia a fin de preservar su seguridad. Hechos estos que, insistimos, la Sala de instancia no niega ni discute como tales (vid. FJ 6.º, «in fine» de su sentencia), y que en cualquier caso siempre podemos incorporar a esta nuestra sentencia en aplicación del artículo 88.3 de la Ley de la Jurisdicción. Podemos, pues, llegar a la conclusión de que, tal y como el actor alega, tanto él como su compañera sentimental sufrían una grave persecución cuando dejaron su país. Persecución que, además, valorando de forma casuística las circunstancias aquí concurrentes, resulta incluíble entre las contempladas en la Convención de Ginebra de 1951, pues en distintas sentencias (por citar una de las últimas, en STS de 13 de mayo de 2008, RC 7865/2004) hemos dicho que las persecuciones a cargo de bandas o grupos mafiosos pueden estar amparadas por la Convención de Ginebra de 1951 en la medida que se desarrollen ante la connivencia, pasividad, o impotencia de las Autoridades, y tal es el caso que nos ocupa, según expresó el interesado al solicitar asilo, con un relato que en este punto resulta creíble al nivel puramente indiciario que la Ley requiere, a la vista de los documentos que aportó, puestos en relación con la situación sociopolítica de su país, pues es por desgracia notorio que las redes de narcotraficantes despliegan en Colombia una intensa y poderosa actividad, que en ocasiones se entremezcla con la actuación de las guerrillas o de los llamados paramilitares, y que el Estado no siempre ha estado en condiciones de controlar o reprimir de una manera eficaz.

*En este sentido, hemos de añadir que el hecho de que un Juzgado colombiano autorizara la salida del país del actor a fin de salvaguardar su seguridad personal desvirtúa una de las principales razones esgrimidas para justificar la denegación del asilo, a saber, la posibilidad de evitar la persecución mediante el llamado «desplazamiento interno». Cabalmente, si el peligro derivado de esas amenazas hubiera podido evitarse mediante el desplazamiento a otras zonas de Colombia, no habría sido necesario autorizar la salida del país; y a contrario, si se autoriza la salida del país ello sólo se explica razonablemente porque el mismo Juzgado entiende que dentro del mismo no existen garantías para una protección suficiente. Razón por la cual procede, en definitiva, dar lugar al recurso de casación y revocar la sentencia impugnada y, entrando a resolver la cuestión debatida [artículo 95-2 -d) de la Ley 29/98], estimar el recurso contencioso administrativo y reconocer al recurrente el derecho de asilo en España.*

**[Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, sección 5.ª 24 julio 2008. Ponente: Ilmo. Sr. Mariano del Oro Pulido López.]**

2008-24

#### **ASILO: DERECHO DE PERMANENCIA POR RAZONES HUMANITARIAS.**

##### *Fundamentos de Derecho*

*Segundo.—En el primer motivo de casación se alega que la sentencia infringe lo establecido concordadamente en los artículos 3 y 8 de la Ley 5/1984, modificada por Ley 9/1994, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, así como lo dispuesto en el artículo 1 de la Convención de Ginebra sobre Estatuto de los refugiados y la doctrina jurisprudencial que los interpreta, por cuanto, a pesar de que, para otorgar el derecho de asilo, son suficientes meros indicios de la concurrencia de la situación de persecución sufrida por el peticionario del tal derecho, la Sala sentenciadora, aun reconociendo la grave situación bélica y social por la que atravesaba el país de origen del demandante, le exige que acredite de forma plena una persecución personal e individualizada, lo que, debido precisamente a tal situación, resultaba imposible e innecesario por cuanto es suficiente por disposición legal la existencia de indicios de dicha persecución que, en el caso enjuiciado, concurrían.*

*Este motivo de casación ha de ser desestimado, pues, si bien es cierto que la sentencia recurrida admite la existencia de una situación bélica por la que atravesaba el país de origen del recurrente, no le impone una prueba plena y cumplida de la persecución de que el mismo fuese objeto sino que, por el contrario, niega que existan indicios de que en tal situación conflictiva generalizada haya sido objeto de persecución personal e individualizada, requisito este necesario para ser acreedor del derecho de asilo.*

*Tercero.—En el segundo motivo de casación se denuncia por la representación procesal del recurrente la vulneración por la Sala de instancia de lo establecido en los artículos 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 33 y 67 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y 24.1 de la Constitución, al haber incurrido la sentencia recurrida en incongruencia omisiva por no examinar ni resolver la cuestión planteada en la demanda, y antes en vía administrativa, acerca de la autorización de permanecer en España por razones humanitarias al amparo de lo dispuesto en el artículo 17.2 de la vigente Ley de Asilo.*

*Este motivo debe ser estimado porque tanto en el cuerpo de la demanda como en la súplica de ésta se alegó y pidió que, de no otorgarse al demandante el derecho de asilo, se le autorizase a permanecer en territorio español por razones humanitarias al amparo del citado artículo 17.2 de la Ley de Asilo, a pesar de lo cual la Sala de instancia ni examinó ni se pronunció acerca de tal cuestión y pretensión, de manera que no es necesario abundar en razones para reconocer que la Sala sentenciadora incurrió en incongruencia omisiva, por lo que este motivo segundo de casación debe ser estimado, y, según establece el artículo 95.2 c) y d) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, debemos nosotros analizar y decidir acerca de tal pretensión, lo que haremos una vez examinado el tercer motivo de casación alegado.*

*Cuarto.—En el último motivo de casación se achaca a la Sala sentenciadora la vulneración de lo establecido en los artículos 9.3 de la Constitución y 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por ser arbitraria su decisión al haber incurrido en incongruencia omisiva y, además, negar la existencia de indicios de persecución cuando se reconoce, sin embargo, la realidad, en el país de origen del demandante, de una guerra civil que supone un peligro cierto para la seguridad de sus habitantes. Este tercer y último motivo de casación no puede prosperar por las mismas razones expresadas para rechazar el primero, dado que no resulta arbitrario reconocer la existencia de un conflicto bélico y al mismo tiempo afirmar que esta situación no representa para el peticionario de asilo una persecución personal e individualizada exigible para disfrutar de tal derecho de asilo, aun cuando la situación admitida y descrita en la sentencia recurrida pueda tener trascendencia en orden a la autorización de permanecer en España por razones humanitarias, sobre lo que no se pronunció el Tribunal a quo no obstante haberse expresamente pedido, lo que ha sido determinante de la estimación del segundo motivo de casación.*

*Quinto.—En cumplimiento de nuestro indicado deber de resolver lo que proceda dentro de los términos en que aparece planteado el debate, hemos de reconocer que, conforme a lo establecido en el artículo 17.2 de la Ley del derecho de asilo 5/1984, y en contra de lo decidido por la Administración en la resolución recurrida, el recurrente tiene derecho por razones humanitarias a permanecer en España dentro del marco de la legislación general de extranjería, ya que, como consecuencia de conflictos o disturbios graves de carácter político y étnico, se vio obligado a abandonar su país, situación conflictiva que la propia Sala de instancia no niega, a pesar de lo cual no resolvió tal cuestión.*

**[Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, Sección 5.ª), 14 de octubre de 2008. Ponente: Ilmo Sr. D. Jesús Ernesto Peces Morate.]**

2008-25

## **ASILO.—REVOCACIÓN POR MOTIVOS DE SEGURIDAD NACIONAL.**

### *Fundamentos de Derecho*

*Quinto.—Por otro lado, en relación con el alegato esgrimido sobre las causas de denegación del derecho de asilo, que no pueden ser aplicadas en el supuesto de revocación, no asiste tampoco razón a la parte recurrente. A tal conclusión se opone el régimen jurídico de la revocación contenido en la Ley de Asilo y en la Convención de Ginebra, en una interpretación lógica y sistemática de sus normas, en los términos que seguidamente veremos.*

*La parte recurrente destaca que constituir un «peligro para la seguridad nacional» puede operar como causa de denegación del asilo, pero no para su revocación, pues la remisión del artículo 20.1.b) de la Ley de Asilo ha de entenderse referida al artículo 1.F, y no al 33.2, de la Convención de Ginebra. La referencia normativa que hemos expuesto en el fundamento tercero revela que la revocación, que expresamente regula el artículo 20.1.b) de la Ley de Asilo, se remite a la Convención de Ginebra, cuando alude a los «Convenios Internacionales ratificados por España». Remisión que no sólo se refiere a los casos de exclusión de la aplicación de la citada Convención –artículo 1.F)–, sino también a los de privación del derecho –artículo 33.2–. Obsérvese que el mentado artículo 20.1 .b) cita, como causas de revocación, aquellas previstas en la Convención de Ginebra para «la privación de la condición de refugiado o la no aplicación de los mismos». De manera que son causas de revocación de la concesión del asilo tanto las previstas para la exclusión de la Convención en el artículo 1.F) como las de privación del derecho, entre las cuales se encuentra la del artículo 33.2 de la Convención.*

*Por «privación» de la concesión del derecho de asilo debemos entender aquella acción de despojar o desposeer de algo que se tenía, no es posible, a estos efectos, privar de algo a quien nada tiene, como sucede con los solicitantes de asilo. Por tanto, las causas de revocación a las que se remite nuestra Ley de Asilo [artículo 20.1 .b)] no se limitan a las de exclusión de la aplicación de la Convención del artículo 1.F, sino que comprende también, en contra de lo que postula la recurrente, aquellas que privan de la concesión ya otorgada.*

*En este sentido, la causa que cita la parte recurrente, como de aplicación en este caso, contempla un supuesto de exclusión de la aplicación de la Convención por ser «culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas» [artículo 1.F.c) de la Convención], y sucede que dicha norma no ha sido la aplicada en la resolución recurrida, que ha considerado que concurre la causa de privación de la concesión del derecho de asilo del citado artículo 33.2 de la Convención, esto es, que «sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra». No está de más señalar que tanto los supuestos de exclusión, como las causas del artículo 33.2, de la Convención, constituyen causas de denegación del derecho de asilo, ex artículo 3.2 de la Ley de Asilo.*

*Esta asimilación entre las causas de denegación y revocación resulta lógica y responde a la finalidad de la norma legal, pues no podría entenderse que determinadas circunstancias fueran impedimento para la concesión del derecho de asilo y, sin embargo, el derecho concedido fuera inmune a hechos posteriores de idéntica naturaleza. En otras palabras, el propósito del artículo 20.1.b), en relación con el 3.2, de la Ley de Asilo, en este punto, es impedir que sea titular del derecho de asilo, previsto en el artículo 13.4 de la Constitución, aquella persona que se encuentra en determinados supuestos previstos por la norma, ya sea denegando su concesión ya sea revocando el derecho que vinieren disfrutando, sin que haya situaciones exentas a tal consideración. Cuestión distinta es el distinguido respeto que ha de observarse de las formalidades y requisitos previstos para revocar la concesión del asilo, en los términos que veremos seguidamente. Además, esta Sala ha aplicado, en supuestos en que se recurría también la revocación de la concesión del asilo, el artículo 20.1.b), en relación con el 3.2, de la Ley de Asilo, en concordancia con el artículo 1.F y 33 de la Convención de Ginebra, sin hacer tacha alguna sobre su falta de idoneidad para fundamentar sobre tales normas la revocación de la concesión del derecho de asilo. Así Sentencias de esta Sala de 27 de mayo de 2005, recaída en el recurso contencioso administrativo n.º 16/2001 y de 19 de diciembre de 2007, recaída en el recurso contencioso-administrativo n.º 148/2005 .*

*Sexto.*—Respecto a la cuestionada valoración que ha de hacerse de los informes del Centro Nacional de Inteligencia, de la Comisaría General de Información y de la Comisaría General de Extranjería, la parte recurrente mantiene que se trata de meras sospechas que no constituyen prueba alguna sobre la peligrosidad del recurrente, toda vez que no ha sido nunca condenado en España, y, además, la organización «An Nahda», a la que no niega pertenecer, no tiene el carácter de organización terrorista.

Los informes citados, singularmente el del Centro Nacional de Inteligencia sobre el que se sustenta la resolución impugnada, refiere una serie de actividades realizadas por el recurrente en territorio nacional, Europa y Sudán. En este último país coordinó, desde 1992 a 1997, que «el entrenamiento de elementos terroristas en campamentos de Al Quaeda». También se destaca su pertenencia a la organización «An Nahda» de la que se le considera un líder, su detención en Italia por poseer documentación de dicha organización para relanzar la lucha islamista en Túnez, su detención también en Alemania con documentación, videos y cintas con instrucciones para fabricación de sustancias explosivas, entre otros sucesos.

Recordemos que la causa por la que se revoca la concesión del asilo es la prevista en el artículo 33.2, inciso primero, de la Convención, que concurre cuando se considera «por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra», de modo que no es necesario probar o acreditar, mediante una prueba plena y acabada, que el recurrente pertenece a una organización terrorista, esto corresponde a otra jurisdicción, se trata de determinar si concurren «razones fundadas» de constituir un peligro para la seguridad nacional. A continuación veremos los presupuestos que integran esta causa de revocación.

A los efectos de preservar los valores esenciales en los que se inspira nuestra Ley de Asilo, según reza en su exposición de motivos, en cumplimiento del artículo 13.4 de la Constitución, debe ofrecerse refugio a personas perseguidas por motivos ideológicos o políticos, de acuerdo con los criterios de solidaridad, hospitalidad y tolerancia que deben inspirar el estado democrático definido en nuestra Constitución, por lo que sólo motivaciones convincentes pueden justificar la restricción del expresado derecho.

Acorde con tal consideración, las «razones fundadas» han de ser, en primer lugar, convincentes, y valoradas con cautela, por estar cimentadas sobre una serie de datos fácticos fácilmente contrastables, como acontece en este caso con las detenciones del recurrente en países europeos —Italia y Alemania—. A estos efectos, basta la lectura de los informes citados para concluir que en ellos no se cuentan impresiones, se hacen conjeturas o suposiciones, o, simplemente, se nutren de meras hipótesis; sino que, por el contrario, se hacen relatos trabados y coherentes que narran episodios acontecidos en los viajes y las actividades del recurrente.

Del mismo modo, las «razones fundadas» han de estar, en segundo lugar, provistas de ese sustrato fáctico esencial, representado por los diversos incidentes que el recurrente protagoniza, por la vinculación de todas sus actividades a una finalidad común que constituye la conexión lógica, de la que se puedan extraer conclusiones dotadas de fundamento razonable, en orden a determinar el grado de peligrosidad del titular del derecho de asilo. Tal como sucede en relación con las actividades llevadas a cabo por el recurrente en los términos que hemos señalado, de modo sintético, en este fundamento. Teniendo en cuenta, además, que si bien el recurrente cuestiona globalmente el informe citado, no niega, sin embargo de manera concreta los hechos puntuales que en el mismo se recogen, ni proporciona una explicación razonable sobre los mismos. Del mismo modo que la prueba practicada no desvirtúa el soporte fáctico de los citados informes.

*Séptimo.*—La peligrosidad se vincula, en la causa de revocación aplicada ex artículo 33.2 de la Convención de Ginebra, con la seguridad del país donde se encuentre el

*refugiado, de modo que no se trata de la concurrencia de un riesgo potencial y abstracto, sino de un peligro concreto y determinado derivado de la presencia en territorio nacional del titular del derecho de asilo al que se revoca esa concesión inicial.*

*La salvaguarda de la seguridad nacional constituye una exigencia elemental de cualquier Estado democrático, y puede constituir una restricción necesaria al ejercicio de determinados derechos fundamentales, como declara la STC 236/2007, de 7 de noviembre, con cita del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales de 1950, si bien a propósito de un derecho fundamental, y no del derecho de asilo.*

*Siendo esto así, la seguridad puede verse efectivamente comprometida, y en riesgo, por las acciones de personas, ya sea en el trance de solicitar el derecho de asilo, como en el de su revocación, valoradas en atención a su trayectoria vital, la secuencia de las actividades dentro y fuera de nuestras fronteras, como las expuestas en el fundamento anterior, que revelen una peligrosidad incompatible con la confianza y certeza que ha de proporcionar un Estado democrático a sus ciudadanos.*

*En este sentido, la STC 24/2000, 31 de enero, con cita de sus precedentes SSTC 94/1993, de 22 de marzo, y 242/1994, de 20 de julio, ha precisado que «las garantías que protegen a los extranjeros que residen legalmente en España, y que se fundan en los artículos 13, 19 y 24 CE, interpretados a la luz del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en concreto sus artículos 12 y 13. Precisamente, en este último precepto se establece que “el extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que le asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas”.»*

*No obsta a cuanto hemos expuesto sobre las razones fundadas de constituir un peligro para la seguridad, el carácter terrorista, o no, de la organización «An Nahda». Así es, no resulta decisivo, a estos efectos, partir de una u otra catalogación, pues lo relevante ahora es valorar el peligro que el titular del derecho de asilo pueda suponer para la seguridad nacional, ya sea por sus actividades individuales, ya sea por las desarrolladas en el seno de una u otra organización y puestas de relieve en informes, u otros medios que puedan ser considerados como «razones fundadas», en los términos antes señalados.*

*En este sentido, si la citada organización no está incluida por Naciones Unidas como organización terrorista, como alega el recurrente, y sin embargo el Auto, de 13 de noviembre de 2001, del Juez Central de Instrucción n.º 5, que cita el Abogado del Estado, señala, en relación con el ingreso en prisión de un supuesto miembro de «Al Qaeda», que se acogía a miembros de organizaciones islámicas extremistas «fundamentalmente de la organización tunecina An Nahda», son extremos que no revisten la trascendencia que se le pretende atribuir, ni afecta a la cuestión medular del recurso que es determinar si concurren razones fundadas de representar un peligro para la seguridad nacional.*

**[Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo contencioso, sección 5.ª), 2 de octubre de 2008. Ponente: Ilma. Sra. D.ª María del Pilar Teso Garmella.]**

## V. DERECHOS HUMANOS.

2008-26

**ARTÍCULO 8 CEDH.—Derecho a la vida familiar. Expulsión extranjero en situación ilegal.***Fundamentos jurídicos*

*Tercero. (...) En la sentencia del T.S. n.º 901/04, de 08-07 (RJ 2004/4291), se inicia una interpretación correctora de la literalidad del artículo 89 del C.P (RCL 1995/3170 y RCL 1996, 777) [en su actual redacción procedente de la L.O. 11/03, de 29 de septiembre (RCL 2003/2332)], que se funda en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (T.E.D.H.) y en una pretendida integración del precepto «desde la perspectiva constitucional». Indica el alto Tribunal que sólo con dicha interpretación correctora de la letra del precepto se puede conjurar, eficazmente, «la tacha de posible inconstitucionalidad del precepto, tal y como está en la actualidad».*

*La doctrina iniciada en dicha sentencia nos parece un tanto difusa. Aunque se alude a la jurisprudencia del T.E.D.H., se dice que se trata de realizar una interpretación correctora de la literalidad del artículo 89 del C.P (RCL 1995/3170 y RCL 1996, 777). «desde la perspectiva constitucional», y para conjurar «la tacha de posible inconstitucionalidad del precepto». Al margen de las referencias al principio de proporcionalidad, y del hecho de que en el caso enjuiciado por el T.S. el penado ya había cumplido prácticamente la mitad de la pena de prisión que le había sido impuesta [supuesto en el que sería quizá aplicable la doctrina recogida en la sentencia del T.C. n.º 145/06 (RTC 2006/145), se alude al derecho a la vida familiar reconocido en el artículo 8 del C.E.D.H. (RCL 1979/2421) y a la no conformidad con la Constitución del mandato automático y taxativo de sustitución por la expulsión sin entrar a valorar las circunstancias (especialmente las familiares) del caso.*

*Sea como fuere, la doctrina recogida en dicha sentencia ha sido recogida posteriormente en numerosas sentencias: la 636/05, de 17-05 (RJ 2005/5813), la 274/06, de 03-03 (RJ 2006/5687), la 366/06, de 30-03 (RJ 2006/2130), la 832/06, de 24-07 (RJ 2006/6086), la 35/07, de 25-01 (RJ 2007/258).*

*En nuestra opinión, no es un problema de posible inconstitucionalidad lo que plantea el artículo 89.1 del C.P. (RCL 1995/3170 y RCL 1996, 777) en su actual redacción [al menos, desde la perspectiva según la cual el mismo pudiera resultar contrario al derecho a la vida familiar reconocido en el artículo 8 de la C.E.D.H. (RCL 1979/2421), tal y como el mismo viene siendo interpretado por el T.E.D.H.]. En todo caso, y tratándose de una norma de rango legal postconstitucional, las posibles dudas de constitucionalidad no deberían ser solventadas motu proprio por un órgano de la jurisdicción ordinaria mediante una interpretación correctora del tenor literal taxativo del precepto legal, sino mediante el planteamiento de la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad; y debiendo aplicarse el precepto en sus propios términos en tanto no sea declarada la inconstitucionalidad del mismo.*

*El derecho a la vida familiar no está reconocido específicamente en nuestra Constitución (RCL 1978/2836). Por lo que no se trata de aplicar un precepto constitucional interpretado e integrado por la vía prevista en el artículo 10.2 de la Constitución (RCL 1978/2836). Dicho derecho está reconocido en el artículo 8 del C.E.D.H. (RCL 1979/2421); y de lo que se trata es de dilucidar si la actual regulación del artículo 89.1 párr. 1.º del C.P (RCL 1995/3170 y RCL 1996, 777) es respetuosa con esa norma contenida en dicho Convenio Internacional incorpo-*

rado a nuestro Ordenamiento jurídico, y, en caso negativo, determinar cuál sea la norma que deba prevalecer.

*Antes de abordar la problemática recién indicada, conviene precisar que no se trata de un conflicto entre una norma interna y el Derecho Comunitario; en cuyo caso el principio de primacía del Derecho Comunitario sobre el Derecho interno solventaría rápidamente la cuestión suscitada.*

(...)

*El artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos (RCL 1979/2421) dice lo siguiente: «1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.*

*2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás».*

*Es claro que el Convenio no garantiza el derecho de un extranjero a entrar y establecerse en el territorio de un Estado parte, ni el derecho a no ser expulsado o extraditado. Sin embargo, el texto de la Convención puede llegar a limitar el poder discrecional que el Derecho internacional general reconoce a los Estados a la hora de regular éstos el acceso, permanencia y expulsión de extranjeros, habida cuenta de que dicha regulación debe ser respetuosa con el derecho al respeto de la vida familiar tal y como está reconocido en la C.E.D.H. Y para ver cómo está reconocido dicho derecho en la C.E.D.H. es fundamental conocer la jurisprudencia elaborada por el T.E.D.H. en relación con el mismo.*

*Según se dice en la sentencia del T.E.D.H. de 27-10-05 (PROV 2005/268821) (Keles c. Alemania), los Estados tienen el poder de deportar o expulsar extranjeros que hayan cometido infracciones penales. Pero la regulación de dicho poder y las decisiones que se tomen en ejercicio del mismo, al ser susceptibles de interferir con los derechos reconocidos en el artículo 8.1 C.E.D.H. (RCL 1979/2421), deberán ser respetuosas con éstos en la forma en que son reconocidos en la Convención. En el texto de la C.E.D.H. se admite que pueda haber injerencias de la autoridad pública en el ejercicio de dichos derechos; pero el artículo 8.2 establece una serie de requisitos o exigencias para que tal injerencia pueda reputarse legítima. En primer lugar, se exige que la injerencia «esté prevista por la ley». Y en segundo lugar, se exige que la injerencia «sea necesaria» en una sociedad democrática, en cuanto que esté justificada de forma acuciante por alguna de las necesidades o fines sociales que menciona el artículo (la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás), y sea proporcionada para la consecución del fin perseguido [así se indica también ya en la sentencia del T.E.D.H. de 19-02-98 (TEDH 1998/5), caso Dalia c. Francia].*

*En definitiva, a la hora de determinar si la injerencia es «necesaria» (según exige la C.E.D.H.), se trata de valorar si la misma resulta proporcionada, o si, por el contrario, resulta desproporcionada, excesiva o no respetuosa con el justo equilibrio que debe existir entre el interés del extranjero a que se respete su vida familiar, y el interés del Estado en dispensar una adecuada protección a todas las necesidades o fines sociales que el Convenio menciona.*

*La existencia de una vida familiar que proteger es una cuestión de hecho, exigiéndose en todo caso que existan unos lazos familiares estrechos, intensos y efectivos, que se suele entender que son los que se corresponden con la familia nuclear.*

*La mayor parte de las sentencias del T.E.D.H. referidas a la interpretación y aplicación del artículo 8 de la C.E.D.H., en lo relativo al derecho al respeto de la vida familiar, se han dictado en relación con inmigrantes de segunda generación (o asimilados a éstos en cuanto*

que, aunque no nacidos en el país extranjero, llegan a éste a una corta edad) que llevan largo tiempo en el país de acogida y han formado una familia en éste, y que cuentan con un permiso de residencia permanente o ilimitado. Pero en el asentado cuerpo de doctrina elaborado por el T.E.D.H. [sentencias de 14-06-07 (PROV 2007/141522), caso Hasen c. Bulgaria, y caso Bashir y otros c. Bulgaria; S. de 27-10-05, Keles c. Alemania; S. de 22-04-04 (TEDH 2004/29), Radovanovic c. Francia; S. de 15-07-03 (PROV 2004/73120), Mokrani c. Francia; S. de 17-04-03, Yilmaz c. Alemania; S. de 06-02-03; S. de 13-02-01 (TEDH 2001/85), Ezzoudhi c. Francia; S. de 19-02-98, Dalia c. Francia; S. de 21-10-07, Boujlifa c. Francia; S. de 26-09-97, Mehemi c. Francia; S. de 26-09-97, Boujadi c. Francia; S. de 29-01-97, Bouchelkia c. Francia; S. de 07-08-96; S. de 24-04-96, Boughanemi c. Francia; S. de 13-07-96, Nasri c. Francia; S. de 26-03-92 (TEDH 1992/45), Beldjoudi c. Francia; S. de 18-02-91 (TEDH 1991/3), Moustaquim c. Bélgica; S. de 21-06-88 (TEDH 1988/3), Berrehab c. Países Bajos] se pueden encontrar criterios perfectamente generalizables y aplicables también en relación con extranjeros que se encuentran en el país ilegalmente o sin permiso de residencia. El artículo 1 de la C.E.D.H. (RCL 1979/2421) establece que las altas partes contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio; y el artículo 8. I comienza diciendo «toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar». Y ya en varias ocasiones el T.E.D.H. ha declarado que no están justificadas determinadas discriminaciones entre extranjeros que se encuentran residiendo legalmente en el territorio del Estado parte, y extranjeros que no se encuentran en dicha situación [por ejemplo, en relación con el disfrute de determinadas ayudas sociales y prestaciones familiares, en sentencias de 25-10-05 (T.E.D.H. 2005/114), caso Okpisz c. Alemania, y caso Niedzweck c. Alemania, el T.E.D.H. ha dicho que no hay razón suficiente que justifique un trato diferente en relación a determinadas prestaciones familiares y ayudas sociales de los extranjeros que poseen un permiso de residencia y los que no]. En relación con el caso que nos ocupa, parece que el dato de que el extranjero careciera de permiso de residencia no aporta un dato decisivamente relevante para valorar la posible infracción del artículo 8 del C.E.D.H.

En dicho cuerpo de doctrina se apuntan diversas circunstancias que han de ser tenidas en consideración para poder valorar si la injerencia en su derecho al respeto a la vida familiar del extranjero expulsado resulta «necesaria» (esto es, proporcionada, o respetuosa con el justo equilibrio de los intereses enfrentados): muy principalmente, la naturaleza y la gravedad del delito cometido; la duración de la permanencia en el país del que es expulsado; el tiempo transcurrido desde la comisión del delito, y la conducta del interesado durante ese tiempo; la nacionalidad de las demás personas implicadas; la situación familiar del interesado, y duración del matrimonio o relación equivalente, la existencia de hijos, su edad, la dependencia económica de unos y otros; las posibles dificultades de la pareja e hijos del expulsado en el país de origen de éste.

En algunos casos, lo que se ha reputado incompatible con la C.E.D.H. es el hecho de que la expulsión se decreta por tiempo ilimitado, sin límite temporal alguno.

En el presente caso nos encontramos con que el penado lleva varios años en España (así parece corroborarlo el hecho de que el hijo que tiene con la sra. Trinidad naciera el 20-04-07, y la diligencia obrante al folio 28). Actualmente parece que terminó la relación sentimental que mantenía con la sra. Trinidad, habiéndose dictado orden de alejamiento respecto de ésta de fecha de 26-11-07. No obstante lo actuado al f. 28, no le constan al penado más antecedentes penales que los dimanantes de la presente causa, por un delito de quebrantamiento de medida cautelar. Por dicho delito (en relación con el cual se le apreció la atenuante analógica de embriaguez) se le impuso una pena de prisión de siete meses, de los que ya tendría cumplidos veintitún días (en prisión preventiva).

En nuestra opinión, la expulsión acordada en aplicación del artículo 89.1 párr. 1.º del C.P (RCL 1995/3170 y RCL 1996, 777) constituye una injerencia en el derecho del penado al res-

*peto a su vida familiar, que resulta desproporcionada, y no necesaria a los efectos del artículo 8.2 de la C.E.D.H. (RCL 1979/2421)..*

*La infracción cometida es de escasa entidad o gravedad; y fue cometida estando el penado parcialmente influenciado por las bebidas alcohólicas que había ingerido. Ya dijimos que la privación de libertad impuesta ya ha sido cumplida en una pequeña parte.*

*Y como circunstancias familiares muy relevantes nos encontramos con el hecho de que el penado tiene un hijo de un año y medio de edad, a cuya manutención contribuye el penado de forma importante o desde luego no insignificante (así lo declaró la sra. Trinidad en el acto del juicio). De otra parte, es importante tener en cuenta que la madre del niño es española, y que la relación sentimental entre los dos progenitores del menor terminó. Esto es muy relevante para valorar la posibilidad de traslado de toda la familia al país de origen del penado, y la posibilidad de un régimen de visitas normalizado del menor con su padre.*

*A la vista de todas estas circunstancias, la expulsión del penado del territorio español por tiempo de 10 años poco menos que aboca (al margen de las consecuencias económicas que ello pueda tener para sufragar los alimentos del menor) a padre e hijo a no tener trato o relación durante toda la infancia de este último, privando a padre e hijo de la posibilidad efectiva de mantener una relación paterno-filial más o menos normalizada, con irreversibles consecuencias para el vínculo afectivo entre ambos (en las circunstancias del caso, la expulsión por diez años queda prácticamente equiparada o se aproxima mucho, dada la edad del menor, a la expulsión ilimitada tantas veces censurada por el T.E.D.H.). Esto nos resulta claramente desproporcionado. Ya en la fase de elaboración de la que luego acabó siendo la L.O. 11/03 (RCL 2003/2332), el C.G.P.J. alertó de los problemas que podía plantear la sustitución automática, sin tener en cuenta las circunstancias familiares del penado, de la pena de prisión por la expulsión, proponiendo que para armonizar el artículo 89 del C.P (RCL 1995/3170 y RCL 1996, 777) con la C.E.D.H. se previera también en dicho precepto legal la posibilidad de excepcionar la aplicación de la expulsión en atención a las circunstancias familiares del penado, y no sólo atendiendo a la naturaleza del delito. El legislador hizo caso omiso a tan fundada y prudente indicación.*

**[Sentencia Audiencia Provincial de Castellón, núm. 371/2008 (Sección 2.ª), de 8 de septiembre de 2008. Ponente: Ilmo. Sr. D. Pedro Javier Altares Medina. Fuente: Aranzadi (Westlaw), JUR 2009/67177.]**

2008-27

#### **APATRIDIA.–Eficacia retroactiva tácita. Ley 51/1982.**

##### *Fundamentos de Derecho*

*Primero.–(...) La Dirección General de los Registros y del Notariado se ha mostrado favorable a aplicar una eficacia retroactiva tácita a la reforma del precepto por Ley 51/1982 respecto de los nacimientos acaecidos en España antes de la entrada en vigor de la Ley, atendiendo al principio del «favor nationalitatis», a la finalidad de evitar situaciones de apatridia y al hecho de tratarse de un derecho declarado por primera vez que no perjudicaba, cuando el interesado no tenía ninguna otra nacionalidad, ningún otro derecho adquirido de igual origen (en este sentido las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de diciembre de 1988, 6 de octubre de 1993 y 4 de marzo de 2003), pero coincidimos con la resolución de dicho Centro de 7 de junio*

de 2004, a la que después nos referiremos de que aquella eficacia retroactiva tácita no debe alcanzar a un supuesto como el contemplado en que a la entrada en vigor de la reforma operada por Ley 51/1982 el demandante no tenía la condición de apátrida sino de peruano por nacimiento, al constar inscrito el mismo en el Registro de peruanos nacidos en el extranjero, teniendo por finalidad la aplicación retroactiva tácita de la norma evitar situaciones de apatridia, que no concurrían en el caso, y afectando dicha aplicación retroactiva de la norma a una nacionalidad adquirida por origen.

**[Auto Audiencia Provincial de Madrid, núm. 564/2008 (Sección 21.<sup>a</sup>), de 23 de diciembre de 2008. Ponente: Ilmo. Sr. D. Guillermo Ripio Olazábal. Fuente: Aranzadi (Westlaw), JUR 2009/114462.]**

2008-28

## SISTEMA ELECCIÓN DE JUECES DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.

### *Fundamentos de Derecho*

*Primero.*—El 30 de marzo de 2007 el Consejo de Ministros aprobó la propuesta que elevaron conjuntamente los Ministros de Asuntos Exteriores y Cooperación y de Justicia de la terna de candidatos a presentar por el Reino de España a la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa para la elección de Juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

La propuesta explicaba que le había sido comunicado al Representante Permanente ante el Consejo de Europa la necesidad de proceder a esa elección ante el vencimiento el 31 de octubre de 2007 del mandato del anterior Juez, don Joaquín. Explicaba, igualmente, que eran veinte los Jueces que debían elegirse y que, de conformidad con los artículos 20 y siguientes del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH), debía presentarse una terna de candidatos ante la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, a quien corresponde la elección por mayoría de votos emitidos.

Los candidatos que componían la terna eran los siguientes: «1.º Don Bernardo, Catedrático de Derecho Constitucional. 2.º Doña María Antonieta, Jefa de la Asesoría Jurídica del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación. 3.º Don Alonso, Catedrático de Derecho Constitucional». Además, explicaba que se había elaborado atendiendo a la recomendación internacional —se refiere a la Recomendación 1649/2004 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre candidatos para el TEDH— de que incluyera a expertos en derechos humanos, que hablen como mínimo el inglés o el francés, y que hubiera hombres y mujeres. Seguía explicando la propuesta que los tres eran Catedráticos de Universidad de disciplina jurídica, dos de Derecho Constitucional, una de Derecho Internacional Público, que contaban con la experiencia requerida en derechos humanos tal como lo reflejaban sus publicaciones científicas, algunas sobre la jurisprudencia del TEDH, y su participación en misiones internacionales y en actividades del Consejo de Europa. Y que dominaban las lenguas requeridas. Asimismo, precisaba que el que encabezaba la terna había sido Magistrado y Vicepresidente del Tribunal Constitucional que, en España, protege a través del recurso de amparo los derechos fundamentales y las liber-

tades públicas. A la propuesta acompañaban los currícula de los propuestos y una nota sobre las normas aplicables del CEDH.

Segundo.—La Asociación Profesional de la Magistratura (APM) considera que el Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de marzo de 2007 es contrario al ordenamiento jurídico. En particular, tras recordar el significado del Consejo de Europa y del CEDH y resaltar las características del TEDH y así como la forma de elección de sus Jueces, desarrolla cuatro motivos por los cuales sostiene que debemos anularlo. Expuestos en síntesis, son los siguientes.

1.º *Infringe el principio constitucional de igualdad de oportunidades en el acceso a funciones y cargos públicos consagrado en el artículo 23.2 de la Constitución al haberse propuesto la terna de forma unilateral por el Gobierno sin solicitar, con publicidad, la presentación de candidaturas por aquéllos que considerasen poseer méritos suficientes.* (...)

2.º *Vulnera el principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad consagrado en el artículo 9.3 de la norma fundamental por falta de motivación del acto emanado del Gobierno (...)*

3.º *Vulnera el artículo 21 del CEDH por la notoria falta de independencia de los candidatos propuestos (...)*

4.º *Se ha producido con innegable desviación de poder (...)*

Sexto.—Adentrándonos ya en el examen de los motivos, hemos de decir que

1.º *El Acuerdo recurrido no infringe el artículo 23.2 de la Constitución. En efecto, como reconoce la APM, no hay en nuestro ordenamiento jurídico un procedimiento que lleve a la aprobación de la terna de candidatos a Juez del TEDH que el CEDH encomienda presentar a cada uno de los Estados parte del mismo. Por otro lado, no se ha discutido la competencia del Consejo de Ministros para tomar esa decisión. Competencia que se inscribe dentro de las que le atribuye el artículo 97 de la Constitución y desarrolla el artículo 5 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno. Se trata de saber, por tanto, si antes de adoptarla debió abrir un proceso para que quienes, reuniendo los requisitos exigidos por el artículo 21 del CEDH, aspirasen a ser propuestos y lo solicitaran de manera que la conformación final de la terna la hiciera el Gobierno teniendo presentes tales peticiones. Del contraste que propone la APM con los sistemas de designación de los Magistrados del Tribunal Supremo, de los Vocales del Consejo General del Poder Judicial y de los Magistrados del Tribunal Constitucional no se desprenden las consecuencias que apunta la demanda. Más bien, conducen a las contrarias.*

*En efecto, los Magistrados del Tribunal Supremo son miembros de la Carrera Judicial y la Ley Orgánica del Poder Judicial disciplina su elección por el Consejo General del Poder Judicial en términos en los que el mérito y la capacidad son los factores decisivos. Las Sentencias del Pleno de esta Sala de 29 de mayo de 2006 (recurso 309/2004) y de 27 de noviembre de 2007 (recurso 497/2006) así lo han puesto de manifiesto. Acceder al Tribunal Supremo por parte de los Magistrados forma parte del cursus honorum inherente al concepto de cuerpo y carrera que la Constitución establece para la judicatura (artículo 122.1). Pero el puesto de Juez del TEDH no está reservado a miembros de ningún cuerpo o carrera ni, por tanto, puede considerarse parte del sistema de progresión profesional propio de los mismos. Tampoco lo son los cargos de Magistrado del Tribunal Constitucional y de Vocal del Consejo General del Poder Judicial. Para la designación de quienes han de ser nombrados para el primero, la Constitución no prevé ningún procedimiento concurrencial, ni para los que deben proponer el Congreso y el Senado ni para los que proponen el Consejo General del Poder Judicial y el Gobierno (artículo 159). Y los Vocales son designados por las Cortes Generales sin que, para los ocho que han de ser propuestos entre juristas, se prevea concurso alguno (artículo 122).*

*Obviamente, se exige que todos sean juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional. En estos supuestos el cumplimiento de los requisitos de idoneidad lo verifica, para sus Magistrados, el propio Tribunal Constitucional [artículo 2.1 g) de su Ley Orgánica], y para los Vocales, las propias cámaras parlamentarias, conforme a sus reglamentos. Así, resulta que la propia Constitución distingue entre la provisión de puestos funcionariales y judiciales y la de cargos en órganos constitucionales que, por la naturaleza de su función, requieren en quienes los desempeñen una elevada cualificación jurídica. En la de aquéllos deben observarse los principios de mérito y capacidad y las condiciones de igualdad en los términos legalmente previstos, ya sea en la esfera de las Administraciones Públicas, ya sea en el ámbito de la Carrera Judicial, al objeto de adjudicárselos a los más aptos. En la de éstos es menester que los órganos constitucionales llamados a seleccionarlos escojan a juristas de reconocida competencia con una experiencia profesional de más de quince años. Este requisito objetiva una designación que, en lo demás, queda a la discrecionalidad del encargado de hacerla, que no es cualquiera, sino, subrayémoslo, órganos constitucionales, como el Congreso de los Diputados, el Senado o el Gobierno.*

*El caso que nos ocupa guarda una gran proximidad con la facultad del Gobierno de proponer al Rey el nombramiento de dos Magistrados del Tribunal Constitucional. Y si, según se desprende de la demanda, el sistema previsto por el artículo 159 de la Constitución no padece, para la recurrente, los defectos que ve en el recurrido, no se comprende por qué lo que es bueno para el Tribunal Constitucional no lo es para el TEDH. Debemos señalar, por otra parte, que el CEDH no contempla la apertura de un concurso de Méritos para la provisión del cargo de Juez del TEDH. Lo que su artículo 21 quiere es que los Estados parte propongan a la Asamblea Parlamentaria personas que, a los requisitos precisos para desempeñar las más altas funciones judiciales o a la condición de jurisconsultos de reconocida competencia, añadan una alta consideración moral. Es verdad que la Recomendación 1649/2004 de la Asamblea Parlamentaria invita a que, para elaborar la terna, se pidan candidaturas a través de la prensa especializada y, también, que urge a los Estados a publicar sus sistemas de selección de candidatos. Y es muy razonable que así se haga. Más, aún, sin duda, reforzaría las garantías de todo el procedimiento. Sin embargo, ni el CEDH ni nuestro Derecho interno lo exigen por lo que la omisión de tales pasos no vicia actos como el recurrido. Especialmente, si se tiene presente que está sometido tanto a la revisión por parte de esta Sala Tercera como al que, después, lleva a cabo la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa e, incluso, el propio TEDH, al que, recordémoslo, el artículo 24 del CEDH faculta, por mayoría de dos tercios de sus Jueces, para relevar de sus funciones al Juez que dejara de reunir las condiciones necesarias para serlo. Así, pues, no apreciamos infracción del artículo 23.2 de la Constitución y sí consideramos que se ha cumplido el procedimiento previsto por el CEDH mediante una actuación del Gobierno que cuenta con la cobertura de los artículos 97 de la Constitución y 5 de la Ley 50/1997 y se plasma en un acuerdo del Consejo de Ministros, adoptado a propuesta de los de Asuntos Exteriores y Justicia y dotado de una motivación justificativa del cumplimiento por los candidatos propuestos de los requisitos exigidos por la norma internacional que regula el procedimiento electivo. Motivación que se extiende al orden en que figuran los candidatos porque destaca a don Bernardo al recordar su condición de Magistrado del Tribunal Constitucional.*

*Séptimo.—Seguidamente hemos de decir que 2.º El Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de marzo de 2007 no infringe el artículo 21 del CEDH.*

*Según se ha visto, este precepto requiere que los Jueces del TEDH gocen de la más alta consideración moral y tengan los requisitos necesarios para desempeñar las altas funciones judiciales o sean jurisconsultos de reconocida competencia. De las exigencias que impone, en la demanda no se expresa ningún reparo sobre la capacitación profesional de los tres candidatos incluidos en la terna y, en particular, sobre la del que la enca-*

*beza. Nada dice sobre su condición de expertos en derechos humanos, ni de su dominio de los idiomas, ni de las razones que el Acuerdo del Consejo de Ministros ofrece para justificar su propuesta. El reproche que les hace, mejor dicho, el que personaliza en don Bernardo, se refiere a lo que la recurrente llama falta de independencia e imparcialidad por la afinidad política que le atribuye con el Partido Socialista Obrero Español. La pregunta que, por tanto, es preciso responder es la de, si haber sido designado por el Gobierno presidido por don Mariano para el cargo de Magistrado del Tribunal Constitucional y por el Congreso de los Diputados para el cargo de Vocal del Consejo General del Poder Judicial, si haber sido elegido diputado de la Asamblea de Madrid en la candidatura del Partido Socialista Obrero Español o nombrado Secretario de Estado de Justicia del Gobierno presidido por don Benedicto, priva de la alta consideración moral exigida por el CEDH o le convierte en dependiente y parcial a la hora de ejercer la potestad jurisdiccional en el TEDH. Sabemos que la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa no lo ha entendido así. Pero tampoco debieron entenderlo los Magistrados del Tribunal Constitucional que eligieron al Sr. Bernardo Vicepresidente del Tribunal Constitucional. Ni los diputados que, por mayoría de tres quintos, le eligieron Vocal del Consejo General del Poder Judicial. Y tampoco los miembros de éste que le eligieron Vicepresidente.*

*En realidad, el desempeño de cargos como los que ha ocupado el Sr. Bernardo no inhabilita para el ejercicio de la función de Juez del TEDH porque no le priva de una alta consideración moral ni compromete su independencia e imparcialidad en el ejercicio de la potestad jurisdiccional desde ese alto Tribunal. De las premisas sentadas por la recurrente no se desprenden las consecuencias a las que llega la demanda. Es significativo, en este sentido, que el artículo 21 del CEDH sólo hable de la independencia e imparcialidad de los Jueces del TEDH en su apartado 3. Es decir, cuando se refiere, no a la actuación previa a su nombramiento, sino a la que realicen «durante su mandato». Si nos atenemos, por otra parte, a lo que dispone nuestro ordenamiento jurídico, resulta que, ni la Constitución ni la Ley Orgánica del Poder Judicial, prohíben el acceso a la Carrera Judicial de quienes hayan sido miembros de asambleas legislativas o hayan ejercido cargos de confianza en el Poder ejecutivo. Mucho menos a quienes hayan formado parte de órganos constitucionales como el Tribunal Constitucional o el Consejo General del Poder Judicial. Ni siquiera lo impiden a quienes con anterioridad a su ingreso en ella hayan formado parte de partidos políticos o sindicatos. Y esto es correcto porque, ni el desempeño anterior de aquéllos, ni la previa pertenencia a éstos, significa que vayan a ejercer con parcialidad la potestad jurisdiccional. Tiene razón, pues, el Abogado del Estado cuando dice que la descalificación que hace la recurrente debe fundarse en hechos, en actuaciones concretas que permitan afirmar, y no en juicios de la naturaleza del efectuado en la demanda.*

*Octavo.—En conclusión, el acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de marzo de 2007 objeto del presente proceso no incurre en las infracciones que le atribuye la recurrente. Ninguna de las normas que invoca la APM ha sido infringida pues del artículo 23.2 de la Constitución y del CEDH no se sigue que el Gobierno deba abrir un proceso competitivo para elaborar la terna a presentar ante la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa. Por otra parte, los candidatos incluidos en la que se ha impugnado poseen los requisitos que exige el artículo 21 del CEDH, tanto técnicos como de idoneidad. Y así lo explica el Acuerdo en cuestión. En consecuencia, no puede tacharse de arbitrario ni hay razón para apreciar desviación de poder, desde el momento en que no se ha acreditado la premissa en la que la APM ha asentado esa alegación.*

*Noveno.—El Abogado del Estado ha pedido que condenemos en costas a la recurrente. No apreciamos en su actuación procesal, sin embargo, la temeridad que exige el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción para hacer ese pronunciamiento. En consecuencia,*

*no se hace imposición de costas. En atención a cuanto se ha expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que nos confiere la Constitución Española,*

*Fallamos*

*1.º Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo n.º 366/2007, interpuesto por la Asociación Profesional de la Magistratura contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de marzo de 2007 que aprobó la terna de candidatos a proponer a la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa para la elección del Juez del Tribunal Europeo de Derechos a propuesta del Reino de España.*

*2.º Que no hacemos imposición de costas.*

**[Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo contencioso, sección 7.ª), 27 de octubre de 2008. Ponente: D. Pablo María Lucas Murillo de la Cueva.]**