

A) JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA EN MATERIA DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO *

Coordinación a cargo de
Jorge Antonio QUINDIMIL
Profesor Contratado Doctor
Universidade da Coruña

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. PRESENTACIÓN GENERAL.—3. COMENTARIOS DE SENTENCIAS.—3.1. Jurisdicción universal: caso *José Couso*.—3.2. Jurisdicción universal: Guantánamo.—3.3. Denegación de la aplicación del doble cómputo del tiempo de privación de libertad en el supuesto de cumplimiento acumulado de varias penas.—3.4. Distribución de competencias para la autorización de instalaciones eléctricas y régimen energético.—3.5. Caso de la extracción de gas y petróleo de esquisto en el medio ambiente y la salud humana: el *fracking*.—3.6. Revocación del estatuto de refugiado por motivos de seguridad nacional.—3.7. La Declaración de soberanía y del derecho a decidir del pueblo de Cataluña.—3.8. Derechos fundamentales y muestras de ADN.—3.9. Competencia extraterritorial de tribunales españoles y jurisdicción universal.—3.10. El contenido absoluto del derecho a un proceso con todas las garantías.—3.11. La condición jurídica de los saharauis: nacionalidad, apatridia y asilo.

1. INTRODUCCIÓN

1. La presente crónica comprende la jurisprudencia recaída desde enero hasta junio de 2014 y sigue los criterios aplicados en crónicas precedentes, es decir, destacando las referencias a los pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales y del Tribunal Constitucional que contienen elementos relevantes de Derecho internacional

* Desde el núm. 2 de 2014, esta crónica de jurisprudencia está a cargo de un equipo compuesto por cuatro coordinadores: Belén Sánchez Ramos (Profesora Contratada Doctora de la Universidade de Vigo), Jorge Antonio Quindimil (Profesor Contratado Doctor de la Universidade da Coruña), Gabriela A. Oanta (Profesora Contratada Doctora de la Universidade da Coruña) y Paula García Andrade (Doctora, Profesora Colaboradora Asistente, Universidad Pontificia Comillas, Madrid), bajo la dirección de José Manuel Sobrino Heredia (Catedrático de la Universidade da Coruña). Cada crónica se elabora bajo la responsabilidad de uno de los coordinadores.

público (DIP). En concreto, en esta crónica se consideran las decisiones tanto del Tribunal Constitucional (TC), como del Tribunal Supremo (TS), la Audiencia Nacional (AN) y los Tribunales Superiores de Justicia (TSJ).

2. La crónica, que está estructurada conforme al índice que precede a esta introducción, presenta en primer lugar un panorama general de todos los pronunciamientos reseñables, seguido por una serie de comentarios más amplios, aquellos que resultan especialmente interesantes desde la perspectiva del DIP. Como es habitual, el mayor número de pronunciamientos están relacionados con la aplicación e interpretación de distintos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos con numerosas referencias a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). No obstante, cabe señalar que en este número también reseñamos sentencias que abordan otros temas de interés, como la jurisdicción universal sobre crímenes internacionales, el derecho de asilo, la apatridia, cuestiones de extranjería, el interés superior del menor, derecho del mar, asistencia consular o titularidad de la soberanía del Estado español, entre otros.

2. PRESENTACIÓN GENERAL

1. Sin lugar a dudas, el tema estrella de este semestre de crónica jurisprudencial, especialmente en la actividad de la Audiencia Nacional, ha sido la aplicación del principio de *jurisdicción universal* como consecuencia de la entrada en vigor el 15 de marzo de 2014 de la LO 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la LOPJ, relativa a la justicia universal. Su disposición transitoria única establece que «las causas que en el momento de entrada en vigor de esta Ley se encuentren en tramitación por los delitos a los que se hace referencia en la misma quedarán sobreesidas hasta que no se acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos en ella». Ello ha dado lugar a un número importante de Autos, algunos de ellos con gran repercusión mediática, sobre el mantenimiento o no del ejercicio de la jurisdicción por nuestros Tribunales, en relación con casos vinculados con el tráfico de estupefacientes en aguas internacionales, con protección de personas y bienes en caso de conflicto armado, con diversos crímenes internacionales cometidos en el Sahara Occidental, en el Tíbet, en El Salvador o en el marco de la Operación Cóndor en Argentina.

2. En cuanto al *tráfico de estupefacientes en aguas internacionales*, la AN se ha pronunciado en numerosas ocasiones durante este semestre en relación con el mantenimiento o no de jurisdicción. Ello ha tenido un importante impacto mediático debido, primero, al sobreesimiento de todos los asuntos en curso y la consecuente liberación de un número importante de presuntos narcotraficantes, lo que será objeto de comentario específico en esta crónica; y, luego, a causa de las Sentencias de 23 y 24 de julio de 2014 del TS casando los autos de la AN, que serán objeto de comentario en la siguiente crónica por haberse publicado cuando ya se encontraba cerrado el presente número. Los Autos (ANN 71/2014, de 8 de marzo; ANN 83/2014, de 11 de abril, Juzgado Central de Instrucción) se relacionan con la detención de tripulantes de nacionalidad extranjera —principalmente egipcios y sirios— de pesqueros o buques mercantes que habían sido interceptados por las autoridades españolas en aguas internacionales, portando diferentes cantidades de hachís y sin que conste que España fuese el destino de la droga incautada. La identidad de los hechos, las conclusiones alcanzadas en todos ellos, la argumentación desarrollada en los mismos y en los votos particulares discrepantes que acompañan a algunos de los pronunciamientos (ANN 104/2014, de 6 de mayo; ANN 114/2014, de 14 de mayo y AANN 116/2014,

de 13 de mayo, Sala de lo Penal) han aconsejado un comentario particularizado en esta crónica. También cabe mencionar dos Autos de 9 de junio y 30 de junio (ANN 157/2013 y ANN 156/2014, Sala de lo Penal, Sección 2.^a) por los que se desestiman sendos recursos de apelación interpuestos por el Ministerio fiscal —que sostiene la competencia de las autoridades judiciales españolas para seguir conociendo de los hechos a pesar de la entrada en vigor de la LO 1/2014— contra los Autos dictados el 29 de abril y el 8 de abril de 2014. Ambos pronunciamientos van acompañados de un Voto Particular que discrepa de la opinión de la mayoría de la Sala, al considerar que a la luz tanto de nuestro Derecho interno (LOPJ), como del Derecho internacional (Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar y Convención contra el tráfico de estupefacientes) y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (dos Sentencias de 21 de junio de 2007, recaídas en los recursos núms. 183/2007 y 402/2007; de 27 de diciembre de 2007, en el recurso núm. 1164/2007; de 3 de enero de 2008, en el recurso núm. 895/2007; de 31 de enero de 2008, en el recurso núm. 1155/2007, y de 18 de febrero de 2008, en el recurso núm. 10424/2007), debería mantenerse la competencia de nuestros Tribunales para el conocimiento de estos asuntos.

3. En relación con los *delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado*, cabe apuntar un Auto de 17 de marzo (ROJ: ANN 72/2014, Juzgado Central de Instrucción núm. 1), sobre el conocido como caso *José Couso* estimando que no cabe el sobreseimiento de la causa. Para ello, se examina tanto el nuevo art. 23.4.a) de la LOPJ como el IV Convenio de Ginebra del que España es parte. Este Auto será objeto de un comentario en esta Crónica. Por el contrario, la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal) por nueve votos a favor y siete en contra ha decidido el sobreseimiento del caso por el Genocidio en Tíbet así como la querrela abierta por el Grupo Falun Gong, al entender, en ambos casos, que no concurren los requisitos que establece el nuevo art. 23.5 LOP.

4. En relación con el *Sahara Occidental*, destacan diversas sentencias del TS que traen causa de las solicitudes de asilo de decenas de saharauis, llegados a territorio español huyendo de la persecución de las autoridades marroquíes tras el desmantelamiento del campamento Gdeim Izik en 2010 y de la represión generalizada contra quienes habían participado en su organización. En este sentido, son objeto de comentario en esta crónica las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS de 27 de enero de 2014 (ROJ STS 5648/2013), de 28 de enero de 2014 (ROJ STS 138/2014), de 28 de febrero de 2014 (ROJ STS 729/2014), de 27 de marzo de 2014 (ROJ STS 1125/2014), de 15 de abril de 2014 (ROJ STS 1495/2014) y de 25 de abril de 2014 (ROJ STS 1523/2014). A su vez, la AN ha dictado diversas sentencias bien estimando los recursos interpuestos con el consiguiente reconocimiento de dicho Estatuto, como en la Sentencia de 25 de junio en el que se estima el recurso del recurrente, de origen saharauí, que había estado viviendo en los campamentos de refugiados y que carecía de nacionalidad (SAN 2789/2014, de 25 de junio, o en la misma línea SAN 953/2014, de 13 de marzo; SAN 812/2014, de 6 de marzo, Sala de lo Contencioso); bien desestimando los recursos interpuestos por no concurrir los requisitos necesarios, como, por ejemplo, en el caso de ser nacional de otro Estado (SAN 1728/2014, de 16 de abril, Sala de lo Contencioso). Asimismo, la AN se ha pronunciado también sobre el mantenimiento del ejercicio de jurisdicción en dos Autos relativos a los delitos de genocidio, asesinato, lesiones, detención ilegal, terrorismo y torturas cometidos en el Sahara Occidental contra los querellantes por los responsables del Frente POLISARIO declarando, en ambos casos, la continuación de la instrucción de Diligencias Previas, sin haber lugar al sobreseimiento de las mismas (ANN 68/2014, de 15 de abril y ANN 69/2014, de 15 de abril, Juzgado Central de Instrucción, Sec-

ción 5.^a), entendiendo el juez instructor que «analizada la vigente redacción de los apartados 4.º, 5.º y 6.º de la LOPJ, en virtud de la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2014, de modificación de aquella relativa a la justicia universal, y examinada su aplicación a los hechos objeto de la presente instrucción, es necesario convenir, con el Ministerio Fiscal, en la improcedencia del sobreseimiento de las actuaciones a que se refiere la disposición transitoria única de la referida Ley Orgánica [...] por cuanto la competencia de la Jurisdicción española debe ser afirmada en virtud de lo dispuesto en los arts. 9.6 LOPJ y 8 LECrim (improrrogabilidad de la jurisdicción) y 21.1 y 23.1 LOPJ (principio de territorialidad), al haberse cometido parte de los hechos objeto de las querellas interpuestas y admitidas a trámite en territorio que, a todos los efectos, debe tener la consideración de español en el momento de comisión de aquéllos, tal y como se deriva de la legalidad y jurisprudencia nacional e internacional» (razonamiento jurídico 1.º).

5. En materia de presuntos de delitos de torturas y contra la integridad moral en concurso con una o varios delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado —*crímenes de guerra*—, la AN se ha pronunciado en relación con la detención en Afganistán, Pakistán o Gambia y posterior traslado y situación de los querellantes durante el tiempo de permanencia en la base naval de los Estados Unidos de América en la bahía de Guantánamo (ANN 70/2014, de 15 de abril, Juzgado Central de Instrucción, Sección 5.^a), precediendo al examen, como consecuencia de la entrada en vigor, el 15 de marzo, de la LO 1/2014, de modificación de la LOPJ, del tipo de procedimiento bajo el cual deben seguirse las actuaciones así como las consecuencias materiales y procesales que se derivan de la nueva redacción de los apartados 4.º, 5.º y 6.º del art. 26 LOPJ, así como los efectos que pudiese tener, para este asunto, la disposición transitoria única de dicha Ley. Este asunto es también objeto de comentario en esta Crónica. En la misma línea, cabe apuntar el Auto de 17 de junio (Juzgado Central de Instrucción, Sección 5.^a) en el que el Juez Pablo Ruz, en el asunto conocido como *Flotilla de la Libertad*, sigue el mismo *íter* que en el auto que ANN 70/2014 elevando exposición razonada a la Sala 2.^a del Tribunal Supremo, de conformidad con el art. 23.5 LOPJ «en orden a determinar la existencia de un procedimiento en investigación de los hechos por parte de las Autoridades de Turquía —como país con jurisdicción sobre parte del lugar de comisión de los hechos— o de Israel —como país de nacionalidad de los querellados—, al objeto de determinar su disposición a actuar en relación a los mismos».

6. A su vez, el Juzgado Central de Instrucción núm. 5, en un Auto núm. 17, de 23 de mayo (ANN 106/2014), también como consecuencia de la entrada en vigor de la LO 1/2014 plantea el mantenimiento de la jurisdicción española en la investigación de la *Operación Cóndor* en Argentina, con el consiguiente procesamiento de los acusados por un presunto delito de genocidio, un delito de asesinato, terrorismo y un delito de detención ilegal del nacional español D. Everardo, que trabajaba como personal diplomático para las Naciones Unidas en la CEPAL (Comisión Económica para América Latina). Concretamente, se plantea la concurrencia del principio de subsidiariedad y de jurisdicción universal como consecuencia de la nueva redacción del art. 23.5 LOPJ que establece que «los delitos a los que se refiere el apartado anterior no serán perseguibles en España: a) cuando se haya iniciado un procedimiento para su investigación y enjuiciamiento en un Tribunal Internacional constituido conforme a los Tratados y Convenios en que España fuera parte; b) cuando se haya iniciado un procedimiento para su investigación y enjuiciamiento en el Estado del lugar en que se hubieren cometido los hechos o en el Estado de nacionalidad de la persona a que se impute su comisión [...]». Dado que Chile ha denegado la extradición de los presuntos

culpables por la existencia de una investigación en curso en los Tribunales chilenos, el juez instructor ha elevado a la Sala 2.^a del Tribunal Supremo la cuestión relativa a la constatación de la existencia en la República de Chile de un procedimiento en curso sobre los hechos objeto de esta causa y su disposición a actuar en relación a los mismos.

7. Por su parte, en un Auto de 31 de marzo (ANN 73/2014, Juzgado Central de Instrucción, Sección 6.^a), el juez instructor se pronunció sobre la *matanza de cinco sacerdotes jesuitas españoles en la Ciudad de El Salvador*, así como un sacerdote jesuita salvadoreño, su empleada doméstica y su hija, también salvadoreñas. En este asunto, la reforma del art. 23 LOPJ le lleva, por una parte, a tener que reexaminar los delitos imputados y como consecuencia, si bien cabe proseguir la imputación por ocho asesinatos terroristas, sin embargo, debe descartarse la continuación de la misma por la imputación de lesa humanidad, «pues conforme a la nueva redacción de la ley, ésta sólo procedería cuando el procedimiento se dirigiese contra un español o contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España, o contra un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas, casos todos ellos que no concurren, obligando a desistir de continuar la investigación por esta imputación formal, y a la vez a dejar sin efecto el procesamiento exclusivamente en lo que a ese delito se refiere» (razonamiento jurídico 2.^o). Además, al igual que en el Auto núm. 17 que acabamos de examinar, relativo a la Operación Cóndor, el juez instructor eleva una exposición razonada ante la Sala 2.^a del Tribunal Supremo para que determine si las actuaciones que en su día se siguieron para el enjuiciamiento de los hechos en el Salvador fueron fraudulentas o incompletas, interpretando, por tanto, el nuevo art. 23.5 de la LOPJ.

8. Dejando ya a un lado la cuestión de la jurisdicción universal, la actividad judicial durante este semestre se ha desarrollado ampliamente, como viene siendo habitual, en relación con la protección de los derechos humanos en sus múltiples dimensiones, destacando la influencia de la *jurisprudencia del TEDH* en la actividad del TC. Además de las sentencias del TC que comentamos en esta crónica, hay que referirse también a los siguientes asuntos: por un lado, tres recursos de amparo formulados en relación con el derecho a la intimidad (STC 7/2014) y el derecho a la propia imagen (STC 19/2014) en el contexto de la publicación de unos reportajes por las revistas *¡Qué me dices!* e *Interviú*, respectivamente. En las dos sentencias el TC otorgó los amparos solicitados por los recurrentes, siguiendo la jurisprudencia del TEDH, sobre todo la Sentencia *Von Hannover c. Alemania*, Gran Sala, de 7 de febrero de 2012; por otro lado, dos recursos de amparo en relación con la objeción de conciencia a la asignatura de educación para la ciudadanía y los derechos humanos; se alega la vulneración de los derechos a la libertad ideológica y religiosa y a la educación (STC 28/2014, de 24 de febrero, y STC 57/2014, de 5 de mayo); también un recurso de amparo en el que se invocaba la supuesta violación del derecho a la libertad personal (arts. 17.1 y 4 CE), y de los derechos a conocer las razones de la detención (art. 17.3 CE) y a no ser sometido a tratos degradantes (art. 15 CE) durante la situación de su detención (STC 32/2014, de 24 de febrero); y, finalmente, una cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS en relación con diversos preceptos de la Ley 42/1995, de 22 de diciembre, de telecomunicación por cable; se cuestiona la constitucionalidad de los preceptos legales relativos al servicio público de las comunicaciones por cable y su gestión a través de concesión; y se menciona la jurisprudencia del TEDH en relación con la aplicación del art. 10 CEDH, se hace referencia a evolución de la jurisprudencia de este Tribunal respecto de las posibilidades de una televisión privada (STC 73/2014, de 8 de mayo). En relación con esta resolu-

ción del TC, hay que señalar; igualmente, que se invoca también el Derecho de la UE relativa a la liberalización en la Unión de la televisión sin fronteras.

9. En relación con la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales a las *personas con discapacidad*, y, en concreto, sobre la supuesta vulneración de los derechos a la igualdad y a la educación, el TC ha tenido que pronunciarse sobre la escolarización de un niño en un colegio público de educación especial (STC 10/2014, de 27 de enero). Se menciona y se invocan distintos preceptos de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006. Una parte del contenido de esta resolución, sobre todo respecto de esta Convención, se refleja, luego, en la STC 77/2014, de 22 de mayo, en la que este Tribunal se ha tenido que pronunciar sobre la vulneración del derecho a la tutela judicial sin indefensión para un acusado aquejado de una discapacidad mental.

10. Dentro de los asuntos en los que el TC trata de la supuesta vulneración de los derechos a la *intimidad*, la *protección de datos*, el *proceso con todas las garantías* y la *presunción de inocencia*, que han dado lugar a resoluciones, son objeto de análisis particularizado las SSTC 13/2004, 14/2014, 15/2014 y 16/2014, de 30 de enero. El posicionamiento del TC en estas sentencias ha sido aplicado, también, en la STC 23/2014, de 13 de febrero, y la STC 43/2014, de 27 de marzo.

11. Por lo que se refiere a los *derechos a la libertad personal* y a la *tutela judicial efectiva*, el TC se ha pronunciado en relación con la problemática de la liquidación de la condena en la STC 35/2014, de 27 de febrero, que es objeto de análisis particularizado. Posicionamiento que ha sido seguido por este Tribunal en otras 13 resoluciones publicadas antes de finales del mes de junio de 2014.

12. En relación con la supuesta violación del *derecho al honor*, cabe referirse a la STC 79/2014, de 28 de mayo, pronunciada sobre un recurso de amparo interpuesto por Joan Puigcercós i Boixassa, Josep Lluís Carod Rovira y el partido político *Esquerra Republicana de Catalunya* frente a la Sentencia de la Sala de lo Civil del TS que había desestimado su demanda de protección de este derecho respecto de las opiniones y expresiones formuladas en diversos programas de la cadena radiofónica COPE.

13. En relación con la posible vulneración del derecho a no sufrir *discriminación por razón de sexo*, el TC se ha pronunciado en la STC 31/2014, de 24 de febrero, sobre un recurso de amparo interpuesto por una persona que había sido cesada en el Centro Nacional de Inteligencia; en la STC 66/2014, de 5 de mayo, en la que este Tribunal encontró que la maternidad de la mujer trabajadora no tenía que producir ninguna desventaja y, por tanto, esta condición tenía que ser compatible con la conservación de los derechos profesionales; en las SSTC 92/2014, de 10 de junio, y 93/2014, de 12 de junio, referidas a dos recursos planteados por dos ciudadanos cuyos compañeros, con los que habían convivido más de cuarenta años y que habían fallecido antes de que el matrimonio entre personas del mismo sexo fuera legal, ha estimado que era necesario haber contraído matrimonio para poder acceder a la pensión de viudedad en caso del fallecimiento del cónyuge.

14. *El fracking* y el *derecho a la salud humana* han ocasionado una resolución del TC en la que este Tribunal estimó un recurso de inconstitucionalidad planteado por el Gobierno de España en contra de la Ley de Cantabria 1/2013 que prohibía la técnica de fracturación hidráulica en el territorio de la Comunidad Autónoma de Cantabria. Se trata de la STC 106/2014, de 24 de junio, que también es objeto de análisis particularizado en la presente crónica.

15. Siguiendo con la protección de los derechos humanos en los órganos jurisdiccionales, cabe apuntar la Sentencia de la AN de 24 de febrero (Sala de lo Penal) donde se absuelve a los acusados, de nacionalidad española, pero nacidos en Gambia, del *delito de mutilación genital* tipificado en el art. 149.2 del Código Penal. Los hechos se remontan al año 2011 cuando la acusada, madre de las niñas, viaja a Gambia para visitar a sus familiares. Durante unos días, con la finalidad de visitar a otros familiares, deja a sus hijos al cuidado de la abuela, quien, aprovechando la ausencia de la madre, realiza la mutación genital a las niñas. A la vista de los hechos, la AN considera que si bien el art. 154, párr. 2.º el Código Civil establece que la «patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos de acuerdo con su personalidad, y con respecto a su integridad física y psicológica» situándoles en una posición de garantes de las que contempla el art. 11 del Código Penal, sin embargo «el deber de cuidado de los acusados como padres no puede exigir otra conducta que la realizada: permitir el viaje y en Gambia estar al cuidado de la abuela, comportando ello como decimos la ausencia absoluta de culpa, ya a título de dolo, directo o eventual, ya a título de negligencia o simple culpa consciente» (fundamento 2.º).

16. En materia de *extranjería*, hay que mencionar: la STC 46/2014, de 7 de abril, en la que se invocó la supuesta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en el caso de una denegación de la renovación del permiso de trabajo y residencia; las SSTC 54/2014, de 10 de abril, 58/2014, de 5 de mayo de 2014, y 89/2014, de 9 de junio, en las que se alegaba la violación del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas en relación con procesos ocasionados por tres órdenes administrativas de expulsión del territorio nacional.

17. En relación con los *derechos de los extranjeros al respeto de la vida familiar*, destacamos la STSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1.ª) núm. 56/2014, de 27 de enero, por la que se desestima el recurso contencioso-administrativo presentado por una nacional española contra la denegación de visado de reagrupación familiar a su hijo, nacional de República Dominicana y mayor de veintiún años, al no haber demostrado éste dependencia económica efectiva respecto del reagrupante, tal y como exige el Real Decreto 240/2007 por el que se transpone la Directiva 2004/38 (aplicable a familiares de españoles desde la STS 4259/2010, de 1 de junio). El TSJ de Madrid alude a la jurisprudencia del TJUE en el asunto *Dereci y otros* (asunto C-256/11) para recordar que los nacionales de los Estados miembros, familiares de los demandantes en dichos asuntos, gozan del estatuto de ciudadano de la Unión en virtud del art. 20.1 TFUE y pueden, por tanto, invocar este precepto también frente a su propio Estado. Sin explicar el argumento del Tribunal de Justicia por el que no cabría fundamentar un derecho de residencia en el art. 20 TFUE por no verse obligado el ciudadano europeo a abandonar el territorio de la UE, indica que sería aplicable entonces, como también ha argumentado el TJUE, el art. 7 de la CDFUE, equivalente al art. 8 CEDH. Se centra así la sentencia en el derecho al respeto de la vida privada y familiar y en la jurisprudencia del TEDH que interpreta dicho precepto. Si bien el art. 8 CEDH no garantiza un derecho de reagrupación familiar, excluir a una persona de un país en el que viven sus parientes próximos puede constituir una injerencia en el derecho al respeto de la vida familiar, injerencia que debe respetar los requisitos del art. 8.2 del Convenio. El TSJ de Madrid recuerda asimismo la jurisprudencia del TEDH que defiende una concepción extensiva de la vida familiar, para finalmente centrarse en la exigencia de dependencia económica entre el reagrupante y el reagrupado. Considerando que dicho condicionante no vulnera en sí mismo el art. 8 CEDH y fundamentándose en jurisprudencia del TJUE sobre la noción de estar «a cargo», la sentencia entiende que habrá de apreciarse si, a la vista de las circuns-

tancias económicas y sociales, el descendiente mayor de veintiún años no está en condiciones de subvenir a sus necesidades básicas. Al no probarse que el solicitante no trabaje o no reciba otros ingresos y, por tanto, que esté a cargo de su madre, el TSJ de Madrid desestima el recurso planteado.

18. En este mismo ámbito, cabe hacer igualmente alusión a dos sentencias del TSJ del País Vasco relacionadas con la exigencia de carecer de antecedentes penales, requerida en diversos procedimientos de extranjería respecto de progenitores extranjeros de menores de nacionalidad española. Se trata, en primer lugar, de la STSJ del País Vasco (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3.^a) núm. 150/2014, de 25 de febrero, por la que se estima el recurso de apelación interpuesto contra la denegación de autorización de residencia permanente solicitada por el progenitor de nacionalidad extranjera de un menor español. El TSJ del País Vasco indica que no cuenta con elementos suficientes para aplicar en favor del recurrente la jurisprudencia del TJUE por la que no cabe denegar un permiso de residencia al progenitor de un ciudadano de la UE que tuviera por consecuencia la obligación de este último de abandonar el territorio de la Unión (iniciada con STJUE de 8 de marzo de 2011, asunto C-34/09, *Ruiz Zambrano*, y matizada posteriormente, entre otras, por STJUE de 6 de diciembre de 2012, asunto C-356/11 y 357/11, *O.S.*). No obstante, adoptando un enfoque de protección de los derechos fundamentales, la sentencia concluye que la denegación del derecho de residencia al progenitor no custodio comporta una vulneración del derecho de su hijo menor al mantenimiento de la vida familiar, sin que otorgar prioridad a la existencia de los antecedentes penales del progenitor frente a la preservación del interés superior del menor y la protección de su vida familiar pueda considerarse una decisión proporcionada. Por su parte, la STSJ del País Vasco (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 2.^a) núm. 260/2014, de 8 de mayo, confirma la sentencia apelada por la que se concede un permiso de residencia por arraigo familiar a la madre de un menor español con base en el art. 124.3 RLOEx, haciendo prevalecer también la estabilidad familiar del menor sobre la existencia de antecedentes penales. Tras recordar la jurisprudencia del TJUE en materia de ciudadanía de la UE antes mencionada, así como la del TS en relación con la imposibilidad de expulsar al progenitor extranjero de un menor español (STS núm. 324/2005, de 26 de enero), el TSJ del País Vasco rechaza el recurso planteado por la Administración General del Estado «toda vez que las consecuencias que la denegatoria conlleva son inasumibles tanto desde la perspectiva del estatuto de ciudadano de la Unión Europea del menor, como desde la perspectiva de los derechos inherentes a la nacionalidad del menor, en la medida en que indirectamente le privaría de su derecho a residir en España, y lesionaría su derecho a una vida íntima y familiar» (FJ 5.^o). Las cuestiones abordadas en ambas sentencias revisten especial relevancia por cuanto que el TS elevó el pasado mes de abril al TJUE una cuestión prejudicial de interpretación con el fin de determinar si es compatible con el art. 20 TFUE y la jurisprudencia relacionada con dicho precepto una legislación nacional que, como el art. 31.5 LOEx, excluye, sin posibilidad de modulación en el caso concreto, la concesión de una autorización inicial de residencia en caso de contar con antecedentes penales, aunque ello implique la privación a un menor, ciudadano de la UE y dependiente del solicitante, de su derecho a residir en el territorio de la UE [Auto del TS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.^a, de 20 de marzo de 2014; Petición de decisión prejudicial presentada por el Tribunal Supremo (España) el 7 de abril de 2014, asunto C-165/14, *Rendón Marín c. Administración del Estado*].

19. En materia de *asilo*, ámbito que da lugar a un abundante número de resoluciones judiciales en nuestro país, cabe señalar que la mayoría de la sentencias

dictadas tanto por el TS como por la AN desestiman recursos y confirman la denegación del derecho de asilo y de la protección subsidiaria (entre otras, STS 92/2014, de 24 de enero; STS 728/2014, de 28 de febrero; STS 1125/2014, de 27 de marzo; STS 1559/2014, de 10 de abril; SAN 2792/2014, de 25 de junio; SAN 2616/2014, de 18 de junio; SAN 1842/2014, de 30 de abril; SAN 1220/2014, de 27 de marzo; SAN 409/2014, de 13 de febrero).

20. Por lo que se refiere al *interés superior del menor*, destacan dos sentencias de Tribunales Superiores de Justicia. En primer lugar, la STSJ de Cataluña (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.ª) núm. 2/2014, de 9 de enero, por la que se desestima un recurso de casación foral que pretendía modificar la guarda y custodia compartida del hijo, acordada en las medidas de divorcio de sus padres. Nos hallamos así ante un ámbito, el de las relaciones de los menores con sus progenitores, en el que, como se indica en la sentencia, las normas internacionales cobran especial relevancia (art. 39.4 CE). Por ello, el TSJ de Cataluña se refiere a diversos instrumentos internacionales, como la Convención de Naciones Unidas de los Derechos del Niño de 1989 (arts. 9.3 y 18), la Carta Europea de los derechos del niño de 1992 (art. 14) o la CDFUE (art. 24.3), para justificar la conveniencia de la custodia compartida, establecida como regla general en el Código Civil catalán. A continuación, en la valoración del alcance que debe darse al deseo u opinión del menor en la determinación del régimen de guarda, alude también, al referirse a la imprescindible audiencia de los hijos menores que tengan suficiente juicio y en todo caso si son mayores de doce años, a la Convención sobre los Derechos del niño y a la CDFUE, para concluir que dicha opinión es sólo un criterio más a tener en cuenta y que el interés superior del menor, en este caso, se inclina a favor de mantener la custodia compartida. Por su parte, la STSJ de Aragón (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.ª) núm. 1/2014, de 10 de enero, se ocupa igualmente del régimen de custodia de la hija como consecuencia de la ruptura de sus padres como pareja estable no casada, habiendo confirmado la AP de Zaragoza un sistema de custodia individual a favor de la madre. En este caso, al definir también el Derecho foral aragonés, como el catalán, la aplicación de la custodia compartida con carácter preferente y carecer de elementos de juicio suficientes para contrariar dicho régimen, el TSJ de Aragón estima el recurso del padre y restablece la custodia compartida acordada en primera instancia. El Voto Particular de los Magistrados Javier Seoane Prado y Carmen Samanes Ara discrepa, sin embargo, del parecer mayoritario, pronunciándose en contra de modificar el régimen de custodia individual. Se fundamenta para ello en el interés superior del menor como criterio superior de decisión en base a diversos instrumentos internacionales y jurisprudencia del TJUE. Si bien el Código de Derecho Foral de Aragón sitúa al juzgador en la custodia compartida como posición de partida para conocer el caso concreto, no atribuye jerarquía a este sistema sobre los demás de modo que desvíe al juez del interés superior del menor. En consecuencia, estos magistrados entienden que la Sala ha hecho uso de una facultad discrecional para optar por la custodia compartida, lo que escapa del margen de control del recurso extraordinario de casación al delimitar la realidad concreta que rodea al menor.

21. Cabe referirse asimismo a la Sentencia del TSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 8.ª) núm. 14/2014, de 10 de enero, por la que se reconoce el *derecho de una madre a percibir una ayuda económica por el fallecimiento de su hija como consecuencia directa de un delito*. En la sentencia, se rechaza la aplicación, solicitada por la recurrente, del Convenio núm. 116 del Consejo de Europa, de 24 de noviembre de 1983, sobre indemnización a las víctimas de delitos violentos y de la Directiva 2004/80 sobre indemnización a las víctimas del delito. Mientras esta última

y su norma nacional de transposición no resultan aplicables por no tratarse de una situación transfronteriza, el TSJ de Madrid entiende que la Ley 35/1995 constituyó la asunción anticipada de los compromisos contraídos por España con la ratificación del Convenio en 2001, aunque descarta aplicarlo. En efecto, el ámbito de aplicación de la legislación interna resulta ser más amplio que el del Convenio al no exigir dependencia económica entre el beneficiario de la ayuda y la víctima del delito, lo que permite reconocer el derecho a la indemnización solicitada.

22. A su vez, la *asistencia diplomática* ha sido objeto de la Sentencia de la AN de 22 de enero de 2014 (SAN 105/2014, Sala de lo Contencioso, Sección 4.^a), donde se reclama la Responsabilidad patrimonial del Estado por entender el demandante que el Estado español no ha ejercido diligentemente la asistencia diplomática en un caso de secuestro de menores, si bien la AN desestima el recurso al considerar que a la luz de la Convención de Viena de 1963, las funciones consulares denominadas procesales o de carácter judicial consisten en «comunicar decisiones judiciales y extrajudiciales y diligenciar comisiones rogatorias de conformidad con los acuerdos en vigor, y a falta de los mismos, de manera que sea compatible con las leyes y reglamentos del Estado receptor» y que las autoridades diplomáticas actuaron diligentemente tanto facilitando asistencia al demandante como manteniendo los oportunos contactos con las autoridades locales.

23. La AN, en un Auto de 23 de enero (Sala de lo Penal, Sección 2.^o) se ha pronunciado sobre el *caso de espionaje de ciudadanos españoles por autoridades estadounidenses*, desestimando el recurso de apelación interpuesto por falta de competencia de las autoridades españolas para conocer de estos hechos. Este asunto tiene su origen en una querrela presentada por la Cooperación Internacional en Tecnologías Avanzadas (CITA, SLU) y la Asociación para la Prevención y Estudio de delitos, Abusos y Negligencias en la Informática y Comunicaciones Avanzadas (APEDANICA), contra los responsables de Google, Facebook y Apple por haber cedido datos, archivos y comunicaciones a empresas contratadas por la NASA y la CIA. Venta o cesión de datos que al parecer se ha verificado en territorio de los Estados Unidos por ciudadanos estadounidenses y a favor de las autoridades administrativas estadounidenses, pero que, al parecer, afectan a ciudadanos residentes en otros Estados, entre ellos, posiblemente a empresas, instituciones y ciudadanos españoles, entendiéndose la AN que «la querrela ha de ser de plano desestimada, y lo debería seguir siendo aún en el caso de que los tribunales españoles hubiesen tenido competencia para su enjuiciamiento, lo que no es el caso, pues carecen los Tribunales españoles de competencia para enjuiciar las actuaciones (presunta y probablemente ilícitas, lo que no equivale a presuponer que delictivas) de la Administración estadounidense, verificada en territorio estadounidense y con empresas estadounidenses» (FJ 3.^o).

24. El *Derecho del mar* ha sido objeto de dos sentencias del TC en relación con sendos conflictos positivos de competencia planteados por la Xunta de Galicia y el Gobierno de las Islas Canarias. Se trata de las SSTC 3/2014, de 16 de enero, y 25/2014, de 13 de febrero, que son objeto de análisis particularizado.

25. De los asuntos referidos a la *orden europea de detención y entrega*, el TC se ha pronunciado en tres resoluciones: la STC 26/2014, de 13 de febrero —que ha sido objeto de especial atención en uno de los comentarios realizados en esta crónica— y las SSTC 48/2014 y 50/2014, de 7 de abril.

26. A su vez, cuestiones de *subjetividad internacional, titularidad de soberanía y derecho a decidir de los pueblos* son tratadas detenidamente en la STC 42/2014, de 25

de marzo, en relación con la Declaración de soberanía y del derecho a decidir del pueblo de Cataluña, que también es objeto de estudio particularizado en la presente crónica.

27. Como es natural, los tribunales españoles han dictado diversas resoluciones abordando cuestiones relativas al *Derecho de la Unión Europea*, limitándonos a destacar cinco sentencias en relación con sendas demandas presentadas por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña y en las cuales se abordaron cuestiones de Derecho de la UE. Así, y *en primer lugar*, quisiéramos mencionar la STC 6/2014, de 27 de enero, relativa a un conflicto positivo de competencia, planteado por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña, de la mayor parte de las disposiciones del Real Decreto 405/2010 por el que se regula el uso del logotipo «Letra Q» en el etiquetado de la leche y los productos lácteos. En *segundo lugar*, cabe referirse a la STC 20/2014, de 10 de febrero, sobre el conflicto positivo de competencias planteado por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña contra tres disposiciones del Real Decreto 1715/2010 por el que se designa a la Entidad Nacional de Acreditación como organismo nacional de acreditación de acuerdo con el Reglamento (CE) núm. 765/2008, del PE y del Consejo, por el que se establecen los requisitos de acreditación y vigilancia del mercado relativos a la comercialización de los productos y por el que se deroga el Reglamento (CEE) núm. 339/1993. En *tercer lugar*, quisiéramos indicar la STC 22/2014, de 13 de febrero, en la que el Pleno de este Tribunal desestimó el recurso de inconstitucionalidad que había sido interpuesto por el Parlamento de Cataluña en relación con distintos preceptos del art. 3 de la Ley 56/2003 de empleo, referidos a la planificación y ejecución de la política de empleo, las competencias del Servicio Público de Empleo Estatal y la gestión de programas supraautonómicos. En *cuarto lugar*, hay que mencionar la STC 72/2014, de 8 de mayo, sobre un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña en relación con diversos preceptos de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, general de telecomunicaciones que versan sobre aspectos eminentemente técnicos que son predeterminados por el Derecho de la UE y que afectan al uso del espectro radioeléctrico a fin de evitar que en el mercado existan equipos que puedan poner en riesgo su correcta utilización. Y, *por último*, quisiéramos indicar la STC 74/2014, de 8 de mayo, referida a un recurso de inconstitucionalidad planteado por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña sobre distintas disposiciones del Real Decreto 227/2008, de 15 de febrero, por el que se establece la normativa básica referente a los paneles de catadores de aceite de oliva virgen, que contiene disposiciones exigidas por el Reglamento (CEE) núm. 2568/91, de la Comisión, de 11 de julio, relativo a las características de los aceites de oliva y de los aceites de orujo de oliva y sobre sus métodos de análisis, en orden a garantizar al consumo la calidad de estos productos.

3. COMENTARIOS DE SENTENCIAS

3.1. Jurisdicción universal: caso *José Couso*

JURISDICCIÓN UNIVERSAL.—DELITOS CONTRA LAS PERSONAS Y BIENES PROTEGIDOS EN CASO DE CONFLICTO ARMADO.—LEY ORGÁNICA 1/2014, de 13 de marzo.

Auto de la Audiencia Nacional (Juzgado Central de Instrucción núm. 1), de 17 de marzo de 2014 (ROJ: ANN 72/2014). Ponente: Santiago Juan Pedraz Gómez.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079270012014200001.

Auto de la Audiencia Nacional (Juzgado Central de Instrucción núm. 1), de 27 de marzo de 2014 (ROJ: ANN 76/2014). Ponente: Santiago Juan Pedraz Gómez.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079270012014200003.

1. En el Auto de 17 de marzo, el juez instructor se pronuncia sobre el que se conoce como el caso *Couso* estimando que no cabe el sobreseimiento de la causa, a pesar de la entrada en vigor de la LO 1/2014 (BOE núm. 63, de 14 de marzo de 2014, pp. 23026 y ss.). Para ello, como veremos, se examina tanto el nuevo art. 23.4 y 5 de la LOPJ, la disposición transitoria única, así como el IV Convenio de Ginebra del que España es parte. A nuestro entender, el interés de este Auto se deriva de la aplicación e interpretación del IV Convenio de Ginebra que sirve para mantener la jurisdicción española en el presente caso.

2. La entrada en vigor de la LO 1/2014 tiene incidencia en este asunto, sobre todo la nueva redacción del art. 23.4, el art. 23.5 y la disposición transitoria única. El art. 23.4 establece que «será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos cuando se cumplan la condiciones expresadas: a) Genocidio, lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, siempre que el procedimiento se dirija contra un español o contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España, o contra un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas [...]; p) cualquier otro delito cuya persecución se imponga con carácter obligatorio por un Tratado Vigente para España o por otros actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea miembro, en los supuestos y condiciones que se determine en los mismos». Y el art. 23.5 que «los delitos a los que se refiere el apartado anterior no serán perseguibles en España en los siguientes supuestos: a) [...] b) cuando se haya iniciado un procedimiento para su investigación y enjuiciamiento en el Estado en el que se hubieran cometido los hechos o en el Estado de nacionalidad de la persona a que se impute la comisión, siempre que: 1.º) la persona a la que se imputa la comisión de los hechos no se encontrara en territorio español».

3. Estas nuevas disposiciones de la LO 1/2014 deben conjugarse, sin embargo, con los instrumentos internacionales aplicables, como, en este caso el art. 146 de la IV Convención de Ginebra que establece que «las Altas Partes contratantes se comprometen a tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido o dado la orden de cometer una cualquiera de las infracciones graves contra el presente Convenio definidas en el artículo siguiente. Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las condiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado contra ella cargos suficientes».

4. Y si bien el art. 23.4 de la LOPJ limita la persecución a que los procesados sean españoles o extranjeros que residan habitualmente en España o extranjeros que se encuentren en España y cuya extradición haya sido denegada por los autoridades españolas, lo que, en este caso, daría lugar al sobreseimiento de la causa, sin embargo, dado que a este caso es aplicable el art. 146 del IV Convenio de Ginebra, que se con-

tradice con el art. 23.4.a) de la LOPJ no cabe el archivo de la causa, pues España «al suscribir este Tratado, se obliga a perseguir el delito (buscar a las personas y hacerlas comparecer) sea cual fuere la nacionalidad de los autores y estén donde estén. La obligación es clara y terminante, sin que se reduzca, como en otros tratados, a una facultad del Estado Parte» (FJ 1.º). Es más, como apunta acertadamente el juez instructor si procediese al archivo la causa estaría admitiendo «la posibilidad de que una norma interna modifique o derogue una disposición de un tratado o convenio internacional vigente para España», lo que no es posible por dos razones: por una parte, se vulneraría la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (concretamente sus arts. 26 y 27) y nuestra propia Constitución, cuyo art. 96.1 establece que las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista por los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional, lo que obviamente no acontece en el caso (FJ 2.º).

5. Además, también cabe destacar que el presente Auto trae a colación la doctrina del TC, concretamente, la STC 78/82 en la que se establecía que los tratados sobre estas materias (Derechos Humanos) deben ser considerados canon de interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas, en los términos del art. 10.2 de la Constitución Española.

6. Por todo ello, el juez instructor concluye que «dada la primacía de los Tratados y que un Tratado no puede ser modificado por una norma interna», siendo aplicable, por el contrario, el nuevo apartado *p)* del art. 23.4 LOPJ que da cobertura a la IV Convención «cualquier otro delito cuya persecución se imponga con carácter obligatorio por un Tratado vigente para España». Por tanto, la jurisdicción española sí resulta competente para conocer de los hechos y delitos a que se contrae el presente sumario» (FJ 6.º).

7. Posteriormente, y sobre este caso, en el Auto de 27 de marzo (ANN 76/2014, Juzgado Central de Instrucción núm. 1) la AN se pronuncia sobre el recurso de reforma interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el auto de 17 de marzo, desestimándolo dado que aplicar la disposición transitoria única como pretende el Ministerio Fiscal «se suspendería el curso de la causa hasta que se acrediten los requisitos, lo cual implica también suspender la aplicación del art. 146. Pero para suspender la aplicación de un Tratado se necesita que se haga por el trámite que la Constitución Española indica, lo que en el caso el legislador no ha hecho. No puede, por tanto, suspenderse su aplicación por una norma interna» (FJ 2.º). Además, en dicho Auto, el Juzgado Central de Instrucción decide elevar las actuaciones a la Sala de lo Penal de la Audiencia, la cual, en su Auto de 6 de junio, rechazó el recurso de la Fiscalía.

Belén SÁNCHEZ RAMOS
Universidade de Vigo

3.2. Jurisdicción universal: Guantánamo

JURISDICCIÓN UNIVERSAL.—AFGANISTÁN.—TORTURAS.—INTEGRIDAD MORAL.—DELITOS CONTRA LAS PERSONAS Y BIENES PROTEGIDOS EN CASO DE CONFLICTO ARMADO—CRÍMENES DE GUERRA.—ART. 26.4.º, 5.º Y 6.º DE LA LOPJ.—PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD.

Auto de la Audiencia Nacional (Juzgado Central de Instrucción núm. 5), de 15 de abril de 2014 (ROJ: ANN 70/2014). Ponente: Pablo Rafael Ruz Gutiérrez.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079270052014200003.

1. Este asunto versa sobre la detención en Afganistán, Pakistán y Gambia de los querellantes y su posterior traslado y situación durante el tiempo de permanencia en la base naval de Estados Unidos de América en la bahía de Guantánamo y examina, como consecuencia de la entrada en vigor, el 15 de marzo, de la LO 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la LOPJ, el tipo de procedimiento bajo el cual deben seguirse las actuaciones así como las consecuencias materiales y procesales que se derivan de la nueva redacción de los apartados 4.º, 5.º y 6.º del art. 26 LOPJ, así como los efectos que pudiese tener, para este asunto, la disposición transitoria única de dicha Ley.

2. Para analizar las cuestiones planteadas, el juez instructor sigue el siguiente iter: en primer lugar, recuerda el estado del asunto, desde sus inicios, hasta la entrada en vigor de la LO 1/2014; en segundo lugar, se examina la calificación jurídica de los hechos objeto de esta instrucción a la luz tanto de las disposiciones internas como de los Tratados Internacionales aplicables al caso y de los que nuestro país es parte (Convención de Ginebra sobre trato a prisioneros de guerra y protección a personas civiles, de 1949; Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles inhumanas y degradantes, de 1984; Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas y Tratos humanos y degradantes, de 1987); en tercer lugar, plantea la extensión de la jurisdicción española para conocer de los hechos objeto de la presente instrucción tras la entrada en vigor de la LO 1/2014; en cuarto lugar, plantea la nueva regulación e interpretación del principio o criterio de subsidiariedad.

3. Este asunto tiene su origen en un Auto de 27 de abril de 2009 en el que se acordaba incoar diligencias previas contra los posibles autores materiales e inductores, cooperadores necesarios y cómplices, miembros todos ellos del Ejército Norteamericano o del Servicio de Inteligencia Militar, que diseñaron o ejecutaron un plan sistemático de torturas o malos tratos inhumanos o degradantes contra los prisioneros que tenían bajo su custodia y que habían sido capturados en el marco del conflicto armado declarado en Afganistán y a los que se acusaba de terroristas. A partir de ahí, y en diferentes Autos, se cursaron las correspondientes Comisiones Rogatorias Internacionales tanto a las autoridades Judiciales de Gran Bretaña (con la finalidad de que informasen si existía alguna investigación penal en curso sobre las supuestas torturas, tratos degradantes sufridos por partes de los querellantes durante su reclusión en la base militar de Guantánamo hasta su entrega a las autoridades británicas), así como a las Autoridades Judiciales de los Estados Unidos (también con la finalidad de que informasen sobre la existencia o no de alguna investigación abierta en este caso así como sobre si existía alguna posibilidad de que las víctimas impulsasen tal investigación al margen de la que pudiese iniciar o rechazar el Ministerio Fiscal). Además, en un Auto de 13 de enero de 2012 se afirmaba la jurisdicción española para la investigación de los hechos objeto de las actuaciones, al cumplirse los requisitos exigidos en el art. 23.4 LOPJ tras la anterior reforma operada por LO 1/2009, de 3 de noviembre, a saber: *a*) la existencia de un «vínculo de conexión relevante con España», requisito calificado por el Tribunal Supremo, en Auto de 6 de octubre de 2011 (caso *Tíbet*), como *conditio sine qua non* que supedita la extensión de la jurisdicción española, y que concurre expresamente en el presente caso en uno de los querellantes, como reconoce el Pleno de la Sala de lo Penal en Auto de 6 de abril de 2011, además de la nacionalidad española de otra de las víctimas y querellantes «que por sí sola colmaría la exigencia de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sin perjuicio de la concurrencia de jurisdicciones y/o el principio de subsidiariedad» (Auto del pleno de la Sala de lo Penal de 6 de abril de 2011); y *b*) no constancia formal hasta el momento en el presente estadio procesal, de un «procedimiento que suponga una investigación y una

persecución efectiva, en su caso, de tales hechos punibles» en otro país competente o en el seno de un Tribunal internacional. Además, se destacaba la recomendación efectuada a España por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, durante la celebración del 8.º periodo de sesiones desarrollado en Ginebra entre el 3 y el 14 de mayo de 2010, donde tras tomar nota de la anterior modificación legislativa introducida en nuestro país (LO 1/2009) respecto de la aplicación de la jurisdicción universal por los crímenes internacionales, insta al Estado español a «asegurar que la reforma no obstaculizará el ejercicio de su jurisdicción sobre todos los actos de tortura» (FJ 2.º).

4. En cuanto a la calificación jurídica de los hechos realizada antes de la entrada en vigor de la LO 1/2014 ésta es particularmente interesante, desde el punto de vista del Derecho internacional, por el análisis o estudio de los instrumentos internacionales aplicables a este caso. En esa calificación se conjugaron diversas disposiciones de nuestro Código Penal (arts. 608, 609 y 611.3 *in fine* y 7, en relación con los arts. 607 bis 1, 8.º y 173) con diversos Tratados internacionales de Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario así como con la jurisprudencia emanada de distintos Tribunales Internacionales, de la doctrina de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas o del Consejo de Europa, poniéndose todo ello en relación, básicamente, con el antiguo art. 23.4.h) de la LOPJ sobre jurisdicción y competencia. En este sentido, cabe recordar que dicha disposición otorgaba competencia a la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la Ley española como «cualquier otro delito que, según los Tratados y Convenios Internacionales, en particular los Convenios de Derecho Internacional Humanitario y de protección de los Derechos Humanos, deba ser perseguido en España». Consecuentemente, el juez instructor entiende que dicha disposición se refiere expresamente a los cuatro Convenios de Ginebra, siendo aplicables al caso en curso el Tercer y Cuarto Convenio, así como otros instrumentos jurídicos internacionales de Derechos Humanos tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984, así como la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial de 1965. Además, el juez instructor nos recuerda, acertadamente, que el Comité de Derechos Humanos de la ONU, en su Observación general núm. 31 apunta la complementariedad del Derecho internacional humanitario y la normativa de derechos humanos en situaciones de conflicto armado. Asimismo, y en relación con la prohibición de la tortura, el juez apunta que ésta forma parte el *ius cogens* internacional, siendo una máxima de derecho internacional que no admite excepción y que se aplica a todas las personas y al margen de las circunstancias que lo rodeen, por implicar un ataque frontal a la dignidad humana de la víctima (FJ 3.º), tal y como se recoge también en la Sentencia del Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia, en el caso *Furundzija* o en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Ould Dah. c. Francia*.

5. Realizada ya la calificación de los hechos, tal y como hemos visto, el juez instructor se plantea, como consecuencia de la entrada en vigor de la LO 1/2014 si «existe base suficiente para afirmar la extensión de la jurisdicción española para llevar a cabo la presente instrucción, en virtud de los presupuestos de orden procesal que resultan exigidos por el propio art. 23.4 LOPJ tras la nueva redacción conferida al nuevo precepto por la LO 1/2014», dado que, a su juicio, se produce un conflicto normativo entre el nuevo art. 23.4 de la LOPJ y los Convenios de Ginebra y la Convención contra la Tortura, puesto que, por una parte, no se cumplirían las condiciones del art. 23.4 que establece que en el caso de los delitos contra personas protegidas en caso de conflicto armado y de delitos contra la tortura y la integridad moral «la jurisdicción española

será competente para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional si el procedimiento se dirige contra un español o la víctima tuviera nacionalidad española en el momento de la comisión de los hechos y la persona a la que se impute la comisión del delito se encuentre en territorio español», y, en este caso, no se cumpliría el segundo presupuesto. Sin embargo, esta disposición debe analizarse junto con el nuevo apartado *p)* del art. 23.4 que reconoce la competencia de la jurisdicción española para conocer de «cualquier otro delito cuya persecución se imponga con carácter obligatorio por un Tratado vigente para España o por actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea miembro, en los supuestos y condiciones que se determinen en los mismos», lo que nos remite, de nuevo, a los citados Convenios de Ginebra y a la Convención contra la Tortura y que llevan al juez instructor a establecer que «en consecuencia, nos encontraríamos ante una evidente colisión entre la regulación según Derecho interno de la norma habilitadora de la extensión de la jurisdicción penal, y las obligaciones contraídas por España en virtud de los Tratados internacionales previamente ratificados y que integran nuestro ordenamiento jurídico, de manera que el legislador español habría sometido la institución y extensión de la jurisdicción española para el conocimiento y persecución de hechos como los que constituyen objeto de las presentes actuaciones —actos de tortura y crímenes de guerra— al cumplimiento de presupuestos y condicionantes que, amén de suponer una restricción a la obligación de persecución asumida internacionalmente por España frente a las más graves violaciones de derechos humanos y del Derecho internacional humanitario, al objeto de evitar situaciones de impunidad en tales casos, no resultan en absoluto exigidos por dichos Tratados, y que tampoco se compadecen con el espíritu que según la Exposición de Motivos de la LO 1/2014 inspiraría dicha reforma legal, cuando se señala que «la extensión de la jurisdicción nacional fuera de las propias fronteras, adentrándose en el ámbito de la soberanía de otro Estado, debe quedar circunscrita a los ámbitos que, previstos por el Derecho internacional, deban ser asumidos por España en cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos: la extensión de la jurisdicción española más allá de los límites territoriales españoles debe venir legitimada y justificada por la existencia de un tratado internacional que lo prevea o autorice [...]». Y, si bien el juez instructor no se pronuncia sobre este punto, nosotros consideramos que, en todo caso, si pudiésemos considerar aisladamente esta cuestión, al margen, por ejemplo, de la aplicación del criterio de subsidiariedad que analizaremos a continuación, debería aplicarse al caso las disposiciones recogidas en los instrumentos jurídicos en los que nuestro país es parte, es decir, los Convenios de Ginebra y la Convención contra la tortura que sí permitirían a nuestro país ejercer la jurisdicción en este caso.

6. Pero además, al juez instructor se plantea otra cuestión determinante para ejercer su jurisdicción en el caso: cómo interpretar el art. 23.5 LOPJ, donde se recoge el principio o criterio de subsidiariedad como límite al principio de justicia universal (véase, sobre este particular, comentario de Ana PEYRÓ LLOPIS, *REDI*, vol. LXV, núm. 2, 2013, pp. 258-261), teniendo en cuenta, además, que la Exposición de Motivos de la LO 1/2014, establece que «se delimita con carácter negativo la competencia de los Tribunales españoles, definiendo con claridad el principio de subsidiariedad. En este sentido, se excluye la competencia de los tribunales españoles cuando ya se hubiese iniciado un procedimiento en un Tribunal Internacional o por la jurisdicción del país en que hubieran sido cometidos o de nacionalidad de la persona a la que se impute su comisión, en estos dos últimos casos siempre que la persona a la que se imputen los hechos no se encuentre en España o, estando en España, vaya a ser extraditado a otro país o transferido a un Tribunal Internacional, en los términos y

condiciones que se establecen. En todo caso, los jueces y tribunales españoles se reservan la posibilidad de continuar ejerciendo su jurisdicción si el Estado que la ejerce no está dispuesto a llevar a cabo la investigación o no puede realmente hacerlo [...]». Si bien el juez instructor realiza un recorrido exhaustivo tanto por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo aplicable al caso como por diversos Autos de la Audiencia Nacional y de los criterios establecidos por la Corte Penal Internacional así como de las actuaciones que hasta el momento se han sustanciado en Estados Unidos decide, tal y como establece el art. 23.5 LOPJ elevar la cuestión a la Sala 2.^a del Tribunal Supremo con la finalidad de «poder emitir un juicio ponderado y racional sobre la posible concurrencia del Principio de subsidiariedad en este caso».

7. Por último, y en cuanto a si procede o no, en este estadio del caso, el sobreseimiento del mismo, de acuerdo con la disposición transitoria única de la LO 1/2014 el juez instructor considera «improcedente, en sede de Diligencias Previas, emitir un pronunciamiento acerca del eventual sobreseimiento de las actuaciones, máxime cuando concurren, según lo expuesto y como informa el Ministerio Fiscal, motivos suficientes que deben obligar a una transformación del procedimiento para que el mismo continúe por los trámites del Sumario, que es lo que se acuerda en la presente resolución, de forma que a partir de este momento procesal, correspondería al Tribunal enjuiciador, y no al órgano instructor, la decisión última en cuanto al pretendido sobreseimiento de las actuaciones».

Belén SÁNCHEZ RAMOS
Universidade de Vigo

3.3. Denegación de la aplicación del doble cómputo del tiempo de privación de libertad en el supuesto de cumplimiento acumulado de varias penas

DERECHOS A LA LIBERTAD PERSONAL Y A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.—Derecho a la libertad personal.—Derecho a la tutela judicial efectiva.—Liquidación de la condena.—Jurisprudencia del TEDH.

Sentencia del Tribunal Constitucional 35/2014 (Pleno), de 27 de febrero de 2014.
Ponente: Enrique López y López. Voto particular formulado por Adela Asua Batarrita, Luis Ignacio Ortega Álvarez, Fernando Valdés Dal-Ré, y Juan Antonio Xiol Ríos.

1. La sentencia objeto de atención en el presente comentario ha sido pronunciada por el TC el pasado 27 de febrero de 2014 sobre un recurso de amparo interpuesto por un nacional español (Javier Cuevas Rivas) en relación con el posible cómputo en la liquidación de su condena de los periodos de tiempo en que simultáneamente se había encontrado en prisión provisional y como penado. Se trata de una sentencia que consideramos que ya ha sentado doctrina pues el razonamiento empleado por el TC en este asunto ha sido aplicado, en los cuatro meses posteriores a su publicación, en más de una docena de recursos de amparo planteados ante este Tribunal respecto de la liquidación de la condena (SSTC 55/2014, 61/2014, 62/2014, 63/2014, 64/2014, 65/2014, 67/2014, 68/2014, 69/2014, 70/2014, 80/2014, 90/2014 y 91/2014). Es esta sentencia, además, la primera en pronunciarse sobre esta problemática después de conocerse, el pasado 21 de octubre de 2013, el fallo del TEDH en el asunto *Del Río Prado c. España*. No es nuestra intención realizar ahora un análisis de la sentencia del TEDH para cuyo estudio nos remitimos al comentario realizado por la Prof.^a Cristina IZQUIERDO SANS que fue publicado en el anterior número de la *REDI* (véanse

especialmente las pp. 195-201), sino que nos centraremos en presentar cuáles son las novedades aportadas por el fallo del TC en el Asunto 35/2014 en relación con la posible acumulación material de penas.

2. A partir del 21 de octubre de 2001, el demandante de amparo había estado en prisión provisional en el marco de tres sumarios seguidos en la Audiencia Nacional en los cuales finalmente, el 27 de octubre de 2010, la Sección 1.^a de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional lo condenó a un total de setenta y un años y tres meses de prisión, si bien se indicó que el límite máximo de cumplimiento de la pena será de veinticinco años de prisión, y que una nueva liquidación de la condena será practicada teniéndose en cuenta la fecha de su ingreso en prisión provisional. Una semana más tarde, mediante un Auto de aclaración, la Audiencia Nacional incluyó, dentro de periodo abonable, los días de detención policial. Posteriormente, este tribunal denegó la solicitud de nueva liquidación formulada por el Sr. Javier Cuevas Rivas en relación con el periodo de tiempo 16 de diciembre de 2004-23 de septiembre de 2005 (el 16 de diciembre de 2004 había adquirido firmeza la primera de las tres sentencias condenatorias, y el 23 de septiembre de 2005 había llegado a ser firme la última de estas sentencias). Periodo en el cual había estado simultáneamente tanto preso preventivo como condenado en una de las causas acumuladas. Contra este Auto de la Audiencia Nacional, el demandante interpuso ante el TS un recurso de casación en el que solicitaba que se le tuviera en cuenta el periodo comprendido entre el 16 de diciembre de 2004 y el 23 de septiembre de 2005 para que pudiera computar para el máximo de cumplimiento efectivo de la condena. Este recurso fue desestimado el 14 de septiembre de 2011 por la Sala 2.^a del TS.

3. En el recurso de amparo, el demandante impugnó todas estas resoluciones ante el TC pues consideraba que le habían sido vulnerados el derecho fundamental a la libertad previsto en el art. 17.1 CE, así como el derecho a la tutela judicial efectiva estipulado en el art. 24.1 CE. En apoyo de su estimación alegaba, principalmente, que su derecho a la libertad había sido lesionado en relación con los arts. 5 y 7.1 del CEDH, arts. 9.1, 5 y 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y que también su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva le había sido violado. El demandante entendía que el periodo de tiempo en el que se había encontrado en prisión provisional en relación con una causa coincidía con el periodo en el que había cumplido la pena prevista en la sentencia de otra causa, y, por tanto, tendrían que aplicarse los criterios establecidos por el TC en otras ocasiones, abonándose o descontándose como tiempo de cumplimiento del «máximo de cumplimiento efectivo de la condena», según lo recogido en el art. 76.1 CP.

4. De ahí que el demandante estimara que la falta de abono en el cumplimiento de la pena, por una parte, vulneraba lo decidido con anterioridad por el TC en la Sentencia 57/2008, de 28 de abril, y, por otra parte, era contrario al art. 58 CP. Según la interpretación del demandante de amparo, la STC 57/2008 había encontrado ilegal la exclusión del abono del periodo de tiempo en que simultáneamente una persona se había encontrado en situación de prisión provisional y, al mismo tiempo, penado en otra causa. Si bien él mismo reconoce que el TC había tenido que pronunciarse en esa sentencia sobre un supuesto diferente (FJ 1.^o) —en concreto, se trataba de valorar la razonabilidad de la exclusión de un supuesto en la aplicación judicial de la norma puesto que al demandante en aquel asunto se le había negado el abono del tiempo de prisión provisional en el que se había encontrado en una causa para el cumplimiento de la pena impuesta, utilizándose como argumento el haber estado al mismo tiempo privado de libertad y penado en otra causa diferente (para un análisis detallado de

la STC 57/2008 nos remitimos a los siguientes estudios: GÓMEZ RECIO, F., «El doble cómputo de prisión preventiva y pena de prisión. Problemas y soluciones», *La Ley*, núm. 7.774, 2012; GONZÁLEZ PASTOR, C.-P., «Reflexiones acerca de la tesis del Tribunal Constitucional de que el tiempo de prisión de un penado se computa también para la prisión provisional de otra causa», *La Ley*, núm. 7.112, 2009).

5. En relación con ello, hay que mencionar que el art. 58.1, modificado por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio (*BOE* núm. 152, de 23 de junio de 2010, p. 54811), prevé que «[e]l tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente será abonado en su totalidad por el Juez o Tribunal sentenciador para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación fue acordada, salvo en cuanto haya coincidido con cualquier privación de libertad impuesta al penado en otra causa, que le haya sido abonada o le sea abonable en ella. En ningún caso un mismo periodo de privación de libertad podrá ser abonado en más de una causa». Es decir, el doble cómputo de prisión provisional y pena de prisión cuando ambas coinciden en el tiempo ha sido prohibido por la reforma del CP operada en el año 2010.

6. Tanto el demandante de amparo como el Ministerio Fiscal consideraban que la no aplicación de lo establecido en la STC 57/2008 había vulnerado el derecho a la libertad estipulado en el art. 17.1 CE. En dicha ocasión, este Tribunal había encontrado que carecía de cobertura legal «la decisión de no abonar al recurrente en amparo en su totalidad el tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente» en un procedimiento «para el cumplimiento de la pena de prisión impuesta en la misma causa», lo que le había «supuesto un alargamiento ilegítimo de su situación de privación de libertad, lesivo, por tanto, del art. 17.1 CE» (STC 57/2008, FJ 8.º). En relación con estas cuestiones, hay que señalar que, posteriormente, en la STC 92/2012, el TC estimó que el art. 58.1 CP, modificado mediante la Ley Orgánica 5/2010, permitía que se denegará el abono del mismo tiempo de prisión provisional para el cumplimiento de varias causas (STC 92/2012, FJ 5.º). Y en la reciente STC 148/2013, el TC afirmó que en el caso de cumplimiento acumulado de varias condenas no es constitucionalmente obligada la pretensión de que los periodos de prisión preventiva sean descontados del límite máximo de cumplimiento establecido mediante una sentencia. Ello generaría, en palabras del TC, «una suerte de fraude de ley», se podría llegar «la paradoja que cuantos más delitos hubiera cometido —por los que se hubiera decretado la prisión provisional—, mayor sería el tiempo en que se podría abonar la preventiva hasta que se dictara sentencia firme en la última de las causas» (STC 148/2013, FJ 5.º). Unos meses más tarde, este Tribunal rechazó considerar que de la lectura conjunta de los arts. 58.1, 75 y 76 CP la pretensión del abono de la pena de prisión preventiva al tiempo máximo de cumplimiento efectivo fijado mediante una sentencia en virtud de la acumulación de condenas fuese constitucionalmente obligada (STC 168/2013, FJ 6.º) (véase también STC 35/2014, FJ 3.º).

7. Por todo ello, el TC desestimó en el Asunto 35/2014 la solicitud de inclusión como tiempo de abono el periodo comprendido entre el 16 de diciembre de 2004 y 23 de septiembre de 2005, y estimó que el argumento recogido por las resoluciones impugnadas en este recurso de amparo no podía «tacharse de irrazonable». Por tanto, «en el caso de las condenas acumuladas, la decisión judicial de no descontar del límite máximo de cumplimiento efectivo, fijado en veinticinco años, el periodo de tiempo en que simultáneamente se encontraba como preso preventivo y como penado no es contraria a la Constitución» (STC 35/2014, FJ 5.º). Esto es, que no se había producido una lesión del derecho a la libertad del demandante en el sentido del art. 17.1 CE, y tampoco se quebrantaban «el fundamento y los fines que justifican la acumulación jurídica» prevista por el art. 76 CP (STC 35/2014, FJ 6.º).

8. Cuatro magistrados del TC expresaron un Voto Particular en relación tanto con la fundamentación jurídica de esta sentencia como con el fallo pronunciado en este asunto: consideraban que tenía que haberle sido otorgado el amparo al demandante puesto que había sufrido la vulneración de su derecho a la libertad, y, por ende, se tenían que haber anulado las resoluciones judiciales impugnadas en el presente asunto. Estos magistrados discreparon de la posición mayoritaria de los miembros del Pleno del TC a partir del FJ 4.º de esta sentencia puesto que consideraban que desde ese momento el TC se alejaba de lo afirmado en la STC 57/2008, «en lo que parece ser una forma preordenada a la anulación del efecto indeseado del doble cómputo» (véase la p. 2 del Voto Particular expresado en la STC 35/2014). Asimismo, los firmantes de este Voto Particular razonaban que el abono de la prisión provisional no constituía un beneficio penitenciario (véase punto 4.º), y que se respetaba la garantía legal del derecho a la libertad prevista por el art. 17.1 CE si el tiempo de la prisión preventiva computaba en el máximo de cumplimiento efectivo estipulado en el art. 76 CP. Además, éstos consideraban que su posicionamiento era acorde con la sentencia del TEDH en el caso *Del Río Prada c. España* publicada el pasado 21 de octubre de 2013. Sentencia que ya ha sido aplicada por la Sala de lo Penal del TS (SSTS 917/2013, de 28 de noviembre, y 922/2013, de 2 de diciembre) en relación con los casos planteados de doble abono de la prisión provisional en el sentido que dicha prisión debe computarse sobre el límite máximo de cumplimiento (véase punto 5.º).

9. La STC 35/2014 expresa la nueva posición del TC en relación con la posible aplicación del doble cómputo del tiempo de privación de libertad en el supuesto de un cumplimiento acumulado de varias penas. El número elevado de sentencias publicadas por el TC en los últimos meses sobre la liquidación de condena —13 en tan sólo cuatro meses— nos hace pensar que este Tribunal seguirá también en esta línea y sobre estas cuestiones en otras sentencias.

Gabriela A. OANTA
Universidade da Coruña

3.4. Distribución de competencias para la autorización de instalaciones eléctricas y régimen energético

DERECHO DEL MAR.—Mar territorial.—Territorio.—Archipiélago.—Instalaciones de generación eléctrica.—Principio de cooperación.—Principio de territorialidad.

Sentencia del Tribunal Constitucional 3/2014 (Pleno), de 16 de enero de 2014.
Ponente: Encarnación Roca Trías.

Sentencia del Tribunal Constitucional 25/2014 (Pleno), de 13 de febrero de 2014.
Ponente: Fernando Valdés Dal-Ré.

1. Durante el primer semestre del año 2014, el Tribunal Constitucional (TC) se ha pronunciado sobre dos conflictos positivos de competencia planteados por la Xunta de Galicia y por el Gobierno de Canarias, respectivamente, en relación con el Real Decreto 1028/2007, de 20 de julio, por el que se establece el procedimiento administrativo para la tramitación de las solicitudes de autorización de instalaciones de generación eléctrica en el mar territorial. Algunas de las cuestiones planteadas en estos dos asuntos ya fueron tratadas por este Tribunal en las sentencias pronunciadas sobre tres

recursos de inconstitucionalidad interpuestos por el Gobierno de la Comunidad Autónoma (CA) de Canarias en relación con distintas disposiciones que afectan el sector de los hidrocarburos, del patrimonio natural y de la biodiversidad, y de la red de parques naturales —SSTC 8/2013, 87/2013 y 99/2013—, y que ya han sido objeto de atención en la *REDI* (vol. LXV, núm. 2, 2013; véase el comentario realizado por la Prof.^a Rosa M. FERNÁNDEZ EGEA). No obstante, consideramos que dada la complejidad y la actualidad de las cuestiones planteadas en estos dos conflictos positivos de competencia en relación con el régimen jurídico aplicable a las instalaciones de generación eléctrica en el mar territorial por parte de dos de las CCAA que más kilómetros de costa tienen, justifican plenamente una atención detallada en la presente Crónica de jurisprudencia.

2. El ámbito de aplicación del Real Decreto impugnado en los dos conflictos positivos de competencia se refiere tanto a las instalaciones de generación eólica ubicadas en el mar territorial [para un estudio detallado de estas cuestiones nos remitimos a: CASTELLANOS GARIJO, M. L., *Régimen jurídico de la energía eólica. Los procedimientos de autorización de los parques eólicos y su acceso y conexiones a red*, Alcalá de Henares, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá, 2012, pp. 178-186; SANZ LARRUGA, F. J., «Los parques eólicos marinos en el marco de la gestión integrada del litoral», en TORRES LÓPEZ, M. A., y ARANA GARCÍA, E. (dirs.), *Energía eólica: cuestiones jurídicas, económicas y ambientales*, Pamplona, Civitas-Thomson Reuters, 2010, pp. 334-349; SORO MATEO, B., «La autorización de parques eólicos marinos en España», *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. II, núm. 2, 2011, pp. 1-43] como a las instalaciones de producción eléctrica a partir de otras energías renovables que también se encuentren en este espacio marítimo. El Real Decreto impugnado atribuye a la Administración central todas las competencias en estos ámbitos pues considera que estas instalaciones de generación eléctrica pertenecen al Estado español al estar ubicadas en el mar territorial donde España tiene soberanía, tal y como se prevé en el art. 2.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del mar.

3. En las dos demandas se solicita que se declare, por un lado, que la competencia para la tramitación de las solicitudes de autorización de generación eléctrica en el mar territorial corresponde, respectivamente, a la CA de Galicia y a la CA de Canarias; y, por otro lado, que se anule el Real Decreto 1028/2007. Además, la Xunta de Galicia suplica que se declare que este Real Decreto vulnera las competencias autonómicas y que, en todo caso, vulnera el principio de colaboración y las competencias autonómicas, y solicita, asimismo, que en el supuesto de que el TC no declarase la nulidad de este Real Decreto se afirmase, con carácter subsidiario, la nulidad de su art. 3 (que atribuye las competencias a los distintos órganos de la administración central) y de su disposición adicional 3.^a (relativa a la realización de un estudio estratégico ambiental del litoral español). Por su parte, el Gobierno de Canarias solicita, también, que el TC declare que el Real Decreto impugnado, en el supuesto que no fuese anulado, no debería aplicarse en esta CA.

4. Al hilo de la lectura de las alegaciones formuladas por las dos partes promotoras de estos conflictos positivos de competencia puede afirmarse que estas demandas giran básicamente en torno a dos grandes argumentos, a saber: primero, la invocación del art. 149.1.22 CE al que se refiere el Real Decreto 1028/2007 en su disposición final 1.^a, y, segundo, que el espacio marítimo adyacente a las costas de Galicia y de Canarias forma parte de los territorios de estas CCAA. A estas cuestiones nos referiremos, primero, en este comentario, para, luego, presentar dos principios invocados bien por la Xunta de Galicia o bien por el Gobierno de Canarias en sus respectivas demandas —el principio de cooperación, y el principio de territorialidad—.

5. Así, y en primer lugar, cabe señalar que el art. 149.1.22 CE establece la competencia exclusiva del Estado español para «[l]a legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran por más de una Comunidad Autónoma, y la autorización de las instalaciones eléctricas cuando su aprovechamiento afecte a otra Comunidad o el transporte de energía salga de su ámbito territorial». Y, en virtud del art. 149.1.25 CE, también será el Estado español el que tenga competencia exclusiva en relación con las «[b]ases del régimen minero y energético». Sin embargo, la competencia en estas materias pertenecerá a la CA cuando el transporte de energía no salga del territorio de dicha CA y su aprovechamiento tampoco afectase a otra provincia o CA. Estas disposiciones de la CE se reflejan, por ejemplo, tanto en el art. 27.13 del Estatuto de Autonomía para Galicia (EAG) como en los arts. 30.26 y 32.9 del Estatuto de Autonomía de Canarias (EAC).

6. En apoyo de su alegación relativa a su competencia en el mar territorial adyacente a su territorio, la Xunta de Galicia recuerda la STC 148/1998 (FJ 4.º) en la que se afirmó que, si bien España era el sujeto de Derecho internacional público, las facultades que de ello derivaban debían respetar la distribución interna de competencias. Además, y entre otras alegaciones más, la Xunta de Galicia considera que el mar territorial es tan territorio para el Estado como lo es para las CCAA, estas últimas pudiendo ejercer competencias sobre el mar territorial, siempre y cuando las disposiciones de la CE no lo impidiesen o cuando ello derivase de manera incuestionable de la naturaleza de la actividad analizada. En este sentido, la Xunta de Galicia pone como ejemplo el caso del transporte marítimo donde el Estado español es competente solamente en relación con este tipo de transporte que se realizase por el territorio de más de una CA, y estima, además, que en virtud de los arts. 149.1.22 CE y 27.13 EAG las instalaciones de producción de este tipo de energía eléctrica en el mar territorial quedan bajo la competencia de la CA de Galicia al ser suficiente que estas instalaciones estuviesen emplazadas en esta Comunidad para que la autorización le correspondiese.

7. Sin embargo, el abogado del Estado que intervino en este asunto sostuvo todo lo contrario, y para ello se apoyó en distintas sentencias del TC, a saber: la STC 1/1982 en la que se había resaltado la naturaleza supracomunitaria de la política energética; la STC 108/1996 en la que se había afirmado que la competencia para la autorización de las instalaciones de transporte de energía era estatal cuando bien el transporte saliese del ámbito territorial de la CA o bien su aprovechamiento afectase a otra provincia o CA; la STC 38/2002 según la cual el territorio operaba como límite a las competencias autonómicas, sin que la afectación de la zona marítimo terrestre al ámbito competencial autonómico englobase al mar territorial (STC 149/1991). Aunque el abogado del Estado reconoce que, de manera excepcional, una CA podría llegar a ejercer competencias sobre el mar territorial, recuerda que ello dependerá bien de un reconocimiento explícito en el Estatuto de la CA en cuestión o bien de la naturaleza de la competencia prevista por la CE (STC 9/2001, FJ 6.º). Pero, en el conflicto positivo de competencia presentado por la Xunta de Galicia, el abogado del Estado entiende que no se da ninguno de los dos casos, y, por tanto, que es el Estado español y no la CA de Galicia el que dispone de la competencia necesaria para autorizar las instalaciones de generación eléctrica en el mar territorial. Lo que le lleva a solicitar al TC la desestimación de la demanda.

8. Por otra parte, y por lo que se refiere, ahora, al Gobierno de Canarias, éste considera que el art. 149.1.22 CE viola sus competencias autonómicas en materia de energía, reconocidas por los arts. 30.26 y 32.9 EAC. En concreto, sostiene que el he-

cho de que las instalaciones de generación eléctrica se ubiquen en el mar territorial aferente a sus costas no es suficiente para poder considerar que la energía generada será utilizada fuera de la CA pues dicha energía sería consumida exclusivamente en su territorio al ser imposible su transporte a otra Comunidad. En este sentido, la parte promotora de este conflicto positivo de competencia estima que las disposiciones del art. 149.1.22 CE son inoperativas en el caso de la CA de Canarias dada su consideración de región ultraperiférica (véase BRITO PÉREZ, A., «Las regiones ultraperiféricas de la Unión. Una dimensión singular. Especial referencia a Canarias», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 13, 2007, sobre todo las pp. 169-170 y 186-190), así como debido a su doble discontinuidad territorial —respecto del territorio peninsular y al existir una discontinuidad intraautonómica— reconocida como tal en el art. 32.9 EAC. El abogado del Estado que intervino en este asunto entiende que el transporte de la energía que se produjese en las instalaciones eléctricas ubicadas en el mar territorial saldría del ámbito territorial autonómico de Canarias al encontrarse emplazadas precisamente en este espacio marítimo.

9. En relación con estas cuestiones, el TC se remite a las recientes SSTC 8/2013, 87/2013 y 99/2013 —mencionadas en el primer párrafo de este comentario— en las que descartó que el territorio de una CA comprenda el ámbito de los municipios integrantes de dicha Comunidad, sin extenderse al mar territorial pues este espacio marítimo no forma parte del territorio de las CCAA, y solamente de manera excepcional una CA podría llegar a ejercer competencias sobre el mar territorial, esto es «cuando exista un explícito reconocimiento estatutario o sólo cuando resulte imprescindible para el ejercicio de la competencia de la que es titular» (STC 3/2014, FJ 3.º). En esta línea se sitúa la doctrina ya consolidada del TC en la que se admitió el ejercicio de competencias autonómicas en espacios marítimos en materias como la pesca (entre otras, las SSTC 158/1986, 147/1998 y 9/2001), el marisqueo y la acuicultura (las SSTC 103/1999, 9/2001 y 38/2002), el transporte marítimo (STC 40/1998), y salvamento marítimo (STC 40/1998).

10. El TC estimó que tanto la Xunta de Galicia como el Gobierno de Canarias no demostraban que en los asuntos presentes se diese ninguno de los dos casos excepcionales de ejercicio extraterritorial de competencias autonómicas sobre el mar territorial [STC 3/2014, FJ 3.º; STC 25/2014, FJ 3.ºb)]. Además, en relación con el conflicto positivo de competencias presentado por el Gobierno de Canarias, este Tribunal encontró que las condiciones específicas para el archipiélago canario no implicaban «un reconocimiento estatutario explícito de la extensión de esta competencia al mar territorial» [STC 25/2014, FJ 3.ºb)]. En este sentido, el TC recordó que en la STC 18/2011 (FJ 9.º) había afirmado que las peculiaridades del sistema eléctrico canario podrían justificar que el Estado adaptase algunas disposiciones del marco legislativo aplicable al sistema eléctrico español a las especificidades de los sistemas eléctricos insulares y extrapeninsulares. Pero esta adecuación no tendría que ser interpretada como una inaplicación del marco estatal relativo a la energía eléctrica en el territorio de la CA de Canarias, sino como una adaptación de este marco legislativo estatal «a las especificidades derivadas de la insularidad» (STC 123/2013, FJ 8.º), siempre y cuando las peculiaridades geográficas de esta Comunidad así lo exigieran (STC 102/2013, FJ 8.º).

11. Por lo que se refiere en particular al conflicto positivo de competencias interpuesto por el Gobierno de Canarias, hay que mencionar, también, que éste alega que el espacio marítimo adyacente a las Islas Canarias forma parte de su territorio. En el apoyo de su afirmación invoca el EAC y la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Por lo que se refiere al EAC, la parte promotora de este conflicto

afirma que, a diferencia de lo que ocurre con los Estatutos de otras CCAA, el EAC define el ámbito territorial de esta Comunidad como el comprendido por el «archipiélago canario», entendido éste como el conjunto de las islas y del mar que las une. Estima, también, que las aguas interinsulares constituyen un elemento esencial de cualquier archipiélago y, por tanto, estos espacios marítimos no podrían ser excluidos de aquellos espacios donde esta CA pudiese ejercer sus competencias. Sin embargo, el abogado del Estado que intervino en este asunto aclara que el propio EAC, modificado en el año 1996, entendía por «archipiélago canario» solamente las siete islas y no se refería, igualmente, al mar territorial adyacente que, de hecho, hasta este asunto no había sido ampliado al territorio autonómico, provincial, insular o municipal. En cuanto a la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, el Gobierno de Canarias invoca el art. 46.b) de este tratado para apoyar su alegación de que las Islas Canarias disponen únicamente de su territorio sin que deba tenerse en cuenta las aguas interinsulares. En relación con ello, el abogado del Estado hace hincapié en que las disposiciones de dicho artículo se utilizan a la hora de definir qué se entiende por «Estados archipiélagos». Situación que no se aplica a España al carecer ésta de la consideración de «Estado archipiélago» en el Derecho internacional público [STC 25/2014, FJ 3.ºa); véase también la STC 8/2013, FFJJ 6.º y 7.º].

12. Como adelantábamos, otra de las cuestiones examinadas por el TC atañe al principio de cooperación invocado por la Xunta de Galicia en su demanda. En efecto, la Xunta alega que el Real Decreto impugnado no tiene en cuenta este principio puesto que vulnera las competencias sectoriales sobre el mar territorial que le reconoce el EAG. En concreto, se cita el art. 3 del Real Decreto 1028/2007 en relación con el que la Xunta de Galicia considera que «la falta de un trámite de consulta a la Comunidad Autónoma junto con la atribución al Ministerio de esta competencia ejecutiva, lesionaba el ejercicio de sus competencias autonómicas en materia de salvamento marítimo» (STC 3/2014, FJ 2.º). De ahí que solicitase la derogación de este Real Decreto en su totalidad. Como es bien conocido, el principio de colaboración o de cooperación establece un deber general y recíproco entre el Estado español y las CCAA de colaborar o de cooperar, presentando tanto una dimensión negativa —la existencia de la obligación de lealtad institucional— como una dimensión positiva —el llamado «auxilio interadministrativo»— (véase ÁLVAREZ CONDE, E.; GARCÍA-MONCÓ, A., y TUR AUSINA, R., *Derecho autonómico*, Madrid, Tecnos, 2013, p. 113; para un estudio detallado de este principio, véase, también, TAJADURA TEJADA, J., *El Principio de Cooperación en el Estado Autonómico. El Estado Autonómico como Estado Federal Cooperativo*, 3.ª ed. renovada y aumentada, Granada, Comares, 2010). Este principio debe regir el ejercicio por el Estado de sus competencias cuando éstas afecten al mismo espacio físico —el mar territorial en este caso— que es, además, soporte de otras competencias autonómicas. Así, en este asunto se citan las competencias de Galicia en relación con el marisqueo, la acuicultura, el transporte marítimo, el medio ambiente y el salvamento marítimo.

13. El TC estima que «el principio de colaboración se ha plasmado en el Real Decreto impugnado» (STC 3/2014, FJ 4.º) puesto que, por un lado, las CCAA y las ciudades autonómicas que lindan con el área eólica marina tienen un representante con voz y con voto en el comité de valoración del área eólica, y, por otro lado, las CCAA participan en la concesión de la autorización de la instalación. En cuanto a la supuesta invasión de la competencia autonómica en materia de salvamento marítimo, este Tribunal encuentra que el Real Decreto 1028/2007 regula el proceso de autorización de las instalaciones en el mar territorial y que la regulación de la seguridad marítima sería, en todo caso, subsidiaria. De ahí que el Estado, a la hora de autorizar las instalaciones en el mar territorial, deba «tener en cuenta las posibles afecciones a la

seguridad marítima, la navegación y la vida humana y establecer las condiciones en las que éstas podrán implantarse» (STC 3/2014, FJ 5.º).

14. Finalmente, quisiéramos mencionar brevemente el principio de territorialidad en tanto que límite al ejercicio de las competencias autonómicas. El Gobierno de Canarias considera que el desarrollo tecnológico le permite ejercitar a las CCAA otros tipos de competencia que antes se podrían ejercer solamente sobre el espacio terrestre; en esta categoría se incluirían las instalaciones de producción de la energía eléctrica. El TC no comparte esta interpretación respecto del ejercicio extraterritorial de las competencias autonómicas sobre el mar territorial con base en el FJ 3.º de la STC 3/2014, al que ya nos referimos con anterioridad.

15. El TC desestimó los dos conflictos positivos de competencia al encontrar que el Real Decreto 1028/2007 no invadía las competencias autonómicas de Galicia y de Canarias. Con estas sentencias, este Tribunal vuelve a reiterar su rechazo a considerar que el mar territorial forme parte del territorio de las CCAA, y que solamente en supuestos excepcionales —esto es, 1) cuando existe un reconocimiento estatutario explícito en este sentido; o 2) cuando ello resultase imprescindible para el ejercicio de la competencia de la que es titular— una CA podría llegar a ejercer competencias autonómicas sobre el mar territorial. En definitiva, las instalaciones de producción de la energía eléctrica en el mar territorial no se sitúan en el territorio de una CA al no extenderse éste al mar territorial.

Gabriela A. OANTA
Universidade da Coruña

3.5. Caso de la extracción de gas y petróleo de esquisto en el medio ambiente y la salud humana: el *fracking*

COMPETENCIAS DEL ESTADO EN EL ÁMBITO DE LA ENERGÍA.—*Fracking*.—Energía.—Minería.—Investigación y extracción de gas no convencional.—Medio ambiente.—Protección de la salud humana.

Sentencia del Tribunal Constitucional 106/2014 (Pleno), de 24 de junio de 2014.
Ponente: Andrés Ollero Tassara. Voto particular formulado por Fernando Valdés Dal-Ré, Juan Antonio Xiol Ríos y Adela Asua Batarrita.

1. El 24 de junio de 2014, el Tribunal Constitucional (TC) ha estimado el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Gobierno de España contra la Ley del Parlamento de Cantabria 1/2013, de 15 de abril, que prohíbe en el territorio de esta Comunidad Autónoma (CA) el uso de la técnica de fractura hidráulica —conocida como el *fracking*— para la investigación y la extracción de gas no convencional. El fallo pronunciado en este asunto ha recibido el respaldo unánime del Pleno del TC, si bien tres de los magistrados de este Tribunal expresaron un Voto Particular en relación con la fundamentación jurídica de esta sentencia.

2. Con base en el art. 161.2 CE y en el art. 30 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), el Gobierno de España solicitaba la anulación, en su totalidad, de la Ley 1/2013 adoptada por el Parlamento de Cantabria pues entendía que esta norma autonómica incurría en inconstitucionalidad mediata. El TC ha estimado en repetidas ocasiones (véanse, entre otras, SSTC 166/2002, FJ 3.º; 113/2010, FJ 2.º; 159/2012, FJ 3.º; 204/2013, FJ 4.º; etc.) que para que existiera este tipo de infracción

constitucional tendrían que reunirse cumulativamente dos condiciones, a saber: primero, que la norma estatal infringida por la ley autonómica sea una norma básica (en sentido material y en sentido formal) adoptada en virtud de una competencia exclusiva reservada al Estado por la Constitución, y, segundo, que la contradicción entre la ley estatal y la ley autonómica sea efectiva e insalvable por la vía interpretativa.

3. El Gobierno de España alegaba, en primer lugar, que la Ley de Cantabria 1/2013 violaba las competencias exclusivas del Estado relativas a las bases y la coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13 CE) y a las bases del régimen minero y energético (art. 149.1.25 CE). En relación con ello, cabe recordar que el Estado tiene competencias para regular la ordenación del sector energético en general y del subsector gasístico en particular, mientras que las CCAA disponen de competencias para el desarrollo normativo y ejecutivo de estas materias. Y, en segundo lugar, la parte recurrente entendía que la Ley impugnada quebrantaba el art. 128.1 CE (que estipula que «[t]oda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general»), así como el art. 130.1 CE (conforme al cual «[l]os poderes públicos atenderán a la modernización y desarrollo de todos los sectores económicos»).

4. Por su parte, el Parlamento de Cantabria sostenía que la Ley impugnada era plenamente constitucional puesto que se incardinaba en la materia de ordenación del territorio y del litoral, urbanismo y vivienda donde, de conformidad con el art. 24.3 del Estatuto de Autonomía de Cantabria, la CA de Cantabria tiene competencia exclusiva. Además, consideraba que la Ley de Cantabria 1/2013 respondía a la necesidad de proteger el medio ambiente, el entorno urbano, la conservación del patrimonio natural y cultural, y también que estaba avalada por las competencias de esta CA en el ámbito de la protección del medio ambiente, los ecosistemas, la sanidad e higiene, promoción, prevención y restauración de la salud, la industria, y el régimen minero y energético [en concreto, se invocaban los arts. 24.30, 25.3, 25.7 y 25.8 del Estatuto de Autonomía de Cantabria; consúltese: LÓPEZ MENUDO, F. (dir.), *Reparto competencial en materia de medio ambiente. Control medioambiental de la administración pública*, Centro de Documentación Judicial núm. 56, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2005]. En estas alegaciones, una atención especial se prestaba a las exigencias de protección de la salud que, según el art. 43.2 CE, los poderes públicos deben tutelar a través de medidas preventivas. Por último, se alegaba que la Ley impugnada había sido aprobada teniendo en cuenta las competencias autonómicas de Cantabria sin que ello suponga su inconstitucionalidad sobrevenida pues, con posterioridad a su adopción, fue modificado el marco jurídico estatal aplicable al sector de los hidrocarburos. En opinión del Parlamento de Cantabria, esta situación implicaría «la coexistencia de normativas de origen diverso como consecuencia del ejercicio de competencias concurrentes del Estado y de la Comunidad Autónoma, que convergen sobre un mismo espacio físico». Contexto que tendría que ser resuelto, tal y como ya lo afirmó el TC, mediante técnicas de colaboración entre las administraciones públicas implicadas (véanse SSTC 168/1993 y 46/2007, por todas; consúltese también la STC 106/2014, punto 8 de los Antecedentes).

5. Por lo que se refiere a la Ley de Cantabria 1/2013, hay que mencionar que este acto normativo se compone de tres artículos, una disposición transitoria y una disposición final. Su objeto consiste en prohibir en todo el territorio de la CA de Cantabria el uso del *fracking* en tanto que técnica de investigación y extracción de gas de esquisto o no convencional (art. 1). El legislador autonómico considera que la utilización de esta técnica representa una infracción urbanística (art. 3) y ordena a las autoridades

y funcionarios públicos de esta Comunidad que adopten las medidas oportunas tanto para la paralización de aquellas actividades ya comenzadas como para la reposición de la situación a su estado originario (art. 2). Sin embargo, la Ley 34/1998, de 7 de octubre, que regula el sector de hidrocarburos a nivel estatal, tras su modificación operada a través de la Ley 17/2013, de 29 de octubre, para la garantía del suministro e incremento de la competencia en los sistemas eléctricos insulares y peninsulares, que ha añadido el apartado 5.º al art. 9 de la Ley 34/1998, sí que autoriza la utilización del *fracking* en el desarrollo de las actividades de exploración, investigación o explotación de hidrocarburos no convencionales efectuadas en España. Así, el modificado art. 9.5 de la Ley que regula el sector de hidrocarburos a nivel estatal estipula que en este ámbito «podrán aplicarse métodos geofísicos y geoquímicos de prospección, perforación de sondeos verticales o desviados con eventual aplicación de técnicas habituales en la industria, entre ellas, la fracturación hidráulica, la estimulación de pozo así como técnicas de recuperación secundaria y aquéllos otros métodos aéreos, marinos o terrestres que resulten necesarios para su objeto».

6. A nuestro entender, el presente recurso plantea problemas en torno a la distribución de competencias entre el Estado, por un lado, y las CCAA, por otro lado, en la materia del régimen minero y energético, así como en relación con la ordenación general de la economía y con la protección del medio ambiente. El TC ha zanjado todas estas cuestiones al estimar que la ley autonómica impugnada es inconstitucional y nula al quebrantar la competencia estatal prevista en la CE «al entrar en conflicto con la eficacia de la legislación básica» (FJ 8.º). Además, este Tribunal entiende que la presente controversia «se encuadra en el ámbito material de la energía» (FJ 3.º), y que la Ley de Cantabria 1/2013 no podía ser considerada una norma adicional destinada a proteger el medio ambiente de esta CA que fuese adoptada por ésta en virtud de sus competencias de desarrollo y ejecución de la legislación marco estatal, de conformidad con el art. 25.7 del Estatuto de Autonomía de Cantabria (FJ 8.º). En el apoyo de sus afirmaciones, el TC encuentra que la Ley 34/1998, en su modificación operada a través de la Ley 17/2013, intenta dar una respuesta a las preocupaciones medioambientales ocasionadas por el empleo del *fracking*, teniendo en cuenta las recomendaciones formuladas en la materia por la UE. Precisamente la atención prestada en este asunto a los distintos documentos aprobados hasta ahora por la Unión en relación con la utilización del *fracking* constituye el objetivo principal del presente comentario.

7. El *fracking* es una técnica industrial que consiste en la inyección a muy alta presión de una elevadísima cantidad de agua mezclada con arena y aditivos químicos en las fracturas ya existentes en el subsuelo donde se encuentra el gas. De este modo se dota a la roca madre de una gran permeabilidad, consiguiéndose así que la roca se rompa y se facilite la extracción del gas a través de una serie de pozos ubicados en la superficie [para una detallada explicación de estas cuestiones, véanse: BAREA, J., «Perspectiva ambiental y futuro del “fracking” en España», *Economía Exterior*, núm. 68, 2014, pp. 117-118; MOREU CARBONELL, E., «Marco jurídico de la extracción de hidrocarburos mediante fractura hidráulica (*fracking*)», *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. III, núm. 2, 2012, pp. 3-5; NICOLETOPOULOS, V., «Fracking in Europe: the potential and the pitfalls», *Industrial Minerals*, noviembre 2012, pp. 52-58]. A pesar de que esta técnica industrial ha sido utilizada en la extracción de hidrocarburos convencionales desde hace casi un siglo en Estados Unidos y desde hace varias décadas también en distintos países europeos, no ha sido hasta bien entrado el siglo XXI cuando ha comenzado a ser empleada, igualmente, en relación con la extracción de los hidrocarburos no convencionales. Se trata de una técnica bastante controvertida, que ha generado, hasta ahora, un importante debate técnico y social en muchos

Estados de Europa, y ha levantado interrogantes desde el punto de vista de la salud y desde la perspectiva de la protección medioambiental (véase al respecto MCDERMOTT-LEVY, R.; KAKTINS, N., y SATTTLER, B., «Fracking, the Environment, and Health. New energy practices may threaten public health», *Environments & Health*, vol. 113, núm. 6, 2013, pp. 45-51) puesto que, entre otros, se considera que los acuíferos subterráneos no pueden ser descontaminados una vez afectados. En relación con ello, hay que mencionar que en el Informe preparado para la Comisión Europea (DG Medio Ambiente), publicado el 10 de agosto de 2012 —«Contribución a la identificación de posibles riesgos ambientales y para la salud humana derivados de las operaciones de extracción de hidrocarburos mediante fractura hidráulica en Europa. Resumen ejecutivo» (AEA/R/ED57281)—, han sido identificadas hasta diez cuestiones relacionadas con el *fracking* que pueden llegar a presentar un riesgo tanto para las personas como para el medio ambiente, algunas de las cuales tienen carácter transfronterizo y todavía no se conocen o entienden perfectamente, a saber: la contaminación de las aguas subterráneas, la contaminación de las aguas superficiales, los recursos hídricos, las emisiones en la atmósfera, la ocupación del suelo, los riesgos para la biodiversidad, los impactos acústicos, el impacto visual, la sismicidad, y el tráfico.

8. Frente a estos supuestos riesgos medioambientales y para la salud se encuentran las razones económicas que se estima que se obtendrían al sustituirse el carbón y el petróleo por el gas, y que podrían contribuir a reducir la dependencia energética tan importante de algunos países (como es el caso de España, por ejemplo), se crearía empleo, y se lucharía contra el cambio climático (véase BAREA, J., *op. cit.*, p. 117). Razones muy cuestionables por algunos que consideran que «el *fracking* es una pésima alternativa energética desde todos los puntos de vista» (CLEMENTE GIMENO, T., y COTARELO ÁLVAREZ, P., «La ruina de la fractura hidráulica», *Ecologista*, núm. 77, 2013, pp. 29-31).

9. En los últimos años, los pro y los contra del *fracking* han sido objeto de intensos debates en varios Estados miembros de la UE y a nivel internacional en general, alimentados por los supuestos riesgos que esta técnica de fracturación hidráulica implica para la salud humana y para el medio ambiente. En algunos Estados —como es el caso de Bulgaria y Francia— incluso se ha impuesto una moratoria a la extracción del gas de esquisto (para un estudio detallado de la prohibición legal del *fracking* en Francia nos remitimos a MOREO CARBONELL, E., *op. cit.*, pp. 16-25), mientras que en otros Estados —como en Alemania, la República Checa y Rumanía, entre otros— se está barajando la posibilidad de adoptar una prohibición de estas características (para una presentación de conjunto de estas cuestiones en distintos países, véase NICOLETOPOULOS, V., *op. cit.*, pp. 53-57).

10. A las ventajas y a los inconvenientes de la fracturación hidráulica en la extracción de gas de esquisto se han referido, también, distintos documentos publicados por la UE a partir del año 2011. En todos estos textos se subraya que la competencia para decidir sobre la utilización o no de esta técnica de extracción del gas pertenece a los Estados miembros, teniendo debidamente en cuenta la necesidad de preservar y mejorar el medio ambiente (tal y como se estipula en el art. 194 TFUE), y, al mismo tiempo, se pone de manifiesto el importante desconocimiento que existe en la actualidad acerca de todas las implicaciones del *fracking*. Además del Informe de la Comisión Europea del año 2011 antes mencionado, hay que indicar, igualmente, sendas Resoluciones del PE adoptadas el 21 de noviembre de 2012 —la primera, sobre las repercusiones medioambientales de la extracción de gas y petróleo de esquisto [2011/2308(INI)], y la segunda, sobre aspectos industriales, energéticos y otros del

gas y del petróleo de esquisto [2011/2309(INI)]— en las que, entre otras cuestiones, se le pide a la Comisión Europea que refuerce el marco jurídico relativo a las empresas transnacionales petroleras y de gas. A nuestro entender, una de las grandes preocupaciones acerca de la actividad de estas empresas está íntimamente relacionada con el problema de la responsabilidad en caso de accidentes pues el principio de quien contamina paga —que es uno de los principios básicos que inspiran la política medioambiental de la UE (véase el art. 191.2 TFUE)— no sería de fácil aplicación si apareciera un problema de seguridad [consúltense: 2011/2308(INI), *op. cit.*, puntos 66-67; 2011/2309(INI), *op. cit.*, puntos 7-47]. Como bien señala el PE, el principio de quien contamina paga «debe aplicarse sistemáticamente a la explotación del gas y del petróleo de esquisto, en particular en los que se refiere al tratamiento de aguas residuales» [2011/2309(INI), *op. cit.*, punto 47].

11. De la lectura de estos documentos publicados por la UE en 2011 y 2012 se extrae la ausencia de una directiva marco que regule las actividades mineras, y, al mismo tiempo, se constata la existencia de una serie de lagunas en la normativa de la Unión relativa al *fracking*. Lo que impide el que se aborden suficientemente bien los riesgos medioambientales y para la salud humana ocasionados por esta técnica de extracción. Esta situación pone de manifiesto, tal y como apunta la Comisión Europea en el documento «Repercusiones de la extracción de gas y petróleo de esquisto en el medio ambiente y la salud humana» publicado por su Dirección General de Políticas Interiores, la necesidad de que la Directiva 2000/60/CE (DO L 327, de 22 de diciembre de 2000, p. 1) —es decir, la Directiva marco sobre el agua— sea revisada y también que se deba prestar atención a las actividades de fracturación hidráulica y a sus posibles consecuencias para las aguas de superficie. Con la Directiva 2000/60/CE se relaciona, igualmente, al principio de precaución que, como es bien conocido, es considerado uno de los principios básicos que se han de tener en cuenta tanto en relación con la protección de la salud prevista en el art. 43.2 CE como respecto de la preservación del medio ambiente. Pues bien, tanto el Parlamento de Cantabria como el abogado del Estado que intervino en este asunto se refirieron en sus respectivas alegaciones al principio de precaución, pero el TC no se pronunció sobre el mismo al considerar que esta controversia afectaba exclusivamente al ámbito material de la energía. Por lo que tampoco entraba a valorar los problemas planteados referidos a la protección de la salud y del medio ambiente

12. Estas cuestiones han vuelto a ser reiteradas en los documentos publicados más recientemente por la UE, y a los cuales se refiere la Comisión Europea en dos de sus documentos publicados el 22 de enero de 2014, a saber: la Comunicación sobre la exploración y producción de hidrocarburos (como el gas de esquisto) utilizando la fracturación hidráulica de alto volumen en la UE [COM(2014) 23 final], y la Recomendación 2014/70/UE relativa a unos principios mínimos para la exploración y producción de hidrocarburos (como el gas de esquisto) utilizando la fracturación hidráulica de alto volumen (DO L 39, de 8 de febrero de 2014, p. 72).

13. Por lo que se refiere a la aproximación jurídica sobre la protección medioambiental y de la salud humana realizada en esta sentencia, hay que mencionar que en una posición diferente se sitúan los tres magistrados del TC que han formulado un Voto Particular respecto de la fundamentación del fallo de esta sentencia pues consideran que «el enfoque del conflicto y su tratamiento por parte de la sentencia debieron ser diferentes». Este posicionamiento se debe fundamentalmente a una estimación diferente de los riesgos que el *fracking* podría suponer para la salud humana. En opinión de estos tres magistrados, el principio de precaución no aparece conectado con

dos de los principios mínimos previstos por la Recomendación 2014/70/UE (véanse los puntos 3.1 y 3.2) que deberían aplicarse como base común para el *fracking*, a saber: por una parte, que con carácter previo a la concesión de una autorización para una exploración y/o producción de hidrocarburos en la que se podría utilizar la fracturación hidráulica, los Estados miembros deban «preparar una evaluación ambiental estratégica para prevenir, gestionar y reducir los impactos y los riesgos para la salud humana y el medio ambiente» teniendo en cuenta las exigencias de la Directiva 2001/42/CE relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente (DO L 197, de 21 de julio de 2001, p. 30); y, por otra parte, que los Estados miembros deban establecer normas claras sobre aspectos muy diferentes, como, por ejemplo, posibles restricciones de actividad en zonas protegidas o expuestas a inundaciones o a seísmos, fijar unas distancias mínimas entre las operaciones autorizadas y las zonas residenciales y las zonas de protección de las aguas, o determinar algunas limitaciones respecto de la profundidad entre la superficie que se fracturará y las aguas subterráneas (véase el punto 1.º del Voto Particular a la STC 106/2014).

14. Asimismo, los tres magistrados discrepan de los demás miembros del Pleno en relación con la fundamentación jurídica de esta sentencia por lo que se refiere a la relevancia constitucional de los intereses vinculados a la protección de la salud humana y a la preservación del medio ambiente. En opinión de los mismos, la relevancia constitucional de estas cuestiones «es sustancialmente diferente». En este sentido, se remiten a la jurisprudencia consolidada del TC en la materia (véanse, entre otras, SSTC 35/1996, FJ 3.º; 119/2001, FJ 6.º; 160/2007, FJ 2.º; 150/2011, FJ 6.º) en la que este Tribunal reiteró que «los intereses generales y públicos vinculados a la promoción y garantía del derecho a la salud están asociados a la defensa de bienes constitucionales particularmente sensibles, conectados en determinados supuestos con el derecho a la integridad física y moral del art. 15 CE» (véase el punto 4.º del Voto Particular a la STC 106/2014).

15. A efectos de nuestro comentario, también nos parece merecedor de una mención el punto 1.1 de la Recomendación 2014/70/UE en el que se señala que la finalidad de este acto jurídico será la de «apoyar a los Estados miembros que deseen realizar actividades de exploración y producción de hidrocarburos mediante la fracturación hidráulica de alto volumen, garantizando al mismo tiempo la preservación de la salud pública, el clima y el medio ambiente, el uso eficiente de los recursos y la información del público». Es decir, la Unión afirma una vez más que el *fracking* no está prohibido en tanto que técnica de explotación del gas no convencional, que sus Estados miembros tienen competencia en el ámbito minero, y, asimismo, que deberán tenerse en cuenta las preocupaciones referidas a la salud pública, al clima y al medioambiente. En esta misma línea se había posicionado, también, el Comisario Potocnik que contestó en el nombre de la Comisión Europea, el 24 de junio de 2013, a una pregunta con solicitud de respuesta escrita que había sido formulada por un grupo de diez europarlamentarios en relación con la problemática del *fracking* en España y la Directiva marco del agua. Así, este comisario afirmó que era «responsabilidad de los Estados miembros garantizar a través de las evaluaciones, los regímenes de autorización y las actividades de seguimiento adecuados, que cualquier exploración o explotación de fuentes de energía, incluidas las que utilicen la fracturación hidráulica, cumple los requisitos del marco jurídico vigente en la UE» (DO C 80 E, de 19 de marzo de 2014, pp. 301-302).

16. Pero cabe recordar que una recomendación es un acto típico de Derecho de la UE que, según el art. 292 TFUE, puede ser adoptada bien por el Consejo o bien por la Comisión o el BCE. Se trata de un acto que carece de efecto jurídicamente vincu-

lante, es una norma de *soft law*, que solamente trata de indicar una conducta a seguir o a cambiar.

17. En definitiva, en la actualidad no existe ninguna norma constringente ni del Derecho español ni del Derecho de la UE que prohíba la utilización del *fracking* en tanto que técnica de investigación y de extracción del gas de esquisto o no convencional. Lo que ampara, consideramos, el posicionamiento del TC en este asunto de estimar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de España en contra de la Ley de Cantabria 1/2013 que prohibía la técnica de fracturación hidráulica en el territorio de la CA de Cantabria, y, por tanto, de declarar la nulidad de esta Ley.

Gabriela A. OANTA
Universidade da Coruña

3.6. Revocación del estatuto de refugiado por motivos de seguridad nacional

ESTATUTO DE REFUGIADO.—Revocación del estatuto de refugiado.—Seguridad nacional.

Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2014 (Sala de lo Contencioso, Sección 3.ª ROJ STS 2021/2014). Ponente: José Manuel Bandrés Sánchez Cruzat.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id. Cendoj) 28079130032014100134.

1. La regulación de la figura del asilo en la Unión Europea ha sufrido una profunda transformación en las últimas décadas, consecuencia de la progresiva profundización a la que ha estado sometida esta política comunitaria. Desde el Tratado de Lisboa se persigue dotar a la Unión de un sistema común de asilo, lo que ha originado la adopción de nuevas normativas comunes. En virtud de esta nueva reglamentación, el sistema común de asilo de la Unión se caracteriza por la remisión a un concepto genérico, protección internacional, que se concreta en dos figuras: el estatuto de refugiado y el de protección subsidiaria. Actualmente la Directiva 2011/95 constituye el marco básico desde el punto de vista del reconocimiento y contenido de la protección internacional en la UE en sus dos componentes, régimen jurídico que se completa con un nuevo «Reglamento Dublín» (Reglamento 604/2013 por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable de una solicitud de protección internacional) y dos Directivas cuyo plazo de transposición finaliza en julio de 2015: la Directiva 2013/32 sobre procedimientos comunes para la concesión o retirada de la protección internacional y la Directiva 2013/33 por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (ambas publicadas en *DO* L 180, de 29 de junio de 2013). En el plano normativo interno, es destacable que el asilo y la protección subsidiaria se regulen en España en una Ley del año 2009 (Ley 12/2009, *BOE* núm. 263, de 31 de octubre de 2009, modificada por Ley 2/2014 de acción y del servicio exterior del Estado) que no ha encontrado aún desarrollo reglamentario. Desde el punto de vista de la concesión del estatuto de refugiado, conviene no perder de vista que se trata de una materia cuyo contenido en gran parte viene predeterminado por la existencia de un acuerdo internacional que vincula a todos los Estados miembros de la Unión Europea: la Convención de Ginebra sobre el estatuto de los refugiados. Un acuerdo que, como ha señalado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, «constituye la piedra angular del régimen jurídico internacional de protección de los refugiados» (Sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de marzo de 2010, *Salahadin Abdulla y otros*, C-175/08, C-176/08, C-178/08 y C-179/08).

2. Lo que viene ocurriendo desde hace tiempo es que la normativa adoptada en la Unión Europea plantea ciertos interrogantes acerca de su compatibilidad con la Convención de Ginebra desde el punto de vista de la regulación de la revocación del estatuto de refugiado. Se trata de un término, revocación, que en el Convenio de Ginebra se reconduce al de cesación de aplicación de la Convención y cuyo contenido es mucho más estricto que el previsto en el Derecho de la Unión Europea. No obstante, adicionalmente, el art. 1 F recoge una serie de situaciones que generan la exclusión de la aplicación del Convenio de Ginebra, mientras que los arts. 32 y 33 se refieren a la expulsión del refugiado o a la pérdida de los beneficios derivados del principio de *non-refoulement*. En estos dos últimos artículos se incluyen los casos en los cuales una persona, fundadamente, puede ser considerada «un peligro para la seguridad del país donde se encuentra» (art. 33), previendo la posibilidad de expulsión «por razones de seguridad nacional o de orden público» (art. 32). Sin embargo, la Directiva 2011/95 a diferencia del Convenio de Ginebra, recoge un mayor número de causas de revocación del estatuto de refugiado, no tanto porque el legislador comunitario haya «inventado» nuevas causas no previstas en la Convención, cuanto por la interpretación que se ha realizado del Convenio de Ginebra, que ha llevado a considerar como causas de revocación las que allí se recogen como causas de inaplicación de la convención (art. 1 F), o de expulsión del refugiado o de pérdida del beneficio del principio de *non-refoulement* (arts. 32 y 33 de la Convención). En concreto, ciñéndome al caso que motiva la redacción de estas líneas, conforme al art. 14.4 de ambas Directivas, la revocación del estatuto de refugiado puede producirse también porque «existan motivos razonables para considerar que dicha persona constituye un peligro para la seguridad del Estado miembro en el que se encuentra» o porque «habiendo sido condenado por sentencia firme por un delito de especial gravedad, constituye un peligro para la comunidad de dicho Estado». La Ley española reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria regula la revocación en términos similares en el art. 44.

3. Ante este marco normativo, la pregunta que surge es si pueden considerarse como causas de revocación del estatuto de refugiado las circunstancias recogidas en el art. 1 F y en los arts. 32 y 33 de la Convención de Ginebra y, en consecuencia, si el Derecho de la Unión Europea respeta la citada Convención. ACNUR ha criticado reiteradamente la asimilación que realiza la normativa comunitaria, y la española, entre causas de exclusión, expulsión y de pérdida de los beneficios del *principio de non-refoulement*, y la revocación del estatuto de refugiado, y ha señalado que «*article 33(2) was not, however, conceived as a ground for terminating refugee status. Assimilating the exceptions to the non-refoulement principle permitted under Article 33(2) to the exclusion clauses of Article 1 F would therefore be incompatible with the 1951 Convention. Moreover, it may lead to a wrong interpretation of both Convention provisions*» (*UNHCR Annotated Comments on the EC Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on Minimum Standards for the Qualification and Status of Third Country Nationals or Stateless Persons as Refugees or as Persons Who Otherwise Need International Protection and the Content of the Protection Granted*, p. 30, OJ L 304/12 of 30.9.2004).

De esta forma, siguiendo la posición de ACNUR, si no se puede considerar como causa de revocación, un refugiado puede ser expulsado por razones de seguridad nacional sin que ello suponga una pérdida de su estatuto, del que podría beneficiarse en un Estado distinto, siempre que sea un Estado parte en el Convenio de Ginebra (en relación con la Ley española, véase ACNUR, *Comentarios al Proyecto de Ley Reguladora del Derecho de Asilo y de la Protección Subsidiaria*).

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha tenido la ocasión de pronunciarse acerca de las relaciones entre la Convención de Ginebra y los contenidos materiales de la Directiva referida señalando que «las disposiciones de la Directiva relativas a los requisitos para la concesión del estatuto de refugiado y al contenido de éste fueron adoptadas para guiar a las autoridades competentes de los Estados miembros en la aplicación de la citada Convención, sobre la base de conceptos y criterios comunes» (FJ 37)... «Así pues, la interpretación de las disposiciones de la Directiva debe efectuarse a la luz de la estructura general y de la finalidad de la misma, con observancia de la Convención de Ginebra y otros tratados pertinentes mencionados en el art. 63 CE, párr. 1.º, núm. 1» (FJ 53) (Sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de marzo de 2010, *Salahadin Abdulla y otros*, C-175/08, C-176/08, C-178/08 y C-179/08).

4. El problema interpretativo reseñado ha tenido un especial predicamento en un asunto sustanciado ante los Tribunales españoles y que ha tenido como protagonista a «Máximo». Se trata de un ciudadano nacional de Pakistán, cristiano converso desde 2004, que obtuvo el estatuto de refugiado en España el 18 de diciembre de 2006. En 2012 realizó una serie de actos y declaraciones contra el Islam (incluida la publicación de un video en *you-tube*) que causaron alarma en nuestro país, al temer nuestras autoridades la toma de represalias contra los intereses españoles en el exterior ante las «actuaciones desestabilizadoras» protagonizadas por Máximo. Al existir un «riesgo real para los intereses de España» se procedió a la revocación del estatuto de refugiado el 21 de diciembre de 2012. Desde entonces hemos asistido al desarrollo de un procedimiento judicial sustanciado, en primer término, ante la Audiencia Nacional (véase la nota jurisprudencial publicada en el núm. 2014-1 de esta revista, p. 226, en la que se daba noticia de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 3 de octubre de 2013, desestimatoria de recurso contra la decisión de revocación del estatuto de refugiado) y, más tarde, ante el Tribunal Supremo, cuya Sentencia de 30 de mayo de 2014, en este caso desestimatoria del recurso de casación presentado contra la sentencia de la Audiencia Nacional, motiva la redacción de estas líneas.

5. En esta sentencia el Tribunal Supremo ha confirmado la legalidad de la privación del estatuto de refugiado de Máximo por constituir un peligro para la seguridad de España, en aplicación del contenido normativo derivado de la legislación española de transposición de la normativa comunitaria. No se ha producido, a juicio del TS, una violación del art. 44 de la Ley española de asilo y protección subsidiaria, como alegaba el recurrente [para el TS tampoco se ha producido una vulneración de los arts. 20 de la Constitución y 10 CEDH (libertad de expresión), del art. 24 de la Constitución (tutela judicial efectiva), ni del art. 39 del mismo texto]. Para el TS, y la Audiencia Nacional, «existen razones fundadas para estimar que la persona beneficiaria del derecho de asilo constituye un amenaza real y grave para la seguridad de España, por cuanto su comportamiento que incita al odio interreligioso revela una peligrosidad que resulta incompatible con la seguridad y confianza que debe proporcionar un Estado democrático a sus ciudadanos» (FD 7.º). Por tanto, el TS sigue el camino que le marcan el tenor literal de la normativa española y de la Directiva comunitaria y soslaya él mismo el problema interpretativo suscitado acerca de su compatibilidad con la Convención de Ginebra afirmando que debe producirse una interpretación unitaria de todos los artículos de la Convención de Ginebra relacionados con la expulsión, la pérdida de los beneficios del principio de *non-refoulement*, de las cláusulas de inaplicación de la convención y de las relativas a la cesación de su aplicación, procediendo a «una interpretación sistemática de las mencionadas disposiciones», lo que «autoriza a asimilar e integrar los supuestos de exclusión de la aplicación de la Convención de Ginebra con los supuestos de privación o revocación del estatuto de refugiado cuando

concurran razones fundadas que revelen que el beneficiario del derecho de asilo constituye un peligro real y suficientemente grave para la seguridad nacional». Recogiendo lo afirmado en su momento por la AN, el TS también subraya que «cabe la revocación del estatuto de refugiado, y por ende, en su caso, la expulsión de un refugiado, cuando existan motivos fundados para considerar que ha cometido actos contrarios a las finalidades y principios de las Naciones Unidas, y, específicamente, cuando represente un peligro real y grave para la seguridad nacional del país donde se encuentre». Ciertamente que con independencia de otras cuestiones, la redacción de la sentencia induce a pensar que nuestros tribunales incurrir en un error al identificar la seguridad nacional con las finalidades y principios de las Naciones Unidas. Se entiende su razonamiento pero se podría haber redactado mejor la sentencia.

6. En esta sentencia el Tribunal Supremo nos recuerda pronunciamientos anteriores sobre la misma cuestión dictados en el marco de contenidos normativos diferentes. Así, en su Sentencia de 2 de octubre de 2008 (véanse extractos en *REDI* 2009-2) ya afirmó que «las causas de denegación han de operar, también, como de revocación». En aquel asunto se había producido la revocación del estatuto de refugiado a un ciudadano tunecino acusado de coordinar el entrenamiento de elementos terroristas en campamentos de Al Qaeda. Sin perjuicio de que las conductas realizadas por los protagonistas de cada caso no son comparables, el problema interpretativo que se generó entonces es el mismo que se produce en la sentencia comentada. Y aunque el marco normativo tampoco es coincidente, los resultados de la interpretación realizada por el TS sí lo son. En definitiva, nada nuevo en el horizonte, salvo que la normativa interna aplicable al caso que comento resulta mucho más clara que la presente en asuntos anteriores.

7. Si la confirmación de su jurisprudencia anterior con un marco normativo distinto «es» lo que representa esta sentencia, la lectura del Voto Particular suscrito por dos de los cinco magistrados nos expresa «lo que pudo ser» pero, de momento, no ha sido, ilustrando a la defensa de nuestro protagonista una forma de continuar con el proceso ante nuevas instancias, como el Tribunal Constitucional. Se trata de un Voto Particular casi intachable, bien documentado y razonado que expone las dudas de los magistrados sobre el fallo alcanzado en la medida en que debería de haberse suspendido el procedimiento ante el Tribunal Supremo para plantear varias cuestiones prejudiciales al Tribunal de Luxemburgo con objeto de que fuera este Tribunal el que se pronunciara acerca de la validez de la Directiva a la luz de la Convención de Ginebra (teniendo en cuenta los problemas de interpretación ya expuestos sobre las causas de revocación del estatuto de refugiado) y, en todo caso, con objeto de que fuera el TJ el que interpretara el alcance de la causa de revocación discutida en este caso y, en concreto, el concepto de seguridad nacional previsto en la Directiva, con su posible asimilación a conceptos similares recogidos en otras normas del Derecho de la UE como la Directiva 2004/83. Se trata de una posición que encuentra un aval claro en la jurisprudencia del TJ pues, más allá de la consideración de la Convención de Ginebra como elemento central para la interpretación de la normativa comunitaria en materia de refugiados, que se expresó en la ya citada Sentencia *Abdulla*, el TJ ha dejado claro su papel de intérprete en relación con una situación muy similar a la abordada en esta sentencia al señalar que «cuando las cuestiones planteadas por los órganos jurisdiccionales nacionales se refieren a la interpretación de una disposición de Derecho comunitario, en principio el Tribunal de Justicia debe pronunciarse. En efecto, ni del tenor literal de los arts. 68 CE y 234 CE ni de la finalidad del procedimiento establecido por este último artículo se desprende que los autores del Tratado CE hayan pretendido excluir de la competencia del Tribunal de Justicia las peticiones de decisión prejudicial referentes a una Directiva en el caso concreto en que el Derecho nacional de un Estado miembro se remita al conteni-

do de las disposiciones de un convenio internacional reproducidas por dicha Directiva para determinar las normas aplicables a una situación puramente interna de aquel Estado» y que «existe un interés manifiesto de la Unión en que, con el fin de evitar futuras divergencias de interpretación, las disposiciones tomadas de dicho convenio internacional por el Derecho nacional y el Derecho de la Unión reciban una interpretación uniforme, cualesquiera que sean las condiciones en que tengan que aplicarse».

... «Por lo tanto, la interpretación de las disposiciones de la Directiva debe efectuarse a la luz de la estructura general y de la finalidad de la misma, con observancia de la Convención de Ginebra y otros tratados pertinentes mencionados en el art. 63 CE, párr. 1.º, núm. 1, actualmente art. 78 TFUE, apartado 1. Según se desprende del décimo considerando de la Directiva, esa interpretación debe realizarse con respeto de los derechos fundamentales y observancia de los principios reconocidos, en particular, por la Carta» (Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de noviembre de 2010, *B y D*, C-57/09 Y C-101/09).

8. En definitiva, el Voto Particular, muy distinto en su forma y en el fondo a la sentencia efectivamente pronunciada, expresa el camino correcto ante controversias de estas características, senda que no ha seguido el Tribunal Supremo. Y ciertamente contrasta la rica argumentación empleada por el Tribunal Supremo en el momento de rechazar los motivos alegados en casación, con frecuentes recursos a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con la omisión casi absoluta de referencias a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al menos a las dos sentencias que he recogido en los párrafos precedentes específicamente relacionadas con la Convención de Ginebra sobre el estatuto de los refugiados y la Directiva comunitaria. La presentación de la cuestión prejudicial habría permitido al TJ pronunciarse también acerca de las relaciones entre derechos fundamentales (como la invocada libertad de expresión) y la cláusula de seguridad nacional recogida en la Directiva, o el propio art. 18 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, con objeto de dotarnos de una interpretación uniforme, si bien hay que reconocer que sobre este extremo el TS ha basado su razonamiento no sólo en la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional, sino también en la emanada del Tribunal Europeo de derechos humanos. Se trata de otra lectura de la sentencia que desde mi punto de vista presenta un interés secundario mientras no se despeje la duda principal ya expuesta y en la que ha insistido en el proceso «Máximo», tal vez Imran Firasat.

9. Por último, con objeto de despejar dudas que puedan llevar a despistes a la hora de precisar el régimen jurídico aplicable al caso, como ha ocurrido sobre todo en el Voto Particular, quiero recordar que la revocación del estatuto de refugiado aparece regulada en la Directiva 2011/95, cuyos efectos se solapan en el tiempo con el desarrollo del presente procedimiento judicial, aunque con nulas consecuencias prácticas, porque los artículos que deben ser traídos aquí a colación (arts. 12 y 14) son idénticos a los incluidos en la normativa anterior (la Directiva 2004/83). De hecho, aunque se había previsto un plazo de transposición para la Directiva 2011/95 que terminó el 21 de diciembre de 2013, este plazo no afectaba a los preceptos mencionados, resultando aplicables desde el mismo momento en que se produjo su entrada en vigor, aunque el art. 40 sólo haya previsto la derogación de la Directiva 2004/83 con efectos a partir del 21 de diciembre de 2013. Se trata de un aspecto que, reitero, no tiene trascendencia desde el punto de vista de los contenidos materiales aplicables al caso, pero que ha generado ciertos despistes excusables.

F. Jesús CARRERA HERNÁNDEZ
Universidad de La Rioja

3.7. La Declaración de soberanía y del derecho a decidir del pueblo de Cataluña

TITULARIDAD DE LA SOBERANÍA.—El principio de la unidad de la nación española.—La primacía de la Constitución.—La interpretación conforme de las referencias al «derecho a decidir».

Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) 42/2014, de 25 de marzo de 2014 (BOE de 10 de abril de 2014). Ponente: Adela Asua Batarrita.

1. La sentencia del TC objeto de este comentario resolvió la impugnación de disposiciones autonómicas núm. 1389-2013 promovida por el Gobierno contra la Resolución del Parlamento de Cataluña 5/X, de 23 de enero de 2013, por la que se aprobaba la Declaración de soberanía y del derecho a decidir del pueblo de Cataluña. La sentencia ha sido objeto —de inmediato— de valoraciones políticas a favor y en contra y algunos han querido ver en ella o bien una contundente reafirmación de la unidad de la nación española o bien un reconocimiento del denominado derecho a decidir. A mi juicio, y haciendo abstracción de estas valoraciones, la breve sentencia del TC formulaba —en su doble núcleo central y en términos jurídicoconstitucionales— lo que no era más que una absoluta obviedad, que poca discusión jurídica debería haber comportado. También es cierto que, atendiendo a la composición del Tribunal y a las sensibilidades presentes, su adopción unánime —sin ningún Voto Particular, ni siquiera concurrente— debe ser puesta de relieve y explica también su brevedad y su contenido, con todas sus luces y también sus sombras. En este sentido, entiendo que ha hecho falta que lo que se dice —y ahora comentaré— lo dijera el Alto Tribunal para que algunos pudieran ser conscientes de ello, aunque —hasta la fecha de cerrar este comentario— de ello no se hayan derivado los actos y consecuencias políticas a las que el Tribunal daba de antemano su plenaria bendición constitucional.

2. La Resolución impugnada, adoptada por el pleno del Parlamento de Catalunya, vino políticamente propiciada por el Acuerdo de estabilidad y de Gobierno firmado unas semanas antes entre *Convergència i Unió* y *Esquerra Republicana de Catalunya*, a raíz de la nueva composición del Parlamento autonómico surgido de las elecciones de 25 de noviembre de 2012. En este Acuerdo se preveía, entre otros aspectos, la celebración de una consulta a partir del 31 de diciembre de 2013 y, de manera previa a la convocatoria de la consulta, la adopción por el Parlamento de una declaración de soberanía del pueblo de Cataluña. La Resolución impugnada —aprobada por 85 votos (50 CiU, 21 ERC, 13 ICV-EUiA y 1 CUP), 41 en contra (17 PP, 15 PSC y 9 *Ciutadans*) y 2 abstenciones— se titulaba «Declaración de soberanía y del derecho a decidir del pueblo de Cataluña» y establecía en su primer apartado que «[E]l pueblo de Cataluña tiene, por razones de legitimidad democrática, carácter de sujeto político y jurídico soberano». Este era el primero de los principios contenidos en la Declaración —hasta otros ocho principios— de conformidad con los cuales el Parlamento acordaba «iniciar el proceso para hacer efectivo el ejercicio del derecho a decidir para que los ciudadanos y ciudadanas de Cataluña puedan decidir su futuro político colectivo». Con posterioridad, el mismo Parlamento aprobó la Resolución 17/X, de 17 de marzo de 2013 (en esta ocasión con 104 votos favorables, 27 en contra y 3 abstenciones), sobre la iniciación de un diálogo con el Gobierno del Estado para hacer posible la celebración de una consulta sobre el futuro de Cataluña. Sin adornos ni retóricas, a veces innecesarias, esta Resolución 17/X se limitaba, en un único apartado, a declarar que «[E]l Parlamento de Cataluña insta al Gobierno a iniciar un diálogo con el Gobierno del Estado para hacer posible la celebración de una consulta

a los ciudadanos de Cataluña para decidir sobre su futuro». El propio TC se sintió obligado a solicitar al Parlamento de Cataluña que le hiciera saber si esta segunda resolución «venía a sustituir íntegramente» la anterior Resolución 5/X, obteniendo respuesta en términos negativos de la Mesa del Parlamento de Cataluña. La impugnación de la Resolución 5/X, al amparo de lo dispuesto en los arts. 161.2 CE y 76 y 77 LOTC, implicó su suspensión desde el 8 de marzo de 2013, fecha de interposición de la impugnación (suspensión que fue mantenida por ATC 156/2013, de 11 de julio). En el trámite procesal ante el Alto Tribunal también se sustanció la inadmisión a trámite de la recusación del presidente del TC formulada por el Parlamento de Cataluña (ATC 180/2013, de 17 de septiembre).

3. Desde una perspectiva iusinternacionalista hubiera sido deseable que el TC hubiera ido más allá y hubiera aprovechado su sentencia para formular otras consideraciones, por ejemplo, sobre el mismo concepto de soberanía en un mundo como el actual, sobre la legalidad internacional y la secesión de una parte del territorio de un Estado, sobre la dimensión interna del principio de la libre determinación o sobre el principio democrático y la democracia, que hubieran podido ofrecer mayores elementos de análisis jurídico con implicaciones y desarrollos desde el Derecho internacional. Aunque el TC cite expresamente —lo que, de otra parte, es algo que resulta absolutamente inhabitual en la jurisprudencia constitucional— el pronunciamiento del Tribunal Supremo canadiense en el conocido asunto de Quebec [dictamen de 20 de agosto de 1998, *Reference Re Secession of Quebec* (1998), 161 D.L.R. (4th) 385, disponible en <http://scc.lexum.org/decisia-scc-csc/scc-csc/scc-csc/en/item/1643/index.do>], la sentencia que nos ocupa no tiene el importante carácter inspirador y orientador para operadores jurídicos nacionales e internacionales que sigue teniendo, también desde una perspectiva iusinternacionalista, el citado pronunciamiento canadiense. Es cierto que resultaba difícil pedirle al TC que fuera mucho más allá de lo que fue, atendiendo además —como ya he dicho— a las sensibilidades jurídicas presentes y al alto calado político del asunto sometido a su jurisdicción. Aun sin este valor añadido, el análisis de la sentencia permite poner de relieve lo que son, a mi juicio, las tres dimensiones centrales de la misma: de un lado, la premisa previa de si la Resolución impugnada era o no de naturaleza jurídica y podía o no podía ser, por tanto, admitida a trámite y sustanciada la impugnación; en segundo lugar, la cuestión central de la inconstitucionalidad del primer principio de la Declaración respecto a la consideración de Cataluña como «sujeto político y jurídico soberano»; y, en tercer lugar, la importante interpretación conforme a la Constitución que se realiza del resto de principios contenidos en la resolución del Parlamento de Cataluña referidos al «derecho a decidir de los ciudadanos de Cataluña».

4. Respecto del primer aspecto, es decir, sobre la pertinencia o no de dictar una sentencia sobre una Resolución como la recurrida, adoptada por un parlamento autonómico, debe señalarse de entrada que es, quizás, la parte más discutible y débil de la sentencia. Cabe recordar, además, que el Parlamento de Cataluña en otras numerosas declaraciones anteriores había proclamado la consideración de nación y de soberanía y el derecho imprescriptible a la autodeterminación de Cataluña. Podía, por tanto, considerarse esta Resolución como un acto no normativo, con efectos estrictamente políticos, como las anteriores resoluciones y mociones parlamentarias; sin embargo, el contexto político del momento y la misma posibilidad de que esta Declaración pudiese en algún momento ser considerada como una declaración de soberanía asociada a los primeros pasos de un proceso unilateral de independencia —cuestión que, a tenor de algunos precedentes internacionales, aunque en contextos muy distintos, podía, muy remotamente, tener alguna incidencia— condujo al Gobierno a su impug-

nación ante el TC. El mismo Consejo de Estado se planteaba en su dictamen preceptivo (Dictamen 147/2013, de 28 de febrero de 2013) la cuestión de la impugnación de la Resolución 5/X y, aunque la avaló, las dudas se reflejaron en los votos particulares de dos de sus consejeros (Fernando Ledesma Bartret y Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón). No pueden despreciarse tampoco algunos antecedentes de la misma jurisprudencia constitucional como, fundamentalmente, el Auto del TC 135/2004 por el que se rechazó la impugnación formulada por el Gobierno del Estado a la propuesta de nuevo estatuto político presentada por el Gobierno Vasco ante el Parlamento del País Vasco en el año 2003 considerando que las resoluciones impugnadas no ponían fin al procedimiento parlamentario y que la vía del art. 161.2 CE sólo era posible en relación con aquellos actos capaces de producir «efectos jurídicos *ad extra* concretos y reales» (FFJJ 4.º, 7.º y 8.º del ATC 135/2004).

5. Intentando alejarse de este precedente para justificar la impugnación, el abogado del Estado consideraba que la Declaración adoptada mediante la Resolución 5/X del Parlamento de Cataluña ponía fin a un procedimiento parlamentario y que, más allá de impulsar la acción política y de Gobierno, desplegaba efectos jurídicos *ad extra* concretos, sosteniendo, además, la eficacia *ad extra* de constituir un «elemento interpretativo cualificado» de la actividad normativa de la Generalitat de Cataluña. Por su parte, los letrados del Parlamento de Cataluña consideraban que la Resolución aprobada no era más que un instrumento propio de la función de impulso de la acción política y de Gobierno y que «en consecuencia, se sitúa dentro de esta específica función parlamentaria», totalmente diferente de la función legislativa, que es la que tiene capacidad de crear derecho y producir efectos jurídicos. Para los letrados autonómicos la resolución impugnada «expresa una voluntad política amparada por el principio democrático» y no podía considerarse una «declaración de soberanía con efectividad real y concreta en el plano jurídico que produce una ruptura del marco constitucional». En definitiva, la discusión entre las partes versaba sobre si la Resolución impugnada constituía una «resolución» en el sentido del art. 161.2 CE y de los correspondientes arts. 76 y 77 LOTC, lo que afirmaba el abogado del Estado y negaba la representación del Parlamento de Cataluña.

6. Frente a tan contradictorias tesis, la posición del TC se limitó a afirmar de una manera, insisto, poco desarrollada, contradictoria y hartamente confusa, que la Resolución impugnada era «un acto político, adoptado por un poder público» pero «con naturaleza jurídica» (FJ 2.º). A esta primera confusa afirmación, y en relación con la necesidad de que el acto impugnado tuviera, siquiera indiciariamente, la capacidad para producir efectos jurídicos, el TC añadió que «lo jurídico no se agota en lo vinculante» y que el principio primero de la Resolución impugnada era «susceptible de producir efectos jurídicos»; aunque no por ello pudo identificar el Alto Tribunal cuales serían estos «efectos jurídicos *ad extra* concretos y reales» que él mismo había considerado exigibles, pues descartaba las consideraciones del abogado del Estado sobre los efectos jurídicos *ad extra* dirigidos a los ciudadanos o dirigidos al Gobierno de la Generalitat. El TC formuló esta confusa aproximación sobre la base de considerar que se reclamaba el cumplimiento de unas actuaciones concretas y este cumplimiento era susceptible del posterior control parlamentario pero, sobre todo, sobre la consideración de que el citado principio primero de la Declaración podía entenderse como el reconocimiento de atribuciones inherentes a la soberanía superiores a las que se derivan de la autonomía reconocida por la CE. Por estas razones, el TC consideraba que «sin perjuicio de su marcado carácter político, la Resolución 5/X tiene carácter jurídico y, además, produce efectos de esta naturaleza» (FJ 2.º). La formulación ofrecida por el TC es, a mi entender, demasiado alambicada y endeble y acaba por considerar —distanciando-

se así de lo establecido en el ATC 135/2004— que los efectos jurídicos de la Resolución en cuestión no se deducen de su precisa naturaleza jurídica, porque la considera más bien un acto político, sino que —invirtiendo el proceso lógico— se desprenden de su contenido, que es el que, en parte, será declarado inconstitucional.

7. Admitida la impugnación, el TC formulaba un primer enjuiciamiento del principio primero de la Declaración en el que, en sustancia, estimó que la «identificación de un sujeto dotado de la condición de sujeto soberano» resultaba contraria a las previsiones de los arts. 1.2 y 2 CE. En nuestro ordenamiento constitucional sólo el pueblo español es soberano, y lo es de manera exclusiva e indivisible, por lo que ningún poder público puede atribuir la cualidad de soberano a ningún otro sujeto u órgano del Estado o a ninguna fracción de ese pueblo. Hacerlo resultaba incompatible con la CE pues supondría, como indicaba el TC, «conferir al sujeto parcial del que se predica dicha cualidad el poder de quebrar, por su sola voluntad, lo que la Constitución declara». De este planteamiento y citando aquí al Tribunal Supremo canadiense, el TC infería claramente que en el marco de la CE una Comunidad Autónoma «no puede unilateralmente convocar un referéndum de autodeterminación para decidir sobre su integración en España» (FJ 3.º). El planteamiento resultaba absolutamente meridiano y es, además, plenamente conforme con lo dispuesto en el mismo art. 1 del Estatuto de autonomía de Cataluña que establece que «Cataluña, como nacionalidad, ejerce su autogobierno constituida en Comunidad Autónoma de acuerdo con la Constitución y con el presente Estatuto, que es su norma institucional básica». La CE es decididamente clara en este sentido y, una vez admitida a trámite la impugnación, resultaba difícil que el TC hubiera podido ofrecer una interpretación conforme de este primer principio por la vía de considerar que se trataba de una formulación meramente política, perfectamente posible en estos términos dentro de la Constitución —como ahora desarrollaré—, pero que si de ella se pretendieran extraer consecuencias jurídicas, éstas, de admitirse, serían manifiestamente inconstitucionales.

8. El segundo enjuiciamiento del TC se centró en el resto de los principios contenidos en la Resolución y, más exactamente, en todas las referencias que se hacen al «derecho a decidir de los ciudadanos de Cataluña». En este segundo enfoque lo que señalaba el TC es también, a mi entender, una obviedad jurídica en un sistema democrático como el nuestro, pero resultaba altamente relevante que lo dijera quién lo dijo y cómo lo dijo, a lo que sin duda debió contribuir la voluntad de alcanzar un acuerdo unánime entre todos los magistrados del TC. En efecto, el TC —aplicando el principio de conservación y la presunción *iuris tantum* de legitimidad constitucional de los actos que emanan de poderes legítimos— consideraba que el resto de principios contenidos en la Resolución, más allá del primero relativo a la soberanía, tenían la función de inspirar el proceso que se iniciaba para hacer posible el ejercicio del «derecho a decidir» y que de su contenido no quedaba excluido «seguir los cauces constitucionalmente establecidos para traducir la voluntad política expresada en la resolución en una realidad jurídica». En este sentido, el TC consideraba estos principios adecuados a la Constitución ya que daban cauce «a la interpretación de que el “derecho a decidir de los ciudadanos de Cataluña” no aparece proclamado como una manifestación de un derecho a la autodeterminación no reconocido en la Constitución, o como una atribución de soberanía no reconocida en ella, sino como una aspiración política a la que sólo puede llegarse mediante un proceso ajustado a la legalidad constitucional con respeto a los principios de “legitimidad democrática”, “pluralismo”, y “legalidad”, expresamente proclamados en la Declaración en estrecha relación con el “derecho a decidir”» (FJ 3.º). Para el TC, de un lado, el principio democrático constituye un valor

superior de nuestro ordenamiento jurídico; de otro lado, el pluralismo —o el principio del diálogo recogido en la Resolución— implica que son los poderes públicos y especialmente los poderes territoriales los que están llamados a resolver, mediante el diálogo y la cooperación, los problemas que se desenvuelvan en este ámbito; y, finalmente, el principio de legalidad supone que toda decisión del poder ha de quedar, sin excepción, sujeta a la Constitución, sin que existan espacios libres de Constitución o ámbitos de inmunidad frente a ella, lo que también constituye la garantía del principio democrático. Este enfoque lo explicaba el TC desde la perspectiva de que en nuestro ordenamiento constitucional no tiene cabida un modelo de «democracia militante» y que en él tienen cabida cuantas ideas quieran defenderse, no existiendo un núcleo normativo inaccesible a los procedimientos de reforma constitucional. Es decir, el TC reiteraba que en una sociedad democrática como la nuestra todas las posiciones políticas son posibles y pueden ser defendidas, siempre que su defensa no se lleve a cabo mediante «una actividad que vulnere los principios democráticos, los derechos fundamentales o el resto de los mandatos constitucionales, y el intento de su consecución efectiva se realice en el marco de los procedimientos de reforma de la Constitución, pues el respeto a esos procedimientos es, siempre y en todo caso, inexcusable» (FJ 4.º).

9. En definitiva, y aunque algunos se sorprendieran, lo cierto es que la sentencia objeto de este comentario no formulaba más que una doble obviedad: de un lado, que la Constitución hoy por hoy dispone lo que dispone y establece tanto que «la soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado» como la «indisoluble unidad de la Nación española»; pero, de otro lado, que con arreglo a la Constitución todo es posible en términos democráticos, incluso la misma modificación de cualquiera de sus disposiciones —ya que no existe ningún núcleo inaccesible— siguiendo, eso sí, los cauces constitucionales para su reforma. En consecuencia, sobre el principio democrático se pueden hacer gravitar todo tipo de pretensiones políticas de carácter pacífico y democrático —la celebración de una consulta sobre el futuro político de Cataluña o, incluso, la misma independencia de Cataluña—, pero el principio democrático sólo resulta operativo en el marco de un estado de Derecho, ajustándose, por tanto, a los marcos legales establecidos y modificándolos o adoptando nuevas normas jurídicas mediante los procedimientos legales existentes para la modificación y desarrollo del ordenamiento jurídico. Ese es también, a mi juicio, el planteamiento que cabe derivar de los más recientes desarrollos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de la emergencia, como valores universales, de la democracia y el estado de Derecho. Quizás, como digo, el TC podía haber hecho mucho más y aportar mayores consideraciones y desarrollos desde una perspectiva de Derecho internacional y haber convertido su sentencia en algo tan avalado y reconocido internacionalmente como el pronunciamiento del Tribunal Supremo canadiense. Pero aunque no haya ido más allá, lo cierto es que su posición daba plena cabida a cualesquiera acuerdos políticos en el marco constitucional que pudieran resultar adecuados para resolver la crisis político-territorial que ha generado el proceso soberanista en Cataluña. Como Dios y el César, el Tribunal Constitucional ha ejercido su función y corresponde a los responsables políticos ejercer las suyas.

Xavier PONS RAFOLS
Universitat de Barcelona

3.8. Derechos fundamentales y muestras de ADN

DERECHOS FUNDAMENTALES.—RECURSO DE AMPARO.—Supuesta vulneración de los derechos a la intimidad, protección de datos, proceso con todas las garantías y presunción de inocencia.—Consideración como prueba de cargo el análisis de una muestra de ADN tomada sin autorización judicial.

Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) núm. 13/2014, de 30 de enero de 2014. Ponente: Francisco Pérez de los Cobos.

Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) núm. 14/2014, de 30 de enero de 2014. Ponente: Fernando Valdés Dal-Ré.

Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) núm. 15/2014, de 30 de enero de 2014. Ponente: Fernando Valdés Dal-Ré.

Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) núm. 16/2014, de 30 de enero de 2014. Ponente: Adela Asua Batarrita.

1. El 30 de enero de 2014, el Tribunal Constitucional, mediante las sentencias referidas en el título del presente comentario, desestimó los recursos de amparo presentados por cuatro demandantes. Fueron objeto de impugnación en el proceso de amparo las Sentencias de la Sección 3.^a de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 30 de noviembre de 2005 que condenaron a los recurrentes como autores de dos delitos de asesinato terrorista en grado de tentativa y un delito de daños, así como las Sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 2006 que desestimaron los recursos de casación formulados contra aquéllas.

2. Conforme al relato de las sentencias, los recurrentes, integrantes de un grupo organizado y obedeciendo un plan preestablecido en el marco de las acciones de la llamada lucha callejera o «*kale borroka*», el día 5 de agosto de 2001, tras inutilizar previamente el alumbrado público, lanzaron artificios incendiarios contra una sucursal de una entidad bancaria en Portugalete. Los dos agentes que acudieron al lugar de los hechos en un vehículo camuflado fueron reconocidos por los asaltantes, quienes procedieron a romper los cristales del vehículo y a lanzar en su interior «*cócteles molotov*». Como resultado, los dos agentes que se encontraban en el interior del vehículo incendiado sufrieron graves quemaduras.

3. El caso enjuiciado plantea problemas en torno a la delimitación y a la definición del derecho fundamental a la intimidad y a la presunción de inocencia a causa de determinadas prácticas policiales. Versa esencialmente sobre las garantías que han de ser respetadas en la toma subrepticia de muestras biológicas abandonadas de modo voluntario por quien se halla sometido a investigación por delito y detenido bajo custodia policial. En concreto, en la demanda de amparo se alegaron supuestas vulneraciones del derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE), del derecho a la «autodeterminación informativa» o derecho a la protección de datos (art. 18.4 CE), así como del derecho a la presunción de inocencia y de un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).

4. En el presente comentario se analiza el alcance de cada uno de los derechos alegados conforme a la argumentación del TC que le conduce a desestimar el recurso de amparo. A su vez, se resaltan los razonamientos más destacables emitidos por los Magistrados Adela Asua y Andrés Ollero en sus votos particulares. El análisis de

las sentencias, extremadamente complejo y delicado desde el punto de vista de la construcción de la argumentación jurídica, sólo puede hacerse por la autora de este comentario desde la óptica del art. 10.2 CE, que obliga a buscar el anclaje de toda interpretación relativa al contenido de los derechos fundamentales en los tratados internacionales. Nos remitimos pues al art. 8 del CEDH y a las apreciaciones hechas por la jurisprudencia del TEDH en casos similares.

5. Entrando en la fundamentación jurídica de la sentencia, por lo que se refiere al derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE) y a la autodeterminación informativa (art. 18.3), en la demanda de amparo se aduce que la policía autonómica vasca realizó el análisis del perfil genético de los recurrentes sin la previa autorización judicial ni el consentimiento de los afectados. Conforme a tres de las cuatro sentencias analizadas (SSTC 13/2014, 15/2014 y 16/2014), la prueba consistió en la recogida por un agente de las colillas de cigarrillo arrojadas por los recurrentes cuando se encontraban detenidos por otra causa. De aquella muestra biológica se extrajo el ADN, que se confrontó con los restos genéticos hallados en las prendas usadas durante la actuación delictiva por la que fueron condenados los recurrentes. En la sentencia restante las muestras fueron extraídas de un vaso que el imputado había utilizado en un bar (STC 14/2014).

6. La sentencia de la mayoría sostiene que la actuación policial consistente en practicar el análisis de ADN sobre los demandantes constituye una injerencia en el derecho a la privacidad por los riesgos que tal análisis puede acarrear. Sin embargo, justifica la medida y la injerencia en el derecho a la intimidad que ésta supone situando su argumentación en la eficacia de la persecución penal, lo que le lleva a adecuarla al marco constitucional, y a desechar de este modo la extralimitación en la forma de lograr las pruebas incriminatorias. El TC se remite a la Sentencia *S. y Marper c. Reino Unido* del TEDH (núm. 30566/04, de 4 de diciembre de 2008) en el que ambos demandantes denunciaron que pese a haber concluido los procesos penales incoados contra ellos, y pese a que solicitaron la destrucción de las huellas dactilares y muestras de ADN, las autoridades británicas las hubieran conservado. El Tribunal de Estrasburgo condenó al Reino Unido por unanimidad, bajo el argumento de que la conservación sistemática e indiscriminada por parte de las autoridades públicas de perfiles de ADN de personas no condenadas constituye una injerencia en su vida privada y vulnera el art. 8.1 del CEDH (párrs. 75 y 77).

7. No obstante, la sentencia del TC rescata uno de los argumentos del Tribunal de Estrasburgo conforme al cual hay que distinguir y deslindar entre la propia conservación de datos de ADN y aquellos otros casos en los cuales «la extracción inicial está destinada a vincular a una persona determinada con un delito concreto que se sospecha que ha cometido» (párr. 100). El TEDH censura lo primero, es decir, la conservación indefinida de perfiles de ADN de personas no condenadas por las consecuencias directas que puede tener en su vida privada (párrs. 107, 110 y 119), pero justifica lo segundo, y para ahondar en ello se apoya en el art. 8.2 del CEDH que prevé que: «No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto 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». Este es el razonamiento recogido por nuestro TC.

8. El problema no es tanto la existencia o no de autorización judicial ni la concurrencia de circunstancias excepcionales, sino que el TC eluda la contestación a la queja basada en el art. 18.4 CE sobre la «autodeterminación informativa». El alto

Tribunal apenas entra a explicar el tratamiento que desde el punto de vista de los derechos fundamentales merece el almacenamiento de los datos y la llamada «cadena de custodia». Tampoco clarifica cómo se garantiza que el dato permanezca inalterado, ni si, a partir de esta sentencia, las pruebas de ADN podrían considerarse como un archivo más en el procedimiento probatorio. Se diluyen así los límites del derecho a la intimidad. Son tan sólo los votos particulares de los Magistrados Adela Asua y Andrés Ollero los que reclaman la intervención del legislador a fin de cubrir el vacío legal.

9. Precisamente, coincide que en 2013 el Tribunal Supremo de EEUU abordó un problema similar en el caso *Maryland v. Alonzo*. La diferencia respecto del caso español radica en que el Estado de Maryland contaba con una ley específica en el momento de los hechos, que preveía la facultad por parte de la policía de identificar a personas sospechosas de delitos sin necesidad de autorización judicial. Dado que la actuación policial se hallaba contemplada legalmente, el Tribunal estadounidense consideró que la misma era conforme a la cuarta enmienda de la Constitución americana sobre el derecho a la privacidad. Por el contrario, nuestro TC se vio obligado a buscar cobertura legal donde no la había. Con tal objeto, manifestó que no existe reserva constitucional ni legal a favor del juez para autorizar la prueba de ADN, a lo que añadió que la ley general vigente en el momento de los hechos aceptaba que la policía actuara tal como lo hizo [LO 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, art. 11.1.g) y Ley de Enjuiciamiento Criminal, art. 282].

10. Por otro lado, en la demanda también se alega la infracción del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE bajo la justificación de que la ilicitud de las pruebas, especialmente la ausencia de control judicial y el no haberse respetado por la policía la «cadena de custodia», hace que la condena quede privada de todo valor. Unido a esto, los demandantes aducen la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), dado que el recurso de casación formulado no satisface el derecho a la doble instancia en los términos previstos en el art. 14.5 del PIDCP. Cuestión esta última aún abierta, y que justamente ha sido tratada por nuestra doctrina con relación a las Observaciones Finales hechas por el Comité de Derechos Humanos en el quinto informe presentado por España conforme al art. 40 del PIDCP (entre otros, MARÍN AÍZ, R., *REDI*, vol. LXIV, núm. 1, 2012, pp. 161-164). Sin hacer caso a las Observaciones del Comité, el TC alude a la jurisprudencia anterior (STC 70/2002, de 3 de abril, FJ 3.º) en la que se manifiesta que la función del recurso de casación se asimila a la del derecho a la revisión de la declaración de culpabilidad y la pena.

11. Fue en la STC 199/2013, de 5 de diciembre, cuando el TC tuvo que decidir por primera vez sobre el uso de los datos de ADN como medio probatorio en el proceso penal y su conformidad con los valores constitucionales. En dicha sentencia, los Magistrados Adela Asua y Andrés Ollero emitieron sus votos particulares a los que se remiten en los casos comentados en estas páginas. En sendos votos particulares identifican varias circunstancias que oscurecen el planteamiento de la opinión mayoritaria.

12. La discrepancia más rotunda es la de la Magistrada Adela Asua, tanto respecto del fallo como sobre todo y especialmente, como ella recalca, de «la forma en la que se construye el canon de constitucionalidad aplicable al caso enjuiciado». Reprocha que la sentencia de la mayoría eluda la función de tutela de los derechos fundamentales que corresponde al TC y se limite a revisar la condena impuesta conforme a la legislación ordinaria. A su entender, el amparo hubiera sido correctamente resuelto si se hubiera enfocado desde un estándar de protección diferente. Sobre la base de la propia doctrina constitucional (SSTC 25/2005 y 206/2007), defiende que son tres las condiciones incumplidas en la sentencia: en primer lugar, la inexistencia de autorización judi-

cial especialmente motivada; en segundo lugar, la inexistencia de previsión legal que permitiera la obtención de las pruebas de ADN, y en tercer lugar, avanzando en el razonamiento anterior, la ausencia de previsión legal sobre otras condiciones que podrían vincularse con la gravedad del delito o la necesidad del consentimiento informado.

13. Además de remitirse a su Voto Particular emitido en STC 199/2013, la magistrada añade una crítica particular en la STC 14/2014 que merece ser elogiada por su exhaustividad, por haber hilado tan fino y sin puntadas gruesas, crítica a la que se adhiere el Magistrado Luis Ignacio Ortega. Aduce que en el caso concreto, la toma de las muestras para la obtención del ADN se realizó, no tras la detención del sospechoso, sino tras el seguimiento realizado por la policía autonómica vasca durante dos semanas. Aún más, la toma de la muestra tuvo lugar dos años después de los hechos delictivos. En estas circunstancias, debe descartarse el argumento de que la urgencia impediría la solicitud de la previa autorización judicial.

14. Merece también atención el Voto Particular del Magistrado Andrés Ollero, (no en vano, su discurso de recepción en la Real Academia de las Ciencias Morales y Políticas llevaba por título, precisamente, «De la potestad de la intimidad al poder de control sobre los datos personales», de 18 de noviembre de 2008). El Magistrado, tras hacer hincapié en las diferencias de contenido entre los párrs. 1.º y 4.º del art. 18 CE, abunda en su discrepancia explicando que la sentencia de la mayoría se concentra en el art. 18.1 CE, sin apenas cuestionar la incidencia en la protección de los derechos fundamentales derivada del art. 18.4 CE. El TC, en palabras del Magistrado Andrés Ollero, desaprovecha la oportunidad de sentar las bases doctrinales sobre las garantías del art. 18.4 CE con relación al almacenamiento de datos personales de un titular no identificado y sin la exigible cobertura legal. Añade que debiera haberse estimado el recurso de amparo dado que se utilizaron como prueba elementos procedentes de una base de datos que no cumplía con las exigencias constitucionales del art. 18.4 CE.

15. En conclusión, tras la lectura de las sentencias, no quedan claros los límites de las garantías constitucionales en lo que se refiere a este tipo de supuestos. Los casos dejan ver que la tarea de dibujar los contornos del art. 18 CE, en un contexto nuevo, como es el de la posible utilización de las pruebas de ADN, aún está pendiente. El TC se ciñe en extremo a las circunstancias del caso concreto, cuando, tratándose de un derecho fundamental tan sumamente importante y de perfiles tan lábiles, se le presenta la oportunidad de establecer una doctrina jurisprudencial más coherente desde el punto de vista constitucional.

Joana ABRISKETA URIARTE
Universidad de Deusto

3.9. Competencia extraterritorial de tribunales españoles y jurisdicción universal *

COMPETENCIA EXTRATERRITORIAL DE LOS TRIBUNALES PENALES ESPAÑOLES.—Jurisdicción universal.—Tráfico de drogas.—Reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 4, de 8 de abril de 2014 (ROJ: AAN 71/2014) y Auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 3, de 11 de abril de 2014 (ROJ: AAN 83/2014).

* Al respecto, véase también la sección de Información de Derecho internacional público.

Auto de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 2.^a), de 6 de mayo de 2014 (ROJ: AAN 104/2014), acompañado de Voto Particular, y Auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 5, de 19 de mayo de 2014 (núm. 46/2014).

Auto de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 1.^a), de 13 de mayo de 2014 (ROJ: AAN 116/2014), acompañado de Voto Particular, y Auto de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 2.^a), de 14 de mayo de 2014 (ROJ: AAN 114/2014), acompañado de Voto Particular.

1. La reciente reforma del principio de jurisdicción universal operada por la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, ha tenido una especial trascendencia en la competencia de los tribunales españoles para enjuiciar delitos de tráfico ilícito de drogas y estupefacientes cometidos fuera de territorio nacional. La repercusión mediática de la cuestión ha sido ciertamente notable, puesto que la interpretación que los magistrados han atribuido a los preceptos resultantes de la reforma ha provocado la liberación de más de cincuenta presuntos narcotraficantes, detenidos en aguas internacionales por el Servicio de Vigilancia Aduanera español. Es precisamente este marco jurídico y político en el que se encuadran los pronunciamientos que son objeto de comentario a continuación, en los que la relevancia del Derecho internacional es manifiesta. Se trata, en particular, de seis autos, tres de ellos de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (AN) y los tres restantes de los Juzgados Centrales de Instrucción (JCI) núms. 3, 4 y 5, por los que se declara la falta de jurisdicción de los tribunales españoles para conocer de los hechos constitutivos de supuestos delitos de tráfico de estupefacientes.

2. Desde un punto de vista fáctico, los Autos en cuestión se relacionan con la detención de tripulantes de nacionalidad extranjera —principalmente egipcios y sirios— de pesqueros o buques mercantes que habían sido interceptados por las autoridades españolas en aguas internacionales, portando diferentes cantidades de hachís y sin que conste que España fuese el destino de la droga incautada. La identidad de los hechos, las conclusiones alcanzadas en todos ellos, la argumentación desarrollada en los mismos y en los votos particulares discrepantes que acompañan a algunos de los pronunciamientos aconsejan y justifican un análisis conjunto en el seno de esta Crónica.

3. El presente análisis hará hincapié en una serie de cuestiones jurídicas controvertidas suscitadas por los Autos mencionados y que la reforma del art. 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) plantea en relación con la aplicación de la «justicia universal» a este ámbito material concreto. En particular, de los Autos cabe destacar, principalmente, la delimitación del ámbito de aplicación de los apartados *d*) e *i*) del art. 23.4 de la LOPJ por cuanto que ambos se refieren al delito de tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. Mientras el primero establece que será competente la jurisdicción española para conocer de los «delitos de piratería, terrorismo, tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, trata de seres humanos, contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y delitos contra la seguridad de la navegación marítima que se cometan en los espacios marinos, en los supuestos previstos en los tratados ratificados por España o en actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea parte», el segundo especifica que conocerán del delito de «tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, siempre que 1.º el procedimiento se dirija contra un español; o, 2.º cuando se trate de la realización de actos de ejecución de uno de estos delitos o de constitución de un grupo u organización criminal con miras a su comisión en territorio español».

4. Además de determinar en qué situaciones ha de aplicarse cada uno, procede clarificar las condiciones en que los tribunales españoles podrán declararse competentes en virtud de los mismos. Entre los instrumentos internacionales de relevancia, los Autos se refieren, fundamentalmente, a la Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988 (en vigor de forma general y para España desde 11 de noviembre de 1990), cuyo art. 4 se ocupa de los criterios de competencia para enjuiciar los delitos tipificados de conformidad con la Convención. Cierto es que todos los Autos comentados rechazan que los tribunales españoles sean competentes para la instrucción y enjuiciamiento de los hechos presentados como constitutivos de delitos de tráfico de drogas y sustancias estupefacientes. No obstante, pueden ser categorizados en tres grupos en función de la argumentación desarrollada en cada uno de ellos.

5. En primer lugar, los Autos de los JCI núms. 4 y 3, de 8 y 11 de abril, respectivamente, interpretan el art. 23.4.d) de la LOPJ en el sentido de considerar que los términos «en los espacios marinos» sirven para calificar cualquiera de los delitos enunciados en dicho precepto. Remitiéndose, como hace la propia disposición, a los tratados internacionales pertinentes, advierten que los supuestos contemplados en el art. 4 a) de la Convención de Viena contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas —delito cometido en su territorio y delito cometido a bordo de nave que enarbore su pabellón o aeronave matriculada con arreglo a su legislación— no concurren en los casos concretos. En este sentido, hacen notar que el apartado d) del art. 23.4 se refiere a supuestos en que las normas internacionales obliguen, y no simplemente faculden, a declararse competente para el enjuiciamiento de los delitos en cuestión. Es el art. 4 b) de la Convención de 1988, como se señala en los Autos, el que contempla tres supuestos en los que el Estado tiene la facultad de declararse competente, facultad desarrollada por el legislador español en el apartado i) del art. 23.4 de la LOPJ. Así también serán competentes los tribunales españoles cuando el delito haya sido cometido por un español o cuando se trate de la realización de actos de ejecución del delito de tráfico de drogas o de constitución de un grupo u organización criminal con miras a su comisión en territorio español. De esta manera, la reforma de la LOPJ acoge los supuestos i) y iii) del art. 4 b) de la Convención, obviando la implementación del supuesto ii), aquel en que el delito sea cometido a bordo de una nave que enarbola pabellón de otro Estado para cuya interceptación España le haya solicitado autorización en base a los acuerdos previstos en el art. 17 de la Convención. Ambos Autos entienden que este último supuesto podría haber sido aplicable a las causas en cuestión, de no haber resultado excluido por parte del legislador español. Sin embargo, cabe dudar de la aplicación del art. 4 b).ii) a los hechos, dado que no nos hallamos ante autorizaciones de adopción de medidas contra buques concedidas por los Estados del pabellón de las embarcaciones, ya que, en el primer caso, el buque no tenía nacionalidad y, en el segundo, enarbolaba bandera de Sierra Leona, Estado al que no se solicitó autorización o, al menos, ésta no consta. Se trataba de la colaboración con las Aduanas de varios países europeos, cooperación que, aunque amparada en el art. 17.2 y 9 de la Convención, no parece ser a la que se refiere el art. 4 b).ii) (cierto es que cabría argumentar que no sería preciso requerir la referida autorización cuando se trata de embarcaciones sin nacionalidad, como se indica en el Voto Particular anejo al Auto de la AN de 14 de mayo de 2014, apdo. 2.º).

6. Tampoco parece muy acertado, a nuestro entender, interpretar el art. 23.4.d) de la LOPJ como referido a supuestos de competencia obligatoria en virtud de tratados internacionales en un precepto aparentemente dedicado al principio de jurisdicción universal, puesto que los supuestos en que los tribunales españoles se hallan

obligados a conocer del delito de tráfico de drogas en virtud de la mencionada Convención [art. 4.a)] se inspiran del principio de territorialidad (la jurisdicción universal sólo inspiraría alguno de los supuestos facultativos de la Convención de 1988. Véase SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Jurisdicción universal penal y Derecho internacional*, Valencia, Tirant lo blanch, 2004, p. 74). Además, entender que el apartado *d)* hace alusión a supuestos tanto obligatorios como facultativos se ve favorecido por la existencia del apartado *p)* del mismo precepto, el cual, en lugar de emplear los términos «supuestos previstos» del apartado *d)*, se refiere a «cualquier otro delito cuya persecución se imponga con carácter obligatorio por un Tratado vigente para España o por otros actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea miembro, en los supuestos y condiciones que se determine en los mismos» (cursiva añadida). Por otra parte, cabe señalar que, en la interpretación del art. 23.4.*d)* de la LOPJ, no se hace alusión —ni en este grupo de autos ni en los restantes— al Derecho de la UE, al que se refiere claramente dicho precepto. La Decisión Marco 2004/757/JAI obliga a los Estados miembros, en su art. 8.1, a adoptar las medidas necesarias para establecer su competencia cuando el delito de tráfico de drogas se haya cometido total o parcialmente en su territorio, el autor del delito sea uno de sus nacionales o el delito haya sido cometido en provecho de una persona jurídica establecida en su territorio. Cierto es que su art. 8.2 permite a los Estados miembros decidir no aplicar los dos últimos criterios de competencia cuando el delito se haya cometido fuera de su territorio, lo que explica, en relación al último de estos supuestos, que su falta de previsión en la legislación española no sea problemática en relación con la Decisión Marco 2004/757.

7. Frente a la alegación del Ministerio Fiscal acerca de la aplicación del art. 17 de la Convención sobre tráfico ilícito de estupefacientes de 1988 por cuanto que las autoridades policiales españolas intervinieron por solicitud de las autoridades francesas, ambos Autos rechazan su pertinencia, dado que dicho precepto no afecta a la competencia jurisdiccional. El despliegue de actuaciones de tipo asistencial o de cooperación entre autoridades no es criterio de atribución de jurisdicción para el enjuiciamiento de los hechos, ya que cabe distinguir claramente entre potestades jurisdiccionales y potestades de ejecución, enmarcándose los poderes de interceptación de buques sospechosos de dedicarse al delito de tráfico de drogas y la colaboración con otros Estados para su represión en estas últimas.

8. El segundo grupo de Autos seleccionados, de la Sala de lo Penal de la AN de 6 de mayo y del JCI núm. 5, de 19 de mayo, acuerda igualmente el sobreseimiento de las causas por falta de jurisdicción, si bien la argumentación presenta ligeras variaciones. En estos Autos se indica que el art. 23.4 de la LOPJ establece dos clases de condiciones para afirmar la jurisdicción de los tribunales españoles respecto del delito de tráfico ilegal de drogas tóxicas, por un lado, la del apartado *d)* relativa a los supuestos obligatorios previstos en los tratados internacionales y actos de Organizaciones Internacionales de las que España sea Parte y, por otro, las del apartado *i)*, de carácter más específico e inspiradas por los principios de personalidad activa y territorialidad. Sin embargo, concluyen que ninguna de estas dos clases de condiciones —«que operan de forma sucesiva y cumulativa» (FJ 5.º, Auto AN de 6 de mayo), algo difícil de alcanzar simultáneamente— concurren en las causas en cuestión. Según este segundo grupo de autos, considerar que el apartado *d)* estableciera un régimen especial aplicable a las categorías delictivas mencionadas en el mismo «que se cometan en los espacios marinos» no puede ser correcto. Entienden, por el contrario, que ha de conectarse el sintagma preposicional con su antecedente inmediato, «delitos contra la seguridad de la navegación marítima». Cierto es que, desde un punto de vista gramatical, esta interpretación podría sostenerse, pero entonces no se explicaría la duplicidad de tra-

tamiento de ciertos delitos en el art. 23.4 de la LOPJ, si no es por la especial relevancia que reviste su comisión en el mar. Nótese, además, que los delitos de piratería, contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y contra la seguridad de la navegación marítima no son objeto, por su propia naturaleza, de la mencionada duplicidad de tratamiento, lo que implica, de manera lógica, que la jurisdicción española sólo se extienda a tales conductas delictivas cuando son cometidas en espacios marítimos (así, por ejemplo, la jurisdicción universal referida al delito de tráfico ilegal o inmigración clandestina, contemplado en el art. 318 *bis* del CP, sólo tiene sentido si la conducta se desarrolla en espacios marinos. De lo contrario, se aplicaría el principio de territorialidad. Lo mismo cabe afirmar de los delitos contra la seguridad de la navegación marítima). Los Autos concluyen que, aun en el caso de que el apartado *d*) del art. 23.4 LOPJ abordase delitos cometidos en el mar —véase, como indican los Autos, la enmienda núm. 32 presentada por el Grupo parlamentario popular a la proposición de ley que dio lugar a la LO 1/2014 (BOCG de 27 de febrero de 2014, serie B, 157-5, p. 28), a la que no cabe atribuir, de todos modos, valor de antecedente legislativo—, el reenvío a la normativa internacional no permitiría atribuir jurisdicción a los tribunales españoles por no hacerlo de manera obligatoria.

9. El Auto de la AN de 6 de mayo, va acompañado de un Voto Particular, suscrito por los Magistrados Grande Marlaska, Espejel Jonquera y Hurtado Adrián, cuya argumentación se centra en la interpretación gramatical que ha de darse al apartado *i*) del art. 23.4 de la LOPJ. Según el Voto Particular, cada supuesto previsto en dicho apartado constituye un enunciado con autonomía propia, sin que ambos se supediten a la cláusula final «con miras a su comisión en territorio español» como entiende, sin embargo, el Auto de la mayoría. En efecto, en el Auto se defiende que tanto la realización de actos de ejecución del delito como la constitución de un grupo u organización criminal son enjuiciables en España si se producen con miras a su comisión en territorio español. Sin embargo, basándose en un dictamen lingüístico solicitado a la RAE, el Voto Particular argumenta que la mencionada cláusula final «sólo puede afectar al segundo de los elementos de la disyunción (el que se refiere a la creación de un grupo u organización criminal con intenciones delictivas), y nunca al primero, que alude a la ejecución efectiva del delito, incompatible con la naturaleza prospectiva de la locución con miras a» (FJ 3.º del Voto Particular). Esto supondría entender que si el delito de tráfico de drogas se ejecuta efectivamente, serán competentes los tribunales españoles para conocer de él en todos los casos en que sea cometido fuera de territorio nacional, mientras que si se trata de constituir una organización criminal con intenciones delictivas, la jurisdicción española sólo será de aplicación si su intención es cometer esos delitos en España. Por nuestra parte, entendemos, por el contrario, que la cláusula final «con miras a su comisión en territorio español» califica ambos enunciados del apartado *i*). Esto sería así porque la referencia a la «realización de actos de ejecución» no entraña necesariamente una alusión a la consumación de la conducta típica sino a la realización de cualquier acto integrado en esta última, especialmente tratándose el tráfico de drogas de un tipo penal mixto alternativo en que la realización de cualquiera de las acciones que contempla el tipo resulta suficiente para entender que ha sido cometido (art. 368 del Código Penal). De esta manera, cabría argumentar, por ejemplo, que aquellos que elaboren estupefacientes en Marruecos con la intención de introducirlos en España podrán ser enjuiciados por la justicia española.

10. Procede destacar, por último, que el Voto Particular mencionado no acepta una interpretación restrictiva del nuevo art. 23.4 de la LOPJ y, en particular, de su apartado *d*), asumiendo que éste se refiere a cualquier supuesto en que un tratado internacional obligue o permita el ejercicio de jurisdicción para enjuiciar el delito de

tráfico de drogas, de conformidad con la Exposición de Motivos de la LO 1/2014 (según ésta, «la extensión de la jurisdicción española más allá de los límites territoriales españoles debe venir legitimada y justificada por la existencia de un tratado internacional que lo prevea o autorice»). Subrayan igualmente las peculiaridades del delito y la importancia de su persecución cuando es cometido en los espacios marinos, cuyo estatuto, en su mayor parte, internacional justifica esa remisión en bloque al Derecho internacional del mar. Si el art. 108 de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar (CNUMD) impone una genérica obligación de cooperación, «qué mejor manera de hacerlo que iniciando directamente acciones penales en nuestro país» (FJ 6.º del Voto Particular). Sería un contrasentido —apunta el Voto Particular— considerar que el Servicio de Vigilancia Aduanera español deba perseguir el delito de tráfico de drogas en el mar; pero que, una vez que los responsables son puestos a disposición judicial, el juez deba dejarlos en libertad. En este punto, en respuesta a una pregunta parlamentaria, el Gobierno entiende, no obstante, que la obligación de las autoridades españolas de perseguir el delito de tráfico de drogas no es incompatible con la falta de jurisdicción de nuestros tribunales para su enjuiciamiento. La transferencia inmediata de información a los Estados competentes para su persecución, la facilitación de asistencia y cooperación o la extradición de sospechosos son mecanismos que evitan la impunidad de los hechos y facilitan la persecución por parte del Estado que ostente jurisdicción en base al Derecho internacional [véanse las respuestas del Gobierno, de 29 de mayo de 2014, a las preguntas escritas en el Congreso planteadas por las Diputadas Rosa María Díez González (GUPyD), núm. 184/050881, y M.ª Olaia Fernández Dávila (Grupo Mixto), núm. 184/051422, *BOCG* serie D, núm. 490, de 8 de julio de 2014].

11. Finalmente, cabe referirse al Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la AN de 13 de mayo de 2014 por el que se resuelve el recurso de apelación del Ministerio Fiscal contra el Auto del JCI núm. 3, de 11 de abril, antes comentado, confirmando lo establecido en el mismo. El Auto aclara, para ello, que tanto los actos de ejecución como la constitución de un grupo criminal han de tener por objetivo la comisión de un delito de tráfico de drogas en territorio español y reitera que el art. 17 de la Convención de 1988 contra el tráfico de estupefacientes por el que se llama a la asistencia y cooperación de las Partes en la represión del delito no constituye un criterio de atribución de jurisdicción. El Voto Particular que lo acompaña, suscrito por los Magistrados Grande Marlaska, Espejel Jorquera y Hurtado Adrián, distingue más claramente entre el delito de tráfico de drogas cometido en espacios marinos, al que resulta de aplicación el apartado *d*) del art. 23.4 de la LOPJ, o terrestres, amparado entonces por el apartado *i*). Se asume de esta manera que, para los primeros, el legislador no ha introducido limitación alguna, aparte de la que se derive de los supuestos contemplados o permitidos por los propios tratados internacionales o actos de las Organizaciones Internacionales. Se asegura así, argumenta el Voto Particular, «la necesaria armonización entre el Derecho interno y el Derecho Internacional del Mar de aplicación en España, permitiendo su permanente actualización ante eventuales cambios normativos que pudieran producirse en el ámbito internacional, sin incurrir en antinomias o lagunas» (apdo. 1.º del Voto Particular). A continuación, el Voto Particular subraya la analogía del tráfico de estupefacientes con el tráfico ilegal de inmigrantes cometido en alta mar. Por esta razón, trae a colación la jurisprudencia del TS al respecto, en la que se había afirmado la competencia de los tribunales españoles a través de la aplicación directa del Protocolo de Palermo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire y la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000, aun cuando nuestra LOPJ todavía no había sido

enmendada por la LO 12/2007 para incluir este delito en su art. 23.4 [en otra ocasión, hemos expuesto nuestras dudas acerca de la corrección de esta argumentación contenida en la jurisprudencia del TS en GARCÍA ANDRADE, P., «Extraterritorial Strategies to Tackle Irregular Immigration by Sea: A Spanish Perspective», en V. MITSILEGAS y B. RYAN (eds.), *Extraterritorial Immigration Control. Legal Challenges*, Leiden, Martinus Nijhoff, pp. 311-346, en esp. pp. 338 y ss.].

12. Por su parte, el Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la AN de 14 de mayo y el Voto Particular que contiene, firmado por los mismos jueces, se pronuncia en términos idénticos al anterior, con la particularidad de que la embarcación fue hallada, no en alta mar, sino en la zona contigua española respecto de la isla de Alborán. El Auto se refiere, para ello, al art. 121 CNUDM para definir lo que ha de considerarse por «isla». Al no ser susceptible de habitación humana ni de actividad económica propia, la isla de Alborán ha de calificarse jurídicamente de «roca», por lo que generará únicamente mar territorial y zona contigua de conformidad con el art. 121.3 CNUDM. Siendo imposible delimitar esta última por invadir la zona territorial marroquí, se considera que la interceptación del buque fue realizada en aguas internacionales. En todo caso, la AN concluye que, de conformidad con el art. 8.1 de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, la zona contigua no forma parte del territorio nacional, por lo que no habría contado el Estado ribereño con jurisdicción en ella, de acuerdo con lo establecido en la disposición adicional 2.^a de la mencionada ley. En efecto, los tribunales españoles no cuentan con jurisdicción territorial respecto de delitos imputables a la tripulación de un buque interceptado en la zona contigua española, salvo que hubieran cometido el delito en su territorio o mar territorial teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 33.1 CNUDM [véase también la argumentación sostenida por el Ministerio Fiscal en el Auto del JCI núm. 5, de 19 de mayo, en la que defiende que la LO 6/2011 de represión del contrabando prevé que, si bien no forma parte del territorio nacional, la comisión del delito de contrabando en la zona contigua es perseguible en España en virtud del art. 23.4.d) de la LOPJ. Podría ser discutible, no obstante, que los hechos entrasen en la definición de contrabando que aporta el art. 2.1.g) en relación con el art. 3.a) de la LO 6/2011].

13. En definitiva, como puede apreciarse, las controversias jurídicas que la reforma de la LOPJ plantea en relación, en particular, con la competencia de los tribunales españoles para conocer del delito de tráfico de drogas cometido fuera del territorio nacional son abundantes. Por nuestra parte, compartimos la interpretación sostenida en los Votos Particulares analizados de que el art. 23.4.d) de la LOPJ ha de entenderse referido a todos los supuestos previstos por los tratados internacionales en lo que España sea Parte, fundamentalmente la Convención de 1988 sobre tráfico ilícito de estupefacientes. Ahora bien, no parece que concurren, al menos en los casos aquí analizados, las condiciones previstas en su art. 4 para que los tribunales españoles puedan asumir su competencia. Lo que es evidente es que la técnica legislativa empleada en la redacción que la LO 1/2014 ha dado al art. 23.4 de la LOPJ no ha resultado ser la más satisfactoria, siendo la redacción anterior del precepto, aportada por la también restrictiva reforma de 2009, bastante más favorable al enjuiciamiento de supuestos como los analizados (permitido por la aplicación de la condición de que los presuntos responsables se encontrasen en España tal y como exigía el párr. 2.º del art. 23.4 de la LOPJ en la redacción dada por la LO 1/2009, de 3 de noviembre).

14. En todo caso, no cabe dar por concluidas las controversias aquí apuntadas, dado que el TS deberá resolver el recurso interpuesto por la Fiscalía contra uno de los autos de la Sala de lo Penal de la AN en la materia (Poder Judicial, «El Pleno del Tri-

bunal Supremo estudiará el próximo 23 de julio el alcance de la reforma de la Justicia Universal en conflictos de aguas internacionales relacionados con España», *Noticia Judicial*, de 27 de junio de 2014, disponible en http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Tribunal_Supremo), sin olvidar que el Grupo parlamentario socialista interpuso el pasado 12 de junio un recurso de inconstitucionalidad contra la LO 1/2014 y que ha presentado en el mes de mayo una nueva proposición de ley para modificarla. La mayoría de los tripulantes de los buques contra los que se iniciaron las actuaciones han sido, no obstante, expulsados a sus países de origen en aplicación de la legislación de extranjería, a excepción de los nacionales sirios que no han podido ser repatriados debido a la situación de guerra civil en que se halla su país.

Paula GARCÍA ANDRADE
Universidad Pontificia Comillas

3.10. El contenido absoluto del derecho a un proceso con todas las garantías

DERECHO A UN PROCESO CON TODAS LAS GARANTÍAS.—Cuestión prejudicial, canon de constitucionalidad, alcance y función del sistema de protección de los derechos fundamentales de la Unión Europea, Sentencia del TJUE en el asunto *Melloni*.

Sentencia 26/2014 del Tribunal Constitucional (Pleno), de 13 de febrero de 2014, por la que deniega el recurso de amparo 6922-2008 promovido por don Stefano Melloni en relación con el Auto de la Sección 1.^a de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que acordó su entrega a las autoridades italianas para el cumplimiento de condena dictada por el Tribunal de apelación de Bolonia, en el marco de una orden europea de detención y entrega. Ponente: Encarnación Roca Trías. Votos particulares: Adela Asua Batarrita, Encarnación Roca Trías, Andrés Ollero Tasara.

1. El Pleno del Tribunal Constitucional adoptó el 13 de febrero de 2014 la sentencia con la que ha resuelto denegar el recurso de amparo presentado por el Sr. Melloni contra el Auto de la Audiencia Nacional de 12 de septiembre de 2008, por el que se autorizaba su entrega a las autoridades italianas en aplicación de una orden europea de detención. La trascendencia de esta sentencia viene dada por varios motivos; en primer lugar, porque durante el proceso, el TC decidió plantear por primera vez una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE en adelante) que venía motivada por la jurisprudencia del propio TC que condicionaba la ejecución de una orden de detención europea emitida para ejecutar una sentencia dictada en ausencia del acusado, a la posibilidad de que el condenado en rebeldía pudiera presentar recurso. En segundo lugar, porque el TC en su sentencia decide soslayar la respuesta dada a esta cuestión prejudicial por el TJUE en su Sentencia *Melloni* de 26 de febrero de 2013, que si bien ha sido criticada por su escueta argumentación jurídica y por situar en el contexto del principio de primacía la discusión sobre la determinación del alcance de los derechos humanos, no podría ser más clara a la hora de establecer como canon de constitucionalidad al Derecho europeo de los derechos humanos. En tercer lugar, porque el TC sólo ha tenido en cuenta lo dispuesto por el TJUE a modo de referente hermenéutico para integrar el canon de constitucionalidad interna, sin considerar que el Derecho de la Unión Europea pueda formar parte del canon constitucional de manera autónoma, como así se lo había señalado el TJUE.

De esta manera, el TC reforma su doctrina sobre el contenido absoluto del derecho a un proceso equitativo, si bien lo hace retornando al refugio del art. 10.2 de la CE que le permite interpretar el art. 24.2 de la Constitución Española teniendo en cuenta el Derecho de la Unión Europea y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, señalando que:

«...tanto la interpretación dada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos del derecho a un proceso equitativo recogido en el art. 6 del Convenio europeo como la realizada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de los derechos a la tutela judicial efectiva, a un proceso equitativo y de defensa recogidos en los arts. 47 y 48.2 de la Carta, coincidentes en buena medida, operan, en el caso que nos ocupa, como criterios hermenéuticos que nos permiten delimitar la parte de lo que hemos denominado contenido absoluto del derecho a un proceso con todas las garantías, que es la que despliega eficacia *ad extra*; esto es, la que permite delimitar aquellas facultades y garantías cuyo desconocimiento por las autoridades extranjeras puede dar lugar a una vulneración indirecta en caso de que se acuerde la entrega por los poderes públicos españoles».

2. Así debemos afirmar ahora, revisando, por tanto, la doctrina establecida desde la STC 91/2000, que no vulnera el contenido absoluto del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) la imposición de una condena sin la comparecencia del acusado y sin la posibilidad ulterior de subsanar su falta de presencia en el proceso penal seguido, cuando la falta de comparecencia en el acto del juicio conste que ha sido decidida de forma voluntaria e inequívoca por un acusado debidamente emplazado y éste ha sido efectivamente defendido por letrado designado» (FJ 4.º).

3. Como critica la Magistrada Adela Asua en su Voto Particular, «de esta forma se vuelve a la posición tradicional del Tribunal Constitucional, criticada desde distintos ámbitos, que considera el art. 10.2 CE como fundamento exclusivo de la eficacia, en esta sede de los derechos fundamentales reconocidos en el ámbito de la Unión Europea. Ello no es coherente con el propio hecho del planteamiento de [las] tres cuestiones prejudiciales sobre la validez y la interpretación de diversas normas europeas relevantes para la resolución del recurso de amparo ni, sobre todo, con el contenido de las respuestas dadas por el Tribunal de Justicia». Con su argumentación, el TC ha eludido la respuesta del TJUE a la cuestión prejudicial en la que claramente identificaba como canon europeo de protección el establecido en la Decisión Marco sobre la orden de detención europea de acuerdo con la Carta y el Convenio Europeo de Derechos Humanos y que debería haber sido el referente necesario para la reforma de la doctrina del TC. Por el contrario y fiel al argumento utilizado en su STC 91/2000 y que incorporó en el Auto 86/2011, de 9 de junio, por el que interpuso la cuestión prejudicial, el TC se ha servido de la Carta de DFUE como parámetro indirecto de constitucionalidad y sólo para enjuiciar «la parte del contenido absoluto del derecho a un proceso con todas las garantías que despliega eficacia *ad extra*». De esta manera, el TC se desentiende de la sentencia del TJUE cuando señala que:

«Para la resolución del presente recurso de amparo conviene recordar la doctrina de este Tribunal, cuando los poderes públicos nacionales (entre ellos, la jurisdicción) reconocen, homologan o dan validez a una resolución adoptada por una autoridad extranjera, pueden incurrir en una vulneración “indirecta” de alguno de los derechos fundamentales susceptibles de amparo, cuando aquella resolución pudiera reputarse lesiva de un derecho fundamental. Sin embargo, para el Tribunal Constitucional, mientras que los poderes públicos españoles se hallan vinculados de modo incondicionado *ad intra* por los derechos fundamentales, tal y como éstos han sido consagrados por la Constitución, el contenido vinculante de los derechos fundamentales cuando se proyectan *ad extra* es más reducido. Así, en el ámbito del derecho a un proceso con todas las garantías, no son todas y cada una de las garantías que hemos anudado al art. 24 CE, sino tan sólo sus exigencias más básicas o elementales, las

exigencias que constituyen la esencia misma del proceso justo, las que pueden proyectarse en la inconstitucionalidad “indirecta” de la actuación de la jurisdicción española que es la que, propiamente constituye el objeto de nuestro control» (STC 91/2000, de 30 de marzo, FFJJ 7.º y 8.º)» (FJ 4.º).

4. La argumentación jurídica adoptada por la mayoría del Pleno ha suscitado tres votos particulares que vienen a poner de manifiesto no sólo algunas de las razones que se encuentran en el origen de la presentación de la cuestión prejudicial sino también algunas de las críticas implícitas que el TC dirige a la respuesta dada por el TJUE en su Sentencia *Melloni* que ha sido objeto ya de un importante debate doctrinal [véase ALONSO GARCÍA, R., *El juez nacional en la encrucijada europea de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Civitas, 2014; DIEZ-HOCHLEITNER, J., «El derecho a la última palabra: ¿Tribunales constitucionales o Tribunal de Justicia de la Unión?», *Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional, WP IDEIR*, núm. 17, 2013; MARTÍN RODRÍGUEZ, P. J., «Crónica de una muerte anunciada: Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 26 de febrero de 2013, Stefano *Melloni*, C-399/11», *RGDE*, vol. 30, pp. 1-40; RIPOL CARULLA, S., «Un nuevo marco de relación entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *REDI*, vol. 66, 2014, pp. 11-53; TENORIO SÁNCHEZ, P., «Diálogo entre tribunales y protección de los derechos fundamentales en el ámbito europeo», *RGDE*, vol. 31, 2013, pp. 1-35; UGARTEMENDIA, J. L., y RIPOL CARULLA, S., «La Euro-orden ante la tutela de los Derechos Fundamentales. Algunas cuestiones de soberanía iusfundamental (a propósito de la STJ *Melloni*, de 26 de febrero de 2013, C-399/11)», *REDE*, vol. 46, 2013, pp. 151-197].

5. La presentación de la primera cuestión prejudicial por el TC había obedecido a distintos condicionantes que tenían su origen en su doctrina sobre el contenido absoluto del derecho a un proceso equitativo. En primer lugar, esta doctrina que condicionaba la ejecución de una orden de detención europea emitida para ejecutar una sentencia dictada en ausencia del acusado a la existencia de un recurso en el Estado solicitante, se encontraba en contradicción con la Decisión Marco 2002/584 sobre la orden de detención europea por establecer un estándar de protección superior al previsto en su art. 4.bis y había ocasionado importantes problemas al denegar la ejecución de las órdenes de detención de aquellos Estados miembros en los que no se ofreciera al condenado la posibilidad de presentar un recurso. En segundo lugar, esta doctrina sentada en su STC 91/2000 y reafirmada en su STC 199/2009 había suscitado ya una fractura interna entre los magistrados del TC. Los votos particulares del Magistrado Pedro Cruz Villalón en la primera STC y de los Magistrados Jorge Pérez Tremps y Pablo Rodríguez Zapata en la segunda, habían sostenido que «la categoría de las vulneraciones indirectas debe someterse a una relativización determinante cuando estamos ante Estados que, desde hace medio siglo, se encuentran integrados en una misma comunidad de derechos y libertades» (STC 91/2000 FJ 4.º). Con todos ellos se identifica en su Voto Particular la Magistrada Encarnación Roca Trías que viene a ser el exponente de esta corriente disidente de la posición mayoritaria, junto con la Magistrada Adela Asua Batarrita. En tercer lugar, esta doctrina del TC no había influido en la posición defendida por el Gobierno español durante los procesos de adopción de la Decisión Marco 2002/584 por unanimidad y de su reforma por la Decisión Marco 2009/299 destinada a reforzar los derechos procesales de las personas y a propiciar la aplicación del principio del reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado. Y por último, la posición sostenida por el TC respecto al contenido del derecho absoluto a un proceso equitativo no era compartida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de manera que como ya señalara IZQUIERDO SANZ, el TC «era consciente de que con la jurisprudencia del

TEDH en la mano no se produce una vulneración del derecho de defensa si la falta de presencia en un juicio del condenado es voluntaria y este ha sido defendido de forma efectiva en el proceso por un abogado» (IZQUIERDO SANZ, C., «Sobre lo que opina el TJ con relación a la definición del nivel de protección de un derecho fundamental por parte del legislador de la Unión. Comentario a la Sentencia del TJUE de 26 de febrero de 2013, Asunto *Melloni*, C-399/11», *Revista de Actualidad Jurídica de la UE, La Ley Unión Europea*, núm. 4, 2013, p. 4).

6. Es por todo ello que el TC presenta cuestión prejudicial ante el TJUE, con el objeto de encontrar los argumentos con los que llevar a cabo la modificación de su doctrina a través del inicio de un diálogo judicial europeo al que se había negado de manera constante hasta entonces (REVENGA, M., «Rectificar preguntando. El Tribunal Constitucional acude al Tribunal de Justicia», *REDE*, núm. 41, 2012, pp. 135 y ss.; ANDRÉS SAENZ DE SANTAMARÍA, M. P., «Un nuevo paso del diálogo judicial europeo: el Tribunal Constitucional español recurre al reenvío prejudicial», en *Homenaje a D. Ruiz Jarabo*, Madrid, Ed. CGPJ y Univ. Carlos III, 2012, pp. 191 y ss.). Ahora bien, y como criticarán los votos particulares de las Magistradas Asua y Roca, insatisfecho con los resultados de este diálogo judicial, el TC va a soslayar en su sentencia las respuestas que el TJUE le sirve en su Sentencia *Melloni*. Ciertamente, la respuesta que adopta el TJUE respecto al alcance y función del sistema de protección de los derechos fundamentales de la Unión Europea, conforme al art. 53 de la Carta de DFUE hace difícil la continuación de un diálogo, véase ya una discusión. En este artículo que dispone que: «Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión, la Comunidad o los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros», el TC había querido encontrar una cláusula de estándar mínimo que le permitiera preservar un estándar de protección superior en caso de divergencia, garantizando *los ámbitos de competencia y de aplicación respectivos*. Sin embargo, el TJUE eleva su valor al situarlo en el contexto del principio de primacía, de manera que esta cláusula del art. 53 no podría justificar que España aplicara un nivel de protección más alto que el de la Carta de DFUE en un ámbito en el que la Decisión marco ha establecido normas comunes europeas. El velado rechazo a esta respuesta lo evidencia el TC cuando señala que la Sentencia *Melloni* «será de gran utilidad a la hora de determinar aquel contenido del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE que despliega eficacia *ad extra*)» (FJ 2.º) si bien añade que debe «completar la respuesta del Tribunal de Justicia con la doctrina establecida en su día por este Tribunal en la DTC 1/2004, de 13 de diciembre» (FJ 3.º).

7. El Voto Particular de la Magistrada Adela Asua es particularmente crítico con este pronunciamiento porque le preocupa que «por su contenido, ubicación y tono, el FJ 3.º se interprete como una implícita resistencia a asumir la Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de febrero de 2013», ya que «todas las citas que el fundamento jurídico 3 entresaca de la DTC 1/2004 apuntan en la misma dirección: se dirigen a subrayar los límites de la integración europea. La aceptación de la primacía del Derecho de la Unión está condicionada —se reitera hasta tres veces con distintas formulaciones— al respeto de los principios y valores básicos de la Constitución». También critica la cuestión que seguramente será objeto de los futuros estudios sobre esta sentencia y es el hecho de que su fundamentación «puede alentar las ideas de que este Tribunal no reconoce la primacía del Derecho de la Unión y de que adopta una posición defensiva

de su autonomía jurídica frente a aquel ordenamiento». Así recrimina que «la sentencia [...] se aline[e] con nuestra jurisprudencia precedente, que venía reiterando que el Derecho comunitario no integra el canon de constitucionalidad, que este Tribunal no tiene como misión garantizar la aplicación del Derecho comunitario, y que el Derecho comunitario sólo sería relevante desde la perspectiva del art. 10.2 CE, esto es, en relación con la interpretación del alcance de los derechos fundamentales constitucionales». A este respecto, quisiera apuntar un riesgo añadido que podría derivarse de esta posición del TC español, y es que pudiese ser adoptada por otros Tribunales constitucionales, especialmente los de aquellos Estados Miembros que incorporaron la fórmula del art. 10.2 de la CE en sus nuevas constituciones, en el periodo previo a su adhesión a la Unión Europea [véase sobre el art. 10.2, LIÑÁN NOGUERAS, D. J., «El proyecto constitucional europeo y la interpretación de derechos y libertades en la Constitución Española: ¿Una nueva dimensión del art. 10.2 CE?», en SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I. *et al.* (dirs.), *Pacis Artes. Obra Homenaje al Profesor Julio D. González Campos*, Eurolex, Madrid, 2005, tomo I, pp. 940 y ss.]

8. El Voto Particular de la Magistrada Encarnación Roca Trías también es muy contundente al señalar que «no pued[e] admitir que la modificación de una doctrina consolidada que este Tribunal ha establecido en la interpretación del art. 24.2 CE desde la STC 91/2000, de 30 de marzo, no se produzca como consecuencia de la STJUE de 26 de febrero de 2013 (caso *Melloni*), que interpreta las condiciones para la ejecución de una euro-orden dictada en ausencia, aunque con representación procesal del acusado, soslayando que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dictado esta resolución a instancia del propio Tribunal Constitucional, como consecuencia de la interposición de una cuestión prejudicial, sino porque este haya reconsiderado, legítimamente, su doctrina anterior. Con tal manera de proceder, el Pleno, si bien cumple con el estándar europeo, deja abiertas a la ambigüedad cuestiones verdaderamente importantes que no favorecen la lógica de la Unión que, no olvidemos, encuentra su sustento en los principios de la lealtad y cooperación leal, primacía y subsidiariedad del Derecho de la Unión en el ámbito de sus competencias y respeto por la identidad constitucional recíproca».

9. El Voto Particular del Magistrado Andrés Ollero Tasara a diferencia de los otros votos sí comparte el fallo del TC aunque discrepa del alcance que se atribuye a la reforma en la medida que estima que la caracterización revisada del contenido absoluto del derecho a un proceso con todas las garantías no tendría que aplicarse a países terceros, lo que también sostiene la Magistrada Adela Asua si bien con un razonamiento distinto que difiere al señalar que: «Lo que ha respondido el Tribunal de Justicia a nuestras cuestiones prejudiciales podría servir para integrar vía art. 10.2 CE nuestro canon sobre el contenido absoluto del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE para los supuestos «no relacionados con el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión». Pero en supuestos como el presente, que entran de lleno en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, no puede ser un mero criterio hermenéutico que podamos manejar con cierta libertad, en conjunción con otros, con el fin de concretar ex art. 10.2 CE el contenido absoluto del derecho fundamental». Este magistrado también considera que este caso *Melloni* no era el más adecuado para plantear el abandono de la sobreprotección de la tutela judicial y critica que al inicio del diálogo entre TC y TJ se le haya prestado «innecesariamente aire de monólogo con obligado asentimiento».

10. Tras la amplia reacción de la doctrina a la Sentencia *Melloni* del TJUE, cabe ya sólo esperar una igualmente amplia reacción a la Sentencia *Melloni* de nuestro

TC. MARTÍN RODRÍGUEZ ya había señalado que detrás de la jurisprudencia del TC sobre la orden de detención europea, «no se esconde aquí viraje constitucional alguno, el Derecho de la Unión Europea no forma parte del canon de constitucionalidad de manera autónoma, sino que sigue importando a efectos de la interpretación de los derechos constitucionales [...], pero no estamos en ningún caso fuera del art. 10.2 CE... *same old, same old*» (MARTÍN RODRÍGUEZ, P. J., *loc. cit.*, p. 24). Como también anticipara UGARTEMENDÍA, el TC y el TJUE se diferencian en el modo de entender el rol que deben jugar los derechos de la Carta en el ámbito nacional a la hora de aplicar el Derecho de la Unión. Así el TC les sigue atribuyendo un rol en tanto que canon indirecto de constitucionalidad, a pesar de que el TJUE haya establecido claramente en su Sentencia *Melloni* que los Derechos de la Carta constituyen el canon de Derecho de la Unión a la hora de su aplicación (UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J. I., «La tutela judicial de los derechos fundamentales en el ámbito de aplicación nacional del derecho de la Unión Europea. Recientes acotaciones del Tribunal de Justicia y del Tribunal Constitucional Español», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 32, 2013, p. 403).

Teresa FAJARDO DEL CASTILLO
Universidad de Granada

3.11. La condición jurídica de los saharauis: nacionalidad, apatridia y asilo

SAHARA OCCIDENTAL.—Nacionalidad española.—Estatuto de apátrida.—Asilo.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.^a, de lo Contencioso-Administrativo) de 27 de enero de 2014 (ROJ STS 5648/2013). Ponente: Juan Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.^a, de lo Contencioso-Administrativo) de 28 de enero de 2014 (ROJ STS 138/2014). Ponente: Manuel Campos Sánchez-Bordona.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.^a, de lo Contencioso-Administrativo) de 28 de febrero de 2014 (ROJ STS 729/2014). Ponente: María Isabel Perelló Domenech.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.^a, de lo Contencioso-Administrativo) de 27 de marzo de 2014 (ROJ STS 1125/2014). Ponente: María Isabel Perelló Domenech.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.^a, de lo Contencioso-Administrativo) de 15 de abril de 2014 (ROJ STS 1495/2014). Ponente: Eduardo Espín Templado.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.^a, de lo Contencioso-Administrativo) de 25 de abril de 2014 (ROJ STS 1523/2014). Ponente: María Isabel Perelló Domenech.

1. Aunque sea algo obvio, es importante recordar que el Sahara Occidental es un territorio no autónomo, y por tanto, pendiente de descolonización, y que esta situación no ha cambiado desde que lo estableciera la Asamblea General de la ONU en 1960, a través de su Resolución 1542 (XV). Es importante recordar este hecho porque el paso del tiempo y los intereses de determinados Estados tienden a cubrir la historia con una capa de polvo que pretende hacer olvidar el origen del conflicto: la colonización española (1884-1975) y la posterior ocupación del territorio por Marruecos y

Mauritania, que dio lugar a la guerra de liberación nacional que concluyó con la declaración del alto el fuego el 6 de septiembre de 1991. En aquel momento el territorio estaba ya cercenado por un muro militar construido por Marruecos, y desde entonces la población saharauí se encuentra separada físicamente entre quienes permanecen en el territorio situado al oeste del mismo, ocupado en su totalidad por Marruecos desde la retirada de Mauritania del conflicto en 1979, quienes lo hacen en la parte del territorio situada al este del muro, controlada por el Frente POLISARIO, quienes residen en los campamentos de refugiados de Tinduf en el sur de Argelia y quienes viven en la diáspora.

2. Dejando a un lado los problemas inherentes al estatuto jurídico del territorio, y pese a que es precisamente en esta cuestión donde radica el problema que vamos a analizar, en las líneas que siguen vamos a examinar la compleja situación jurídica en que se encuentra la población saharauí. Así, si dejamos fuera de este análisis a las personas que se encuentran bajo el mandato del ACNUR en los campamentos de Tinduf, en el sur de Argelia, y a quienes, de una forma u otra, han conseguido inmigrar a otros países, las opciones personales del resto de saharauís se reparten entre quienes han conseguido o pretenden conseguir la nacionalidad española, y quienes, no teniendo esta posibilidad, optan por solicitar el estatuto de apátrida, o, en último caso, huyendo de los territorios ocupados por Marruecos, solicitan el asilo.

3. Como es sabido, por medio del Decreto de 21 de agosto de 1956, España puso en marcha una política de progresiva asimilación del territorio colonial al metropolitano y de la condición jurídica del habitante originario del mismo al nacional del territorio español. Este Decreto, que sustituyó la denominación de la «Dirección General de Marruecos y Colonias» por el de «Dirección General de Plazas y Provincias Africanas», fue desarrollado en relación con el entonces Sahara Español por medio de la Ley de 19 de abril de 1961 sobre la organización del territorio del «Sahara Español» (BOE de 21 de abril de 1961, *Aranzadi*, núm. 577) y otras normas, que tenían por objeto obviar las obligaciones internacionales que, de conformidad con la Carta de la ONU, le correspondían a España por el hecho de administrar un territorio colonial, con la ficción jurídica de que el territorio no tenía tal condición colonial, sino la de una provincia española más. En este contexto entraron en vigor numerosas normas que tendieron a imponer la nacionalidad española a todos los originarios del territorio, de forma que, de conformidad con el Derecho español, cabe afirmar que desde 1956 los saharauís disfrutaron de la nacionalidad española, aunque nunca se les dio la oportunidad de expresar su opinión sobre la cuestión.

4. La Ley de Descolonización de 21 de noviembre de 1975 quiso poner punto final a esta situación al derogar «las normas dictadas para la administración del Sahara en cuanto lo exija la finalidad de la presente ley» y señalar que «el Estado español ha venido ejerciendo, como Potencia administradora, plenitud de competencias y facultades sobre el territorio no autónomo del Sahara, que durante algunos años ha estado sometido en ciertos aspectos de su Administración a un régimen peculiar con analogías al provincial y que *nunca ha formado parte del territorio nacional*». Aunque, como veremos más adelante, esta afirmación no es del todo satisfactoria desde la perspectiva de nuestro derecho interno, ciertamente es correcta desde el punto de vista del Derecho internacional, ya que, de conformidad con la Resolución 2625 (XXV), el territorio no autónomo (Sahara Occidental) tiene una «condición jurídica distinta y separada» de la de la metrópolis (España). En este sentido, y como señalara BROWNLEE, si bien las Potencias administradoras podían ejercer determinadas competencias de carácter personal sobre los habitantes de los territorios dependientes,

como, por ejemplo, la protección diplomática, los mismos «no pueden ser nacionales de la Potencia administradora, por lo que, hasta cierto punto, *carecen de nacionalidad*» (BROWNLIE, I., *Principles of Public International Law*, 4.^a ed., Oxford, Clarendon Press, 1990, p. 395).

5. Aunque el Capítulo XI de la Carta de las Naciones Unidas y las resoluciones de la Asamblea General que lo desarrollaron nunca incluyeron entre las obligaciones de las Potencias administradoras la de permitir a la población optar en el momento de la descolonización entre su nacionalidad y la del nuevo Estado, fue ésta una política seguida de forma general en los procesos de descolonización africanos de los imperios británico, francés y portugués. El caso de las colonias españolas fue bien diferente, seguramente porque la colonización efectiva del Sahara Occidental fue tardía, ya que no comenzó hasta los años sesenta del siglo pasado, tras el descubrimiento de las minas de fosfatos de Bucraa, en un momento en el que el resto de potencias administradoras comenzaban a abandonar sus posesiones coloniales. Así, si bien el Real Decreto 2258/1976 dio a los saharauis una posibilidad teórica de optar por la nacionalidad española en el plazo de un año, mediante comparecencia ante el juez encargado del Registro Civil del lugar de su residencia española, dadas las circunstancias por las que atravesaba la población —conflicto bélico en el territorio y huida de gran parte de la misma hacia Tinduf— no fueron más de un centenar los saharauis, residentes en España, que pudieron presentar la solicitud, en lo que no era una opción real, ya que la alternativa a la nacionalidad española era la marroquí, Potencia ocupante, y no la del nuevo Estado saharauí, cuya existencia misma han negado desde su creación en 1976 los sucesivos Gobiernos españoles.

6. Aunque, como queda dicho, desde la perspectiva del Derecho internacional, los saharauis, como pueblo, nunca fueron españoles, el derecho de nuestro país contempla otra realidad. En efecto, los Estados son soberanos a la hora de establecer los requisitos necesarios para adquirir su nacionalidad, pero deben asumir que una vez establecidos, quienes los cumplan tienen derecho a adquirirla, aunque, obviamente, no de forma global, como pueblo, sino de forma individual. Durante muchos años la Dirección General de Registros y Notariado denegó las solicitudes que se fueron presentando por saharauis para adquirir la nacionalidad española con el argumento, utilizado a modo de cláusula de estilo, de que «el Sahara nunca fue territorio español a efectos de adquisición de nacionalidad, ni sus habitantes fueron españoles en sentido estricto, sino que aquel territorio se entendía sometido a la soberanía española y sus habitantes súbditos españoles, pero no nacionales». La jurisprudencia española siguió este mismo criterio (así, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de noviembre de 1994 señalaba que, «al no poder considerarse el Sahara como territorio español no es aplicable al interesado lo dispuesto en el art. 22.3.1 del Código Civil» —este artículo regulaba la adquisición de nacionalidad por residencia de un año en territorio nacional—) hasta que, en 1998, el Tribunal Supremo reconoció la nacionalidad española por posesión de estado a un saharauí que no pudo ejercer el mencionado «derecho de opción» regulado por el Real Decreto 2258/1976. Desde entonces son innumerables los casos en los que se ha reconocido la nacionalidad española a originarios del territorio que cumplían con los requisitos establecidos en la mencionada sentencia. Aunque, como es habitual en nuestro país, no siempre se mantiene un criterio uniforme a la hora de resolver los expedientes, puede afirmarse que, en principio, se les reconoce la nacionalidad a los saharauis que pueden acreditar la posesión de la nacionalidad española durante diez años —en especial, si poseen documentación española propia (DNI, certificado de nacimiento, libro de familia...)— y que su nacimiento es inscrito en el Registro Civil Central. El hecho es que es tal el

número de solicitudes de nacionalidad que se han presentado en los más de tres lustros que han transcurrido desde entonces que el Ministerio del Interior ha editado una «Guía de Documentos para Saharauis», en la que se ofrecen pautas a los interesados respecto de los documentos acreditativos de datos relevantes para la obtención de la nacionalidad española que se conservan en los archivos del mencionado Ministerio (disponibles en su web).

7. Por otra parte, con carácter general se puede afirmar que los saharauis no pretenden ser españoles por una cuestión sentimental o de arraigo en nuestro país, sino que, a falta de una nacionalidad saharauí reconocida, la necesitan tanto para poder residir legalmente en un país de la Unión Europea y disfrutar de los derechos que se reconocen a sus ciudadanos, algo que, tras casi cuarenta años de exilio es perfectamente comprensible, como, fundamentalmente, para poder entrar y salir sin mayores dificultades en y desde Argelia o Mauritania (país éste último donde residen miles de saharauis), ya que en estos Estados conseguir el documento de viaje o el visado se convierte en ocasiones en una auténtica odisea.

8. Lamentablemente, pese a que a los ojos de las Naciones Unidas sigue bajo su administración, desde que abandonó el territorio a su triste suerte, nuestro país no ha asumido la protección de sus habitantes, y lo que es peor, no ha sido capaz de establecer unos criterios generales que permitan a las diferentes administraciones españolas actuar con uniformidad, reconociendo a los saharauis una condición jurídica determinada. Tal es el caos que existe en este ámbito que, por ejemplo, la primera persona saharauí a la que el Tribunal Supremo le reconoció la condición de apátrida (STS de 20 de noviembre de 2007, recurso de casación —en adelante RC— núm. 10503/2003), que estableció por primera vez la condición de apátrida de una saharauí, obtuvo días más tarde ante otra jurisdicción... la nacionalidad española. Pero es más. Ni siquiera el propio Registro Civil Central sigue idénticos criterios a la hora de resolver los expedientes de nacionalidad, de forma que mientras que muchos saharauis han obtenido la nacionalidad por el trámite de «simple presunción» y sus nacimientos han sido inscritos sin mayores contratiempos, otros que cumplen los mismos requisitos han visto denegadas sus solicitudes.

9. La vía de la nacionalidad sigue abierta y son muchos los que la siguen accionando ante los tribunales, pero no siempre es fácil para los saharauis conseguir la documentación necesaria para poder acceder a ella, puesto que, si, por una parte, muchos de ellos fueron desposeídos por la fuerza de su documentación española por el ejército marroquí en el momento de la ocupación del territorio, por otra, gran parte de la documentación acreditativa de que en algún momento los solicitantes tuvieron la nacionalidad española se encuentra dispersa en diferentes centros de documentación, registros civiles y juzgados de la geografía española... cuando no durmiendo el sueño de los justos en cajas amontonadas bajo el polvo. Por ello, muchos de ellos han optado por la que, probablemente, es la vía compatible con el Derecho internacional más coherente con su condición de pueblo: el estatuto de apátrida.

10. Durante décadas la Dirección General de Registros y Notariado vino denegando el reconocimiento tanto de la nacionalidad española como del estatuto de apátrida a quienes, procedentes de los territorios ocupados saharauis, entraban en España con pasaporte expedido por Marruecos (por entender que poseían tal nacionalidad), y a quienes, procedentes de los campamentos de refugiados, presentaban el documento de viaje argelino (entendiendo del mismo modo que poseían tal nacionalidad). El tiempo hizo que esta posición variara hacia la más pura lógica que ofrece el Derecho internacional.

11. Si, de conformidad con la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de la ONU, España no podía imponer de forma global su nacionalidad al pueblo saharauí por no poseer la soberanía sino la administración sobre el territorio, con más razón debe negársele tal posibilidad a Marruecos, que no sólo no es su soberana, sino que ni siquiera es su administradora, por más que en algunos documentos de la ONU se le llegue a calificar de «Potencia administradora *de facto*», pues si bien Marruecos «administra *de facto*» el territorio, en la medida en que es la Potencia ocupante y por ello nadie más puede hacerlo, no es Potencia administradora, ni *de iure* ni *de facto*, pues tal condición nunca le fue reconocida por la ONU, que sin embargo la ha calificado abiertamente de ocupante.

12. En el caso de Argelia son las propias autoridades de este país las que niegan la condición de nacionales suyos a los refugiados saharauíes. Para que éstos puedan salir de su territorio, el Gobierno argelino expide en su favor un documento que, tal y como ha afirmado abiertamente cuando se le ha requerido para ello, pese a tener la apariencia externa de un pasaporte, es tan solo un documento de viaje, algo que pese a importantes reticencias iniciales de nuestros jueces y la persistente oposición del Abogado del Estado, finalmente ha conseguido penetrar en la jurisprudencia española (véanse a modo de ejemplo, entre otras, las SSTs de 20 de noviembre de 2007, RC núm. 10503/2003; de 25 de junio de 2008, RC núm. 1415/06, o la más reciente de 29 de mayo de 2012, RC núm. 3768/2010).

13. Si los saharauíes no son españoles, marroquíes, ni argelinos, sólo les quedan dos posibilidades: ser nacionales saharauíes ante los países que reconocen a la República Árabe Saharaui Democrática y apátridas ante el resto, hasta el día en que se establezca de forma definitiva por las Naciones Unidas que se ha culminado la descolonización y que el territorio tiene un estatuto definitivo.

14. Además de las dos opciones apuntadas, nacionalidad y apatridia, la población saharauí que se ha visto obligada a abandonar el territorio en los últimos años huyendo de la represión marroquí está utilizando una tercera, el asilo, una opción estrechamente vinculada a la última apuntada, en la medida en que, en muchas ocasiones, quienes han solicitado el asilo al llegar al territorio español han pedido que se les reconozca subsidiariamente la condición de apátridas.

15. Tras el desmantelamiento violento por parte del ejército marroquí del campamento de Gdeim Izik, situado a 12 kilómetros de El Aaiún, en el que, según fuentes del propio Gobierno marroquí, se concentraron más de 20.000 personas (10 de octubre de 2010), y tras la represión generalizada en todo el Sahara Occidental contra quienes habían participado en su organización, denunciada entre otras organizaciones internacionales por *Amnistía Internacional*, *Human Rights Watch*, cuyos informes son recordados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH, 22 de abril de 2014) o incluso marroquíes, como la *Asociación Marroquí de Derechos Humanos* (véase *Rapport alternatif. Evaluation de la mise en oeuvre de la Convention contre la torture et autre peine ou traitement cruel, inhumain ou dégradant par le Maroc, soumis au Comité contre la torture des Nations Unies à l'occasion de l'examen du 4e rapport périodique du Maroc, 47e session, novembre 2011*), huyendo de esta persecución, entre el 5 de enero de 2011 y el 19 de agosto de 2012, decenas de saharauíes llegaron por diferentes vías a las costas españolas y solicitaron el asilo.

16. La respuesta a este drama humano de quien *de iure* sigue siendo la potencia administradora del territorio no fue diferente de la posición que ha mantenido desde 1975, con independencia del color de los sucesivos Gobiernos de la democra-

cia. Aunque formalmente nunca lo haya admitido, e incluso lo haya llegado a negar expresamente (con ocasión del incidente protagonizado por la activista de derechos humanos Aminetu Haidar, la secretaria de organización del PSOE, afirmó el 21 de diciembre de 2009 que «España no reconoce la soberanía de Marruecos sobre el Sahara Occidental»), de la actitud de nuestro Gobierno se deduce con claridad que, en su opinión (o en su deseo) el territorio de su antigua colonia africana forma parte de Marruecos. Así, en las resoluciones denegatorias del derecho de asilo del Ministerio del Interior es habitual la referencia al territorio del que proceden como «Marruecos» y a los «nacidos en el territorio del antiguo Sahara Español» como «nacionales de Marruecos». En el ámbito judicial se ha relativizado levemente esta afirmación a partir de este mismo año de 2014, cuando el Tribunal Supremo se ha referido a la nacionalidad de un saharauí que reclama el asilo en los términos de «nacionalidad saharauí no reconocida» (STS de 28 de febrero de 2014, RC núm. 753/2013), lo que resulta mucho más apropiado de conformidad con el Derecho internacional. Lamentablemente, pese a recordar el contenido del Informe de Hans Corell de 2002 («el Acuerdo de Madrid *no transfirió la soberanía* sobre el Territorio ni confirió a ninguno de los signatarios la condición de Potencia administradora, condición que España, por sí sola, no podía haber transferido unilateralmente. La transferencia de la autoridad administrativa sobre el Territorio a Marruecos y Mauritania en 1975 no afectó la condición internacional del Sahara Occidental como Territorio no autónomo» —S/2002/161—), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos utilizará en su Sentencia de 22 de abril de 2014 términos parecidos a los que hasta la mencionada Sentencia del Tribunal Supremo venían empleando los tribunales españoles [«las demandas se refieren a procedimientos de devolución de los demandantes a *Marruecos (Sahara Occidental)*»], lo que, dada su condición de tribunal internacional, es especialmente grave. Sin necesidad de entrar en mayores análisis, habría sido suficiente, una simple referencia a la devolución de los demandantes «al territorio no autónomo del Sahara Occidental».

17. Pero veamos cómo se desarrolla el procedimiento desde la entrada de los solicitantes al país. A su llegada a España, éstos presentan una solicitud de asilo y de protección subsidiaria sobre la base del riesgo que correrían, en caso de ser devueltos a su tierra, de ser objeto de graves represalias. El relato de los solicitantes se articula habitualmente en torno a dos circunstancias: haber sido detenidos con anterioridad por sus actividades políticas a favor de la autodeterminación (en especial como consecuencia de la denominada Intifada saharauí, que se produjo en 2005, aunque también en los años posteriores, y haber sufrido torturas y malos tratos durante la detención), y haber participado en la organización del campamento de Gdeim Izik. En el relato de la mayoría de las solicitudes se denuncian graves violaciones de derechos humanos que van desde el allanamiento de sus domicilios por la policía marroquí hasta malos tratos, tortura e incluso violaciones sexuales tanto de los solicitantes como de sus familiares. Igualmente algunos de los solicitantes denuncian haber cumplido condenas en prisiones marroquíes por supuestos delitos de tráfico de estupefacientes, acusación habitual contra los saharauís que se han involucrado personalmente en la defensa del derecho de autodeterminación de su pueblo, en especial a partir de las movilizaciones de 2005.

18. De conformidad con la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, la inadmisión a trámite únicamente puede acordarse por razones de índole formal y objetivada, y no con base en valoraciones propias del estudio del tema de fondo planteado por el solicitante en su relato (arts. 20 y 21.1). De acuerdo con esta ley el Ministerio del Interior tiene tres posibles opciones:

a) No admitir a trámite la solicitud, de forma razonada, en un plazo de un mes (el silencio tendría como consecuencia la admisión a trámite y la permanencia provisional del solicitante en el territorio). Las causas de inadmisión están taxativamente establecidas en el art. 20.1 de la Ley: falta de competencia para su examen [porque no corresponda a España su examen con arreglo al Reglamento (CE) 343/2003, del Consejo, de 18 de febrero, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país, o porque no corresponda a España su examen de conformidad con los Convenios Internacionales en que sea Parte], y falta de requisitos (cuando la persona solicitante se halle reconocida como refugiada y tenga derecho a residir o a obtener protección internacional efectiva en un tercer Estado, cuando, de conformidad con lo establecido en el art. 27 de la Directiva 2005/85/CE del Consejo, proceda de un tercer país seguro, cuando hubiese reiterado una solicitud ya denegada en España y cuando sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea).

b) Denegar la solicitud, de forma razonada, en un plazo máximo de cuatro días por las siguientes causas: que plantee cuestiones no relacionadas con los requisitos para solicitar el asilo, que proceda de un país seguro del que sea nacional o en el que resida como apátrida, que pueda ser considerada persona peligrosa para la seguridad de España, y, esto es lo más importante en el caso que nos ocupa, que las alegaciones sean «incoherentes, contradictorias, inverosímiles, insuficientes, o que contradigan información suficientemente contrastada sobre su país de origen, o de residencia habitual si fuere apátrida, de manera que pongan claramente de manifiesto que su solicitud es infundada por lo que respecta al hecho de albergar un fundado temor a ser perseguida o a sufrir un daño grave» [art. 2.2.b)].

c) Admitir la solicitud dándole «en todo caso» la tramitación de urgencia (art. 25.2).

19. Aunque en nuestra jurisprudencia existen precedentes de solicitudes de asilo presentadas por saharauis con anterioridad a 2010, en especial por personas que procedían del Sahara Occidental en periodos de rebrotes de la violencia, las causas de denegación tenían más que ver con la generalidad e inconsistencia de las alegaciones («temor a ser perseguido») que con los datos objetivos que pudieran explicar «ni siquiera a nivel indiciario» la existencia de tal temor. Así, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2008 denegaba el asilo a una persona que había alegado como única causa para obtener el asilo su condición de saharauí, ya que no había mencionado hechos de persecución concretos y había reconocido que no había sido detenido nunca por tal motivo.

20. Es a partir de la represión generalizada en todo el territorio iniciada la víspera de la intervención del ejército en Gdeim Izik (7 de noviembre de 2010), en la que la tortura se convirtió en una práctica generalizada contra la población saharauí (tal y como, entre otros, fue denunciado por el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes en su informe de 28 de febrero de 2013 —A/HRC/22/53/Add.2—), cuando decenas de personas que participaron en la organización del campamento se vieron obligadas a huir de forma precipitada a bordo de pateras, y llegaron a las costas españolas, donde solicitaron el asilo, y, subsidiariamente, el estatuto de apátrida.

21. Como regla general, el Ministerio del Interior español denegó la concesión del asilo tanto en la fase de examen como de reexamen de las solicitudes, basando esta decisión en el carácter «genérico, vago e impreciso» de las alegaciones, y en el

hecho de que las solicitudes contenían «alegaciones contradictorias en sí mismas» y que presentaban «contradicciones sustanciales con información suficientemente contrastada sobre su país de origen». En su opinión, los solicitantes no probaban suficientemente haber sido objeto de persecución, dado que, en la mayoría de los casos, las fuentes consultadas, en algunos casos muy exhaustivas en sus informes (en especial, los informes de las asociaciones de derechos humanos saharauis, pero también, sorprendentemente, informaciones publicadas por los corresponsales de los diarios españoles *El Mundo* o *El País*), no hacían mención expresa de los solicitantes (tan solo, y de forma excepcional, la STS de 27 de marzo de 2013 consideró esencial a la hora de estimar el recurso de casación la notoriedad mediática que se le había dado al solicitante). En este sentido, debe destacarse que, además de las razones apuntadas por el ACNUR en sus informes para explicar el hecho de que algunos de los nombres de los solicitantes no aparecieran entre los de las personas que habían sido víctimas de la represión (informes a los que haremos referencia más adelante), los solicitantes insistieron en importantes motivos de seguridad, dado que las represalias contra la población, incluidos los familiares de personas consideradas por Marruecos como activistas de derechos humanos, están a la orden del día en el territorio. En el mismo sentido, muchos de los solicitantes se encontraron ante la práctica imposibilidad de demostrar haber sido objeto de detenciones por causas políticas en años precedentes, puesto que, tal como han denunciado de forma reiterada *Amnistía Internacional* y *Human Right Watch* (véase, por ejemplo, el Informe de Amnistía Internacional de 24 de noviembre de 2005), son numerosos los casos comprobados de detenciones ilegales y desapariciones forzadas en prisiones secretas, que en algunas ocasiones han llegado a ser incluso reconocidas posteriormente por el propio Gobierno de Marruecos.

22. Pese a que, como queda dicho, de conformidad con lo establecido por la Ley 12/2009, sólo debían tramitarse por el procedimiento de urgencia las solicitudes que hubieran sido formalmente admitidas a trámite, lo que ocurre cuando no hayan sido directamente inadmitidas por la vía del art. 21.1 en relación con el 20, o cuando no hayan sido directamente denegadas por la vía del art. 21.2, el Ministerio del Interior optó por aplicar el procedimiento de urgencia para denegar sistemáticamente las solicitudes de asilo. Afortunadamente el Tribunal Supremo ha venido a corregir esta actuación, reiterando a partir de 2012 lo inadecuado de la vía elegida, dado que «este procedimiento brevísimo (de cuatro días) [...] comporta una patente disminución de garantías para el solicitante» (entre otras cosas, no requiere que se informe a la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio —en adelante, CIAR—), por lo que su aplicación debe ser «prudente y restrictiva» (SSTS de 27 de marzo de 2013, RC núm. 2529/2012; de 10 de junio, RC núm. 3735/2012; de 24 de junio de 2013, RC núm. 3434/2012; de 21 y 22 de noviembre de 2013, RC núms. 4446/2012 y 4359/2012 respectivamente; de 28 de noviembre de 2013, RC núm. 4362/2012; de 27 y 28 de enero de 2014, RC núms. 4362/2012 y 51/2013, respectivamente; de 28 de febrero de 2014, RC núm. 753/2013; de 27 de marzo de 2014, RC núm. 2975/2013, y de 15 y 25 de abril de 2014, RC núms. 3481/2013 y 1676/2013, respectivamente). Igualmente, el alto tribunal ha dejado claramente establecido que cuando la incoherencia, inverosimilitud o insuficiencia de la información del relato «no es manifiesta, obvia o patente» —circunstancia que se da en contadísimos casos—, se debe admitir a trámite la solicitud, y se le debe dar el curso del procedimiento de urgencia establecido en el art. 25.2 de la Ley 12/2009, llevando a cabo los actos de instrucción necesarios para verificar la verosimilitud del relato, y permitiendo que intervenga en el procedimiento la CIAR.

23. Pero es que al utilizar esta vía de urgencia, el Ministerio del Interior no sólo ha impedido a la CIAR participar en la instrucción del caso, sino que ha venido ob-

viando sistemáticamente los informes presentados por el ACNUR. La Audiencia Nacional, ahondando en este error, y demostrando un preocupante desconocimiento de cuestiones básicas de Derecho internacional, descartó la necesidad de tener en cuenta los informes del ACNUR, que en su opinión, «carece de relación orgánica con la Administración, cosa que, además de ser manifiestamente contraria a su estatuto, pudiera comprometer su independencia de criterio» (Sentencia de la Audiencia Nacional de 9 de octubre de 2012). Afortunadamente el Tribunal Supremo ha puesto un poco de cordura en este tema al afirmar que la Administración debe tener necesariamente en cuenta el informe del ACNUR, en los siguientes contundentes términos: «No consta que la Administración prestara la menor atención a lo apuntado por el ACNUR en sus informes, pues no figura ninguna mención o razonamiento sobre ellos, lo que supone una evidente infracción de la Ley 12/2009, que atribuye a este Organismo un trascendente papel en la investigación de las solicitudes de asilo, tal y como se resalta, en la propia exposición de motivos de la Ley, que indica: “Mención específica debe hacerse en este punto al Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), a quien se le reconoce el importante papel que desempeña en la tramitación de las solicitudes de asilo en España, reforzando así las garantías del procedimiento”, y se resalta en los arts. 34 y 35» (STS de 27 de marzo de 2013). Con posterioridad, el TS rebajó la dureza de esta afirmación, señalando que «no consta que la Administración tuviera en cuenta lo apuntado por el ACNUR...» (SSTS de 10 y 24 de junio de 2013), pero, probablemente cansado de repetir en sus sentencias una y otra vez la misma argumentación, recuperó la retórica más dura en su Sentencia de 28 de noviembre de 2013.

24. En efecto, los informes presentados por el ACNUR en relación con cada una de las solicitudes fueron obviados por el Ministerio, pese a que en numerosos casos llegó a afirmar que «el hecho de que el nombre del interesado no aparezca en determinadas fuentes no implica que los problemas que dice haber tenido con las autoridades marroquíes no hayan tenido lugar, por todo lo cual se recomienda la admisión a trámite de la solicitud a fin de llevar a cabo un estudio en profundidad de la necesidad de protección internacional». Incluso el ACNUR expresó su opinión favorable al «examen en profundidad» de determinadas solicitudes entendiendo, por ejemplo, que las alegaciones «tendrían cabida en el art. 1A de la Convención de Ginebra y no resultan inverosímiles» (informe en la fase de examen) o que «la información contenida en el expediente del interesado [...] hace recomendable que la presente solicitud sea admitida a trámite a fin de llevar a cabo un estudio en profundidad de su posible necesidad de protección internacional» (informe en la fase de reexamen) —SSTS de 28 de enero de 2014, RC núm. 51/2013; de 27 de marzo de 2014, RC núm. 2975/2013, y de 25 de abril de 2014, RC núm. 1676/2013—. Sorprendentemente, el Ministerio del Interior entendía que el ACNUR «no constata la necesidad de protección internacional, y, por tanto, no se puede tener por acreditada y así determinar la veracidad y alcance de la situación personal del solicitante». Esta argumentación se repite de forma prácticamente literal en la inmensa mayoría de resoluciones del Ministerio, y, aunque en un primer momento fue asumida por nuestros tribunales (STS de 27 de septiembre de 2012), a partir de 2013 el alto tribunal decidió, finalmente, rectificar este criterio (STS de 27 de marzo de 2013, RC núms. 2429/2012 y 2529/2012).

25. Los recursos presentados contra las resoluciones del Ministerio del Interior tras las fases de examen y reexamen fueron rechazados por la Audiencia Nacional, por lo que los solicitantes presentaron los correspondientes recursos de casación ante el Tribunal Supremo, que, como criterio general, ha establecido que deben admitirse a trámite las solicitudes de asilo. Es cierto que este criterio general tiene

alguna excepción, si bien el planteamiento particular del caso difería abiertamente del resto. Es el caso de la STS de 16 de diciembre de 2013 (RC núm. 951/2013), que confirmaba la Sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de febrero de 2013, que denegaba el asilo a un saharauí que llegó a Lanzarote en patera, y que una vez dictada una orden de devolución se fugó del centro de internamiento, para posteriormente solicitar el asilo. En este caso el tribunal entendió que lo que se impugnaba no era el procedimiento de urgencia aplicado (el solicitante renunció incluso al reexamen en el periodo de instrucción), sino la causa de la denegación (incoherencia y contradicciones en el relato), que primero la Audiencia Nacional y luego el propio Tribunal Supremo consideraron manifiestamente mal fundada, puesto que el solicitante ni siquiera fue capaz de concretar las fechas en que se encontraba en el campamento de Gdeim Izik.

26. Como queda dicho, si dejamos a un lado este caso excepcional, asumiendo las argumentaciones recogidas en los informes del ACNUR, el Tribunal Supremo ha considerado que el procedimiento de urgencia utilizado es improcedente y ha ordenado a la Administración española que admita las solicitudes de asilo, continuando la tramitación del procedimiento administrativo en los términos previstos legalmente.

27. Por otra parte, tan solo unos días antes de la fecha en que se hiciera pública una de las últimas sentencias que comentamos (STS de 25 de abril de 2014) —la última ha sido publicada el 23 de julio de 2014 (STS de 23 de julio de 2014, RC núm. 2981/2013)—, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos había dictado una sentencia a la que hemos hecho ya referencia (STEDH, 22 de abril de 2014), que afectaba a la totalidad de casos analizados por el Tribunal Supremo. Esta sentencia, que agrupaba treinta solicitudes de medidas provisionales presentadas entre el 28 de enero de 2011 y el 1 de octubre de 2012, aunque en la fecha de su publicación, tal y como afirmaba expresamente, el alto tribunal desconocía el contenido de las sentencias que venimos comentando. Como punto de partida, y para impedir la devolución de los solicitantes, en diferentes fechas entre enero de 2011 y octubre de 2012, el presidente en funciones había decidido aplicar el art. 39 del Reglamento del TEDH, indicando al Gobierno español que «era deseable, en el interés de las partes y del buen desarrollo del procedimiento ante el TEDH no expulsar a los demandantes durante la tramitación del procedimiento ante el TEDH».

28. Aunque el Tribunal no cuestiona la competencia de las autoridades españolas para examinar las solicitudes y documentos que presentan los demandantes y «evaluar los riesgos que corren en Marruecos (*sic*)», y entiende la necesidad de que Estados que, como España, reciben un gran número de solicitantes de asilo, dispongan de procedimientos de asilo acelerados que eviten la saturación del sistema, en especial en relación con solicitudes claramente abusivas o manifiestamente infundadas, afirma que la rapidez de tal procedimiento «no debe ir en detrimento de la efectividad de las garantías procesales esenciales que pretenden proteger a los demandantes de una expulsión a Marruecos». Tal y como ha dejado claramente establecido en su jurisprudencia, «cuando un individuo se queja de manera defendible de que su devolución le expondría a un trato contrario al art. 3 del Convenio, los recursos sin efecto suspensivo no pueden ser considerados como efectivos en el sentido del art. 35.1 del CEDH», y es éste precisamente el caso en el que se encuentran los demandantes saharauís, puesto que el temor a los malos tratos que pueden padecer en caso de retorno a su país de origen «no son, a primera vista y sin prejuzgar de manera alguna la valoración de las jurisdicciones españolas en cuanto a su fundamento,

irracionales o manifiestamente desprovistas de fundamento, tanto en razón de la situación general en Marruecos resultante del desmantelamiento del campamento de Gdeim Izik en el Sahara Occidental como de las situaciones particulares alegadas por los demandantes». Por todo ello, el TEDH entiende que los solicitantes no disfrutaron del derecho a un recurso efectivo, hasta el punto de que «sin su intervención, los demandantes habrían sido expulsados a Marruecos sin que el fundamento de sus recursos hubiera hecho objeto de un examen tan riguroso y rápido como posible [...], no teniendo, los recursos contenciosos administrativos que habían interpuesto como tales, efecto suspensivo automático susceptible de suspender la ejecución de las órdenes de expulsión pronunciadas en su contra». Esta afirmación sirvió al Tribunal para rechazar la excepción planteada por la representación española del no agotamiento de los recursos internos.

29. En conclusión, entendiendo que los demandantes no dispusieron de un recurso efectivo, afirmó que España violó el art. 13 del CEDH combinado con los arts. 2 y 3 del mismo. Igualmente insistió en que, en aplicación del art. 39 de su Reglamento, «es deseable», en el interés del buen desarrollo del procedimiento, no expulsar a los demandantes hasta que la presente sentencia sea firme o el TEDH dicte otra decisión al respecto, y que el Estado demandado debe garantizar la permanencia de los demandantes en territorio español durante el examen de sus causas y hasta que se dicte una decisión interna definitiva sobre sus solicitudes de protección internacional.

30. Pese a que tanto el Tribunal Supremo español como el TEDH han establecido la obligación de la Administración española de admitir a trámite las solicitudes de asilo mencionadas, en la fecha en que se escriben estas líneas (julio de 2014) no tenemos constancia de que exista una decisión definitiva sobre la cuestión, y no parece que esta eventualidad se vaya a producir de forma inmediata. Aunque sería deseable que, aprovechando la ocasión, el Gobierno español se decidiera de una vez por todas a adoptar una política clara y uniforme en relación con la diversidad de situaciones en que se encuentran los saharauis que, bien llegan a España procedentes de Tinduf, Mauritania o del Sahara Occidental, bien residen en nuestro país en situaciones no siempre legales, no parece que esto vaya a ocurrir. Y es que no son éstos los únicos casos que se hallan pendientes de resolución. Entre los casos pendientes que nos hacen pensar que no va a cambiar la actitud de nuestro Gobierno, es elocuente el del Sr. Hassana Aalia: transcurridos más de dos años desde que presentó la solicitud de asilo (solicitud núm. 1149216, de 16 de enero de 2012) este activista de derechos humanos, uno de los veinticinco acusados de haber participado en la organización del campamento de Gdeim Izik, que fue condenado en rebeldía por el Tribunal Militar Permanente de Rabat a cadena perpetua (¡después de haber sido condenado previamente por los mismos hechos a cuatro meses de arresto!), sigue esperando una resolución que nunca llega. Y es que en estas situaciones en las que, con la Ley de 2009 en la mano, difícilmente se puede denegar el asilo, a la Administración española le resulta más cómodo no resolver que admitir expresamente que Marruecos es responsable de graves violaciones de derechos humanos de la población saharauí.

31. Quien escribe estas líneas participó como observador internacional como miembro de una delegación de AIODH (Asociación Internacional para la Observación de los Derechos Humanos) en el juicio celebrado ante el Tribunal Militar Permanente de Rabat contra 25 activistas de derechos humanos saharauis, acusados de haber asesinado a soldados marroquíes cuando éstos procedían al desalojo violento del campamento de Gdeim Izik, origen de la represión posterior que ocasionó la huida del

territorio y las posteriores peticiones de asilo que se analizan en este estudio. En un extenso informe disponible en su página web (www.aioh.org) pueden consultarse tanto los acontecimientos que se produjeron desde que se comenzó a organizar el campamento hasta su desalojo y la represión posterior, como las circunstancias en que se desarrolló la vista oral.

Juan SOROETA LICERAS
Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea