

A) JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA EN MATERIA DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO*

Coordinación a cargo de
Jessica María ALMQVIST
Investigadora Ramón y Cajal
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. PRESENTACIÓN GENERAL.—3. COMENTARIOS DE SENTENCIAS.—3.1. La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Las SSTEH de 10 de julio de 2012 (Sala) y 21 de octubre de 2013 (Gran Sala) sobre la *doctrina Parrot*.—3.2. La expulsión de progenitores extranjeros de menores de nacionalidad española: libertad de circulación y residencia y protección de la vida familiar.—3.3. Delito de torturas y derecho a la tutela judicial efectiva.—3.4. Caso del genocidio del Tíbet. ¿Hacia una nueva reforma exprés de la jurisdicción universal?—3.5. Piratería en las costas de Somalia. Jurisdicción universal (art. 23.4 LOPJ).—3.6. El abordaje de buques en las operaciones de lucha contra el narcotráfico.—3.7. Revocación de la condición de refugiado por riesgo para la seguridad nacional.—3.8. El derecho de asilo y los límites a su aplicación por delito de lesa humanidad.—3.9. Competencia exclusiva del Estado para celebrar tratados internacionales: Acuerdo de pesca del País Vasco con Mauritania.

1. INTRODUCCIÓN

1. La presente crónica comprende la jurisprudencia recaída desde julio hasta diciembre de 2013 y sigue los criterios aplicados desde el número 2012.1 de esta cró-

* Desde el núm. 2 de 2012, esta crónica de jurisprudencia está a cargo de un equipo compuesto por cuatro coordinadores: Jessica Almqvist (Investigadora Ramón y Cajal en la UAM), Alberto Arrufat (Profesor Contratado Doctor, Agregado en la Universidad Católica de Valencia), Cristina Izquierdo (Profesora Titular en la UAM) y Ana Peyró (Profesora Titular e Investigadora Ramón y Cajal en las Universidades de Cergy-Pontoise y Jaume I), bajo la dirección de los Catedráticos Jorge Cardona (Universidad de Valencia) y Javier Díez-Hochleitner (UAM). Cada crónica se elabora bajo la responsabilidad principal de uno de los coordinadores.

nica, es decir, destaca las referencias a los pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales y del Tribunal Constitucional que contienen elementos relevantes de Derecho internacional público (DIP). En concreto, en esta crónica se considera las decisiones tanto del Tribunal Constitucional (TC), como del Tribunal Supremo (TS), los Tribunales Superiores de Justicia (TSJ), la Audiencia Nacional (AN) y algunas Audiencias Provinciales (AP).

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 los derechos humanos con numerosas referencias a la jurisprudencia del TEDH. No obstante, cabe señalar que en este número también reseñamos sentencias que abordan otros temas de interés: el alcance de la jurisdicción universal sobre crímenes internacionales, como el genocidio y la piratería, el derecho de asilo, incluso la revocación del estatus del refugiado, el Derecho del mar, la inmunidad del Estado extranjero y los límites a la acción exterior de las Comunidades Autónomas.

2. PRESENTACIÓN GENERAL

1. Durante el segundo semestre de 2013 los tribunales españoles han continuado su labor como aplicadores e intérpretes del DIP. Las sentencias reseñadas en la crónica demuestran la constante necesidad de tomar en cuenta las normas, resoluciones y sentencias internacionales en el proceso judicial español. También la actuación de los tribunales españoles como garantes del cumplimiento de las obligaciones internacionales oponibles a España, sin perjuicio de las dificultades interpretativas y aplicativas a las que en muchas ocasiones se enfrentan (y no siempre con acierto).

2. La Sentencia de la Gran Sala del TEDH confirmando que la *doctrina Parot* vulnera el principio de legalidad penal y el derecho a la libertad ha dado lugar a numerosos Autos de excarcelación dictados por la AN y por diversas Audiencias Provinciales que, debido a su indudable interés, son objeto de un comentario detallado en el apdo. 3.1 de esta crónica.

3. En materia de *extranjería, la libertad de circulación y residencia y la protección de la vida familiar*, merece una consideración especial la STC 186/201, en la que se aborda un supuesto de expulsión de una extranjera, madre de una menor de nacionalidad española. La sentencia se separa expresamente de la jurisprudencia de Estrasburgo que defiende que, en tales casos, la expulsión podría vulnerar el derecho a la vida familiar. Aborda igualmente la libertad de circulación y residencia de los ciudadanos de la UE, acogiendo por vez primera la jurisprudencia de Luxemburgo que rechaza aquellas medidas que tengan por efecto privarles del disfrute efectivo de la esencia de sus derechos. Se encuentra un comentario más extenso de esta sentencia en el apdo. 3.2 de la presente crónica.

4. Son destacables asimismo dos sentencias acerca del delito de la *torturas*. En primer lugar una sentencia de la Sala Segunda del TS de 11 de julio de 2013, que realiza un estudio de la legislación española a la luz del Convenio contra la tortura de 1984. En segundo lugar, STC 153/2013, a propósito de una denuncia de torturas

sufridas bajo custodia policial. Ambas sentencias son objeto de un comentario en el apdo. 3.3 de esta crónica.

5. En relación con la protección de los derechos humanos, también merece ser destacada la STC 170/2013, por la que se desestima un recurso de amparo interpuesto a resultas de un despido confirmado mediante Sentencia de 15 de julio de 2009 del TSJ de Madrid (Juzgado de lo Social núm. 16) que, según el demandante, vulneró sus *derechos a la intimidad personal* (art. 18.1 CE) y al *secreto de las comunicaciones* (art. 18.3 CE). El despido del recurrente se produjo tras una intervención empresarial de las comunicaciones electrónicas sin autorización del trabajador. El TSJ de Madrid consideró como lícita en el proceso de despido la aportación por la empresa del contenido de determinados correos electrónicos del demandante (FJ 3). La sentencia del TC resulta de interés en la medida en que en su razonamiento se inspira fundamentalmente en la jurisprudencia de Estrasburgo. De entrada afirma que «los correos enviados desde el lugar del trabajo» están incluidos en el ámbito de protección del art. 8 CEDH a la vista de que pueden contener datos sensibles que afecten a la intimidad y al respeto a la vida privada (STEDH de 3 de abril de 2007, caso *Copland c. Reino Unido*, apdos. 41 y 44). Pero a continuación, apunta que «el ámbito de cobertura de este derecho viene determinado por la existencia en el caso de una expectativa razonable de privacidad o confidencialidad». Apoyándose en dos sentencias del TEDH (STEDH de 25 de septiembre de 2001, *P.G. y J.H. c. Reino Unido*, apdo. 57, y de 28 de enero de 2003, *Peck c. Reino Unido*, apdo. 58), el TC aclara el significado de este límite, destacando que «cuando el empleado se encuentra en un paraje inaccesible o en un lugar solitario debido a la hora del día, puede conducirse con plena espontaneidad en la confianza fundada de la ausencia de observadores. En cambio, no pueden abrigarse expectativas razonables al respecto cuando de forma intencional, o al menos de forma consciente, se participa en actividades que por las circunstancias que las rodean, claramente pueden ser objeto de registro o de información pública» (FJ 5b). Según el Alto Tribunal, en el presente supuesto no puede apreciarse «que el trabajador contara con una expectativa razonable de privacidad respecto a sus correos electrónicos registrados en el ordenador de la entidad empresarial». De especial relevancia es el hecho de que «la habilitación por la empresa de esta herramienta informática como medio para llevar a cabo el adecuado cumplimiento de la prestación de trabajo y el hecho de que su uso para fines distintos de los relacionados con el contenido de la prestación laboral estuviera tipificado en el Convenio colectivo aplicable como infracción sancionable impiden considerar que su utilización quedara al margen del control empresarial». Sobre este punto, recuerda que los pronunciamientos del TEDH sobre el derecho al respeto a la vida privada se refieren a casos en los que el trabajador no estaba advertido de la posibilidad de que sus comunicaciones pudieran ser objeto de seguimiento por la empresa. En esos casos, el TEDH ha determinado que el trabajador podía razonablemente confiar en el carácter privado de las llamadas efectuadas desde el teléfono del trabajo o, igualmente, en el uso del correo electrónico y la navegación por Internet (STEDH de 25 de junio de 1997, caso *Halford c. Reino Unido*, apdo. 45; de 3 de abril de 2007; y caso *Copland c. Reino Unido*, apdos. 42 y 47). Por el contrario, en el presente caso, el TC concluye que era factible y previsible que el empresario ejerciera su facultad legal de vigilancia sobre los correos electrónicos del trabajador a efectos de supervisar el correcto cumplimiento de su prestación laboral para constatar que su uso se limitaba a fines estrictamente profesionales y no personales o extralaborales (FJ 5c).

6. En relación con el art. 8 del CEDH, que protege la *vida familiar*, cabe destacar la STJ de Madrid de 20 de septiembre de 2013 (STSJM 1313/2013, Sala de lo Conten-

cioso, Sección 1.^a), a propósito de un recurso presentado por un ciudadano español contra la denegación de visado por reagrupación familiar a favor de su cónyuge y de su hija por parte de la Embajada española en Nueva Delhi. El Tribunal considera correcta la actuación de la Embajada a la luz de la jurisprudencia del TEDH relativa art. 8 CEDH pues éste no garantiza el derecho de un extranjero a entrar o residir en el territorio de un país determinado y rechaza la idea de que exista una obligación general de permitir la reagrupación familiar con el único objeto de atender el deseo de las familias de residir en un país determinado, al afectar tanto a la vida familiar como a la inmigración. Especial interés presenta el hecho de que la Embajada considerase como única causa de denegación del visado para la hija la posible ruptura de la unidad familiar, dado que la hija viajaría a España mientras la madre permanecería en la India. A este respecto, tras recordar la jurisprudencia del TS (STS 13054/2013), la Sala estima parcialmente el recurso a favor de la hija pues, a diferencia de otros países cercanos, el nuestro no exige para solicitarla que la reagrupación se extienda al conjunto de los miembros de la familia, ni tal requisito puede inferirse de la normativa de la UE.

7. En relación con el *derecho a la propia imagen y el derecho del niño a un nombre*, es llamativa la STC 167/2013, que declara la vulneración del derecho a la propia imagen (garantizado por el art. 18 CE) de un menor. El caso tiene su origen en el hecho de que, en el momento de su nacimiento, sólo estaba determinada su filiación en la línea materna, lo que conllevó que fuera inscrito en el Registro Civil con los apellidos de la madre. No obstante, una vez declarada judicialmente la filiación paterna y ante la ausencia de acuerdo de los progenitores, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 3 de Barcelona acordó (26 de febrero de 2009, rec. 614-2010), en aplicación de la legislación vigente, otorgar preferencia a la línea de filiación paterna sobre la materna. A juicio de la recurrente, la madre, esa preferencia infringe el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), en relación con el derecho a la igualdad y no discriminación (art. 14) y a la propia imagen (art. 18.1 CE). El TC recuerda su doctrina según la cual el derecho al nombre se entiende comprendido dentro de los derechos de la persona y, en concreto, a la propia imagen (STC 117/1994, en la que cita jurisprudencia tanto del TJUE —de 22 de diciembre de 2010, C-208/09, *Sayn-Wittgenstein*, apdo. 52— como del TEDH). Y así, advierte que aunque el art. 8 del CEDH «no lo mencione expresamente», el apellido de una persona «afecta a su vida privada y familiar al constituir un medio de identificación personal y un vínculo con una familia» (STEDH, *Bughartz c. Suiza*, de 22 de febrero de 1994, apdo. 24, y *Stjerna c. Finlandia*, de 25 de noviembre de 1994, apdo. 37). Adicionalmente, el TC hace referencia al art. 24.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 que establece el derecho del niño a ser inscrito inmediatamente después de su nacimiento y de tener nombre, junto a los arts. 7 y 8 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 1989, que garantizan el derecho del niño a tener desde que nace a un nombre y establece la obligación de los Estados parte a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos el nombre (FJ 5). De acuerdo con el alto tribunal, en el supuesto considerado no podía ignorarse que el niño había venido utilizando los apellidos maternos desde el nacimiento y que en el momento de iniciarse el proceso estaba escolarizado sin que hubiera tenido una relación personal estable con su padre. En estas circunstancias, continúa el Tribunal, debe suponerse el interés del menor en seguir mantenimiento su nombre y su primer apellido materno al ser conocido por el mismo en los diferentes ámbitos familiar, social o escolar (FJ 7). El TC también destaca que no podía desconocerse que el padre interpuso la demanda de paternidad tras haber sido condenado como autor de un delito de violencia en el

ámbito familiar. Debe recordarse la reforma operada por LO 1/2003 del art. 58 de la Ley del Registro Civil, en el que se contempla la posibilidad de cambio de apellidos en caso de violencia de género por Orden del Ministerio de Justicia.

8. En relación con los *derechos del niño* mencionaremos dos sentencias de Audiencias Provinciales. La primera, de la AP de A Coruña (SAPAC 296/2013, de 10 de octubre), recuerda que el *favor filii* en el orden procesal implica que las medidas que afectan a los hijos menores de edad han de ser imperativamente acordadas por el juez, incluso de oficio y sin necesidad de someterse estrictamente a los principios dispositivo y de rogación. A continuación, y pese a reconocer que los periciales practicados a los padres indican la perfecta relación de la hija con ambos progenitores y la capacidad de éstos para atenderla, el juez indica la conveniencia de no aplicar la custodia compartida dada la mala relación entre éstos, considerando que la custodia a favor de la madre con un régimen de visitas para el padre vayan en contra del interés superior del menor. En la segunda sentencia, recaída en Les Illes Balears (SAPB 347/2013, de 3 de septiembre), la Sala se pronuncia sobre la asignación de custodia a los padres de unos niños que viven en Menorca y cuya madre reside en Alemania. A partir de un informe pericial, la Sala estima que la ausencia prolongada por motivos profesionales de la madre perjudicaba a los niños y que éstos mejoraban cuando ella regresaba a la isla, concluyendo que «ambos niños tienen una edad en la que necesitan de los cuidados, afecto y estructura de la madre y de la presencia, afecto e implicación del padre para su correcto desarrollo y por tanto el sistema de cuidados que precisan debe proveer la satisfacción de todas las necesidades. Dado que éstos tienen buena edad y capacidad para adaptarse a los cambios pues hablan y entienden alemán igual que español, la Sala estima que cambien su residencia a Berlín, pues si bien precisaran de algún refuerzo en el idioma, también lo precisan en Mallorca para poder seguir la enseñanza en catalán».

9. En materia de *asilo*, cabe señalar que la mayoría de 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 (*inter alia*, STS 4500/2013, Sala de lo Contencioso, de 16 de septiembre; STS 4612/2013, Sala de lo Contencioso, de 23 de septiembre; SAN 4870/2013, de 21 de noviembre; SAN 5126/2013, Sala de lo Contencioso, de 5 de diciembre). Merecen no obstante mención especial una serie de sentencias que confirman la jurisprudencia que ya se mencionó en la introducción a la crónica de jurisprudencia publicada en el número anterior de esta *Revista*. Nos referimos entonces a la STS 1957/2013, Sala de lo Contencioso, de 27 de marzo, en la que el TS había estimado el recurso de casación interpuesto por una mujer saharauí solicitante de asilo y ordenado la admisión a trámite y estudio de su solicitud de protección internacional. Para ello, el TS tomó en consideración un informe de ACNUR en el que se analizaba la situación de la solicitante desde una perspectiva de género. Pues bien, tanto la STS 3364/2013, de 24 de junio (Sala de lo Contencioso, Sección 3.^a) como STS 5541/2013, de 21 de noviembre (Sala de lo Contencioso, Sección 3.^a) versan de nuevo sobre solicitudes de protección internacional procedentes del territorio del antiguo Sahara español. Y en ellas el TS ordena de nuevo la admisión a trámite y estudio de las solicitudes al no constar «que la Administración tuviera en cuenta lo manifestado por el ACNUR en sus dos sucesivos informes (ambos ampliamente razonados) favorables a la admisión a trámite de la solicitud y consiguiente estudio en profundidad del caso» (FJ 4). El TS considera que la ausencia de mención o razonamiento sobre los informes del ACNUR en los dictámenes desfavorables de la Instrucción constituyen una infracción de la Ley 12/2009, que atribuye a ACNUR un trascendente papel en la investigación de las solicitudes de asilo. El TS recuerda que la propia exposición de

motivos de la ley indica que «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».

10. La posible *revocación del status de refugiado* por motivos de seguridad nacional se analiza por la Sala de lo Contencioso de la AN en su Sentencia del 3 de octubre de 2013 (4001/2013, Sección 2.^a). La revocación del estatus de refugiado se basó en este caso en una propuesta elevada por la Comisión Interministerial del Asilo y Refugiado. El razonamiento desarrollado por la AN que conduce a la desestimación del recurso será detenidamente analizado en un comentario más extenso que encuentran en el apdo. 3.7 de la Crónica.

11. También llama la atención la SAN de 26 de diciembre de (SAN 5689/2013, Sala de lo Contencioso) por la que se estima un recurso contencioso-administrativo interpuesto por un nacional iraní contra una resolución de la Administración por la que se deniega otorgarle asilo al existir motivos fundados para considerar que ha cometido delitos contra la humanidad, aplicando así la cláusula de excepción establecida en el art. 1.F de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951. No obstante, a diferencia de la Administración, la AN no considera la mera pertenencia del solicitante a un grupo juvenil revolucionario bajo la autoridad del régimen de Irán como prueba suficiente para poder aplicarse dicha cláusula, por lo que decide estimar el recurso. Realizaremos una nota más detallada de esta sentencia en el apdo. 3.8 de esta crónica.

12. El *Derecho del mar* sigue siendo objeto de atención en el orden interno como revelan dos sentencias que abordan este ámbito del DIP. La primera, dictada por el TS, analiza la legalidad del abordaje de un buque en el marco de una operación de lucha contra el tráfico de drogas, a la luz del Convenio de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar y de la Convención de Viena sobre sustancias psicotrópicas (Sala de lo Penal, Sección 1.^a, de 8 de octubre de 2013). Encontrarán un comentario más extenso de esta sentencia en el apdo. 3.6 de esta Crónica. En la segunda, del Juzgado Central de Instrucción núm. 6 de la Sala de lo Penal de la AN (SAN 4438/2013, Sala de lo Penal, Sección 1.^a, de 30 de octubre), se condena a seis personas de nacionalidad somalí por el delito de piratería producido en las costas de Somalia. En el apdo. 3.5 de esta Crónica se ofrece otro comentario de esta interesante sentencia.

13. Durante el presente periodo, ha resurgido un conjunto de casos en los que los tribunales españoles se han visto llamados a pronunciarse sobre sus competencias en virtud del *principio de jurisdicción universal*. Cabe destacar, en primer lugar, los Autos de la AN de 9 de octubre de (SAN 146/13, Sala de lo Penal, Sección 4.^a) y de 18 de noviembre de 2013 (SAN 270/13, Sala de lo Penal, Sección 4.^a) en el conocido como «caso del genocidio del Tíbet», a los que dedicamos un extenso comentario en el apdo. 3.4 de la presente Crónica.

14. En relación con el principio de la jurisdicción universal también debe mencionarse el Auto de 23 de septiembre de 2013 de la AN (AAN 146/2013, Sala de lo Penal, Sección 6.^a), por lo que se inadmite a trámite una querrela interpuesta por un supuesto delito de lesa humanidad. El caso tiene su origen en la condena de un miembro del grupo juvenil Nuevas Generaciones del Partido Popular de Madrid a cuatro años de prisión como autor de un delito de homicidio imprudente en accidente de tráfico, en el que resultaron muertos dos personas, ambos de nacionalidad española, uno de ellos el líder de la oposición política al gobierno cubano, Oswaldo Payá Sardiñas. La querrela fue formulada por familiares de este último, que presentó una

nueva versión de los hechos ocurridos. Debe recordarse que el condenado se encuentra en España desde el 29 de diciembre de 2012, fecha en que fue trasladado para cumplir el resto de la pena impuesta por las autoridades judiciales cubanas, sobre la base del Convenio sobre ejecución de sentencias penales entre España y Cuba de 23 de julio de 1998. La AN recuerda que ese traslado significa que la sentencia dictada por las autoridades cubanas, por un delito común, ha sido objeto de reconocimiento explícito por el Gobierno español (art. 5 del ya citado Convenio). Sobre este punto, destaca que en el caso de autos «difícilmente puede cuestionarse la existencia de una investigación por los hechos en los términos que refiere el art. 23.4 LOPJ, cuando se ha aplicado un convenio internacional específico entre ambos países y se ha reconocido por el Gobierno de España la validez y la eficacia de la sentencia dictada, y por ende del procedimiento penal seguido ante la justicia de Cuba». Además, la AN considera que una nueva investigación podría contravenir uno de los principios generales del Derecho penal internacional: el *locus delicti commissi*. Asimismo, sería inconsistente e incompatible con el requisito consagrado en el art. 23.4.2 LOPJ al excluir la jurisdicción universal cuando otro país competente (en el presente caso el *fórum preferente*) ha iniciado e incluso concluido «un procedimiento que suponga una persecución efectiva de los hechos punibles». Finalmente, dirige su atención a la problemática calificación de los hechos en base del art. 607 *bis* CP con arreglo a la jurisdicción universal, que considera que «no sólo deviene forzada, sino que es impropcedente» a la luz de la jurisprudencia internacional del Tribunal internacional de ex Yugoslavia. En concreto, en la medida en que la nueva versión fáctica pretendida en la querrela (alegando que eran perseguidos) consta que no hay ataque masivo a la población civil, ni contra un grupo suficiente de la misma, ni es generalizado ni sistemático, ni realizado con intenciones de persecución política. Por dichas razones, concluye la AN que la pretensión de dotar a los tribunales españoles de jurisdicción para la revisión y nuevo enjuiciamiento resulta en el presente caso abusiva (art. 11.2 LOPJ).

15. En la materia merece igualmente destacarse, aunque más por su repercusión mediática que por el impacto positivo o negativo que haya podido tener desde la perspectiva del DIP, la STS 5908/2013, de 16 de diciembre (Sala de lo Penal, Sección 1.^a), que estima un recurso de casación y suspende una condena por ablación del clítoris de una niña senegalesa atribuida a la madre. La SAN de 4 de abril de 2013, comentada en la crónica publicado en el número anterior de la *REDI* (2013/1), consideró probada la responsabilidad de la madre en la mutilación genital de su hija antes de trasladarse a España. El TS considera sin embargo «absolutamente insuficiente la prueba inculpativa habida en la causa, y abierta e insegura y no concluyente la valoración del indicio hecha por la Audiencia» y que la única prueba inculpativa (el testimonio del enfermero de un Centro de Salud español) y la interpretación que de él hace la Audiencia es «absolutamente insegura y abierta, y en modo alguno justifica la participación consciente o negligente de la acusada en el hecho enjuiciado» (FJ 1). Asimismo, estima que «no ha quedado acreditado, ni se ha razonado por la combatida, la accesibilidad a un medio o sistema de información capaz de deshacer el error, teniendo en cuenta el ambiente en el que vivió. Esta Sala entiende que en el contexto en que se desarrollaron los hechos la acusada no disponía de medio adecuado que le informara de la ilegalidad de la ablación del clítoris, y en su caso impedir el resultado» (FJ 3). Por tanto, considerando que la ausencia de pruebas fiables constituye una vulneración de la presunción de inocencia de la madre, el TS estima el recurso de casación, suspendiendo en consecuencia su condena. Mención especial merece el voto particular del magistrado Manuel Marchena quien

considera que «el reproche a la falta de acreditación o de razonamiento acerca de la existencia de algún sistema de información que permita deshacer el error, no está justificado. Senegal ha suscrito los principales textos internacionales que reconocen la dignidad de la mujer y el derecho a su integridad física. También ha asumido el compromiso jurídico de evitar la práctica de mutilaciones en los órganos genitales femeninos» (apdo. II).

16. Las condiciones que han de reunirse para el correcto ejercicio de la jurisdicción extraterritorial fundamentado en los principios de protección y de personalidad ha sido objeto de atención en una SAN de 17 de noviembre, en un caso concerniente a un delito de atentado a las autoridades públicas españolas producido en Francia (4956/2013, Sala de lo Penal, Sección 1.^ª). En ella la AN condena a cuatro personas de nacionalidad española como autores/cómplices del delito de atentado a la presidenta de la Comunidad Autónoma de Navarra el día 27 de octubre de 2011 cuando actuaba como presidenta del Consejo Plenario de la Comunidad de Trabajo de los Pirineos, celebrado en Tolosa, Francia. Los condenados —miembros del Movimiento de desobediencia al tren de alta velocidad— lanzaron tartas contra la Presidenta como forma de protesta contra proyecto. De acuerdo con la AN, en este caso la competencia de los tribunales españoles cuenta con una doble base, por un lado, el principio de personalidad, por ser los acusados de nacionalidad española (art. 23.2 LOPJ), y, por otro lado, el principio real o de protección (art. 23.3 LOPJ): «Teniendo en cuenta que los acusados son de nacionalidad española y que la acusación se formula por un delito de atentado es competente la jurisdicción española con arreglo a ambos principios. En el art. 23 LOPJ sólo se exige que se justifique que los hechos son constitutivos de delito en el país de comisión del hecho, cuando la competencia de la jurisdicción española venga establecida por el principio de personalidad, en atención a la nacionalidad española de los presuntos autores. Cuando la competencia se establece en aplicación del principio de protección, por el especial interés del Estado que se trata de proteger, el precepto antes mencionado no exige tal justificación» (FJ 1). No obstante, la defensa argumentó que los tribunales españoles carecen de competencia en este caso como consecuencia de la investigación abierta por las autoridades francesas por un delito de violencia o agresión agravada (infracción es sensiblemente menos grave que el delito de atentado), en consideración de la excepción establecida en el art. 23.4 LOPJ («que en otro país competente [...] no se ha iniciado procedimiento que suponga una investigación y una persecución efectiva»). En relación con este planteamiento, la AN sostiene que no es aplicable la jurisprudencia española sobre jurisdicción universal invocada por la defensa y no cabe entrar a examinar si existió esa investigación o persecución efectiva ante las autoridades francesas. Y añade que, en cualquier caso, no es aplicable el principio de cosa juzgada que se entronca en el principio *ne bis in idem* consagrado en el art. 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el art. 50 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE y las garantías del art. 25.1 CE. En este contexto, recuerda que «la mención en el registro informático del Tribunal de Gran Instancia de la infracción como insuficientemente caracterizada supone que no ha habido pronunciamiento sobre el fondo, y ello es lo que hace que la cosa juzgada no pueda operar en este caso» (FJ 1).

17. Merece alguna consideración la Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid de 16 de septiembre de 2013 (ROJ: 739/2013), en relación con la *immunidad de jurisdicción del Estado extranjero*. En este caso, la recurrente, de nacionalidad española, había venido trabajando de telefonista para la Embajada de Grecia. Tras recibir carta de no renovación del contrato como «consecuencia de las medidas de

restricción del presupuesto resultado de la crisis» que atraviesa el Estado heleno, la trabajadora recurrió contra el despido que fue declarado en instancia improcedente. En representación de Grecia, la letrada presentó cuatro tipos de alegaciones —entre los que se indicaba la falta de competencia de los tribunales españoles y el error en el derecho aplicado al contrato— de los que interesa aquí destacar el último. La recurrente alegó la condición de objetividad del despido por cuanto el art. 4 TFUE dispone que los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las Instituciones de la UE, y por tanto, que la Embajada de Grecia se limitó con el despido a dar cumplimiento a la decisión del Consejo dirigida a Grecia. La Sala ratificó la calificación del despido como acto *iure gestionis* y, además, desestimó el recurso por considerar que la trabajadora fue despedida por llegada a término del contrato, considerando difícilmente aplicables a una Embajada las causas de despido objetivo contenidas en el art. 52 del Estatuto de los Trabajadores o las causas de extinción del contrato del art. 49. La sentencia es continuista con la posición expresada por el mismo Tribunal en 1997 a propósito del despido de un chófer como consecuencia de la reducción del parque automovilístico de la Embajada de los EEUU en Madrid.

18. El TC ha vuelto a pronunciarse sobre los límites de la acción exterior de las Comunidades Autónomas *ex* art. 149.1.3 CE en su STC 198/2013, a propósito de la celebración por el Gobierno del País Vasco de un acuerdo de pesca con Mauritania. Por su interés, esta sentencia —que también alude a la competencia exclusiva de la UE en la materia— es objeto de un amplio comentario en el apdo. 3.9 de esta Crónica.

19. Naturalmente, los tribunales españoles siguen prestando especial atención al *Derecho de la Unión Europea*. En esta crónica nos limitaremos a citar tres sentencias. La primera, la STC 180/2013, relativa a la constitucionalidad de un precepto de la Ley 62/2003, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. Destaca el FJ 5 de la sentencia, en la que se reitera que, pese a que una Comunidad Autónoma tenga competencia exclusiva sobre una materia —agricultura en este caso—, la regulación europea sobre dicha materia no elimina la competencias del Estado en virtud del art. 149.1.13 y permite que, tras la norma comunitaria, se adopte una norma estatal que proceda a una planificación general de la actividad económica (es este caso, sentar las bases en relación con las ayudas a percibir por los agricultores españoles). La segunda, la STC 127/2013, en la que el Tribunal desestima una solicitud de interposición de cuestión prejudicial ante el TJUE. El recurrente denunciaba que los órganos judiciales habían inaplicado indebidamente el Reglamento 2201/2003 sobre competencia judicial internacional y solicitó por ello que el TC planteara cuestión prejudicial de interpretación del citado Reglamento. El TC desestima tal pretensión argumentando que la duda interpretativa que pretende suscitar el recurrente es una cuestión de legalidad ordinaria, ya resuelta por los órganos judiciales en el procedimiento previo, y que tal decisión no puede ser soslayada, so pena de incurrir en vulneración del derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmas. Por lo demás, añade que el fondo del asunto constitucional que a él se le plantea no guarda relación ni depende de la interpretación de la norma comunitaria. Finalmente, mencionaremos una Sentencia de 17 de octubre de 2013 (STS 5314/2013, Sala de lo Penal, Sección 1.^a) en la que se plantea un problema de interpretación del art. 10 del Convenio Europeo para el Traslado de Personas Condenadas, así como de la Decisión Marco 2008/909/JAI, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal.

3. COMENTARIOS DE SENTENCIAS

3.1. La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Las SSTEH de 10 de julio de 2012 (Sala) y 21 de octubre de 2013 (Gran Sala) sobre la *doctrina Parot*

CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.—Ejecución de sentencias del TEDH.—Satisfacción equitativa.—Principio de legalidad penal.—Derecho a la libertad.—Redención de penas.

Acuerdo de la Sala General del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2013, tras la STEDH de 21 de octubre de 2013 y en relación con las condenas que se estén ejecutando con arreglo al Código Penal derogado de 1973.

Auto de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 1.^a), de 22 de octubre de 2013 (ROJ: AAN 170/2013). Ponente: Juan Ramón Sáez Valcárcel.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj: 28079229912013200001).

Auto de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 2.^a), de 25 de octubre de 2013 (ROJ: AAN 185/2013). Ponente: José Ricardo Juan de Prada Solaesa.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj: 28079229912013200002).

Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 5.^a), de 24 de octubre de 2013 (ROJ: AAP B 612/2013). Ponente: José María Assalit Vives.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj: 08019370052013200052).

Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 6.^a), de 13 de noviembre de 2013. Ponente: Pedro Javier Rodríguez González-Palacios.

1. El 21 de octubre de 2013 la Gran Sala del TEDH (TEDH) confirmó la condena a España dictada en la Sala del mismo Tribunal el 10 de julio de 2012 en el asunto *Del Rio Prada c. España* (as. 42750/09). Así, el TEDH condenaba definitivamente a España por vulneración de los arts. 7 y 5 CEDH —principio de legalidad penal y derecho a la libertad respectivamente—. Pero el fallo del TEDH ha ido más lejos y declara la obligación de asegurar —en el plazo más breve posible— la puesta en libertad de la demandante, condenada por los órganos judiciales españoles a más de 3.000 años de prisión por delitos de terrorismo e impone el pago de una satisfacción equitativa que asciende a 31.500 euros.

2. De gran impacto en todos los órdenes, la sentencia tiene implicaciones importantes: 1) tras años de debate, el TEDH ha declarado que la denominada *doctrina Parot*, nacida con la STS de 28 de febrero de 2006, resultaba contraria al CEDH; 2) quedaba desmontada la jurisprudencia del TC (2012), en relación con la propia *doctrina Parot*; y, finalmente, 3) emergía, otra vez, el problema de la ejecución directa en nuestro país de las sentencias del TEDH. Vayamos por partes.

a) *La doctrina Parot del Tribunal Supremo*

3. La demandante había sido condenada en 1989 a diferentes penas por delitos de pertenencia a una organización terrorista, tenencia ilícita de armas, tenencia de explosivos, falsificación de documentos oficiales y delito de atentado con resultado de muerte. En total, las penas privativas de libertad sumaban más de 3.000 años de prisión. No obstante, la condena se había producido bajo la vigencia del Código Penal de 1973 (CP 1973), que en caso de condenas por múltiples causas permitía la acumulación de penas y establecía un límite máximo de treinta años para el cumplimiento de las penas de prisión acumuladas (art. 70), por lo que la AN, mediante decisión de 15 de febrero de 2000, estableció el 27 de junio de 2017 como fecha de licenciamiento definitivo de sus condenas acumuladas (2017 porque había ingresado en prisión provisional en 1987). Sin embargo, el CP 1973 (art. 100) también preveía beneficios penitenciarios y redenciones de pena que, desde la entrada en vigor del mismo, se habían computado sobre la pena máxima de treinta años. En sentencia de 8 de marzo de 1994 (as. 529/1994), el TS estableció que, tras la acumulación de penas, el máximo de treinta años resultante de la aplicación del art. 70 CP 1973 surgía y actuaba como una nueva pena, propia y autónoma, sobre la cual se aplicaban los beneficios penitenciarios previstos en el mismo CP, tales como la puesta en libertad condicional y las redenciones de pena (FJ 5). El CP había sido reformado en el año 1995 eliminado las redenciones de pena para los casos en los que su aplicación diera como resultado una pena inferior a la mitad de la suma total de las impuestas y había aumentado el tiempo máximo de prisión de treinta a cuarenta años cuando se tratara de delitos de terrorismo. La reforma no impidió que continuara aplicándose la línea jurisprudencial marcada por la STS de 8 de marzo de 1994 para los casos juzgados bajo el CP 1973 y, en consecuencia, se mantuvo la doctrina de que los beneficios penitenciarios dispuestos en el art. 100 CP 1973 se aplicarían a la nueva pena de treinta años de prisión máxima. Es por ello que, en el caso que nos ocupa, las autoridades penitenciarias aplicaron la redención de pena por trabajo y, en consecuencia, el 24 de abril de 2008 propusieron a la autoridad judicial sentenciadora —la AN— la fecha de 2 de julio de 2008 para el licenciamiento definitivo. Conviene recordar que es habitual la adopción de resoluciones por el juez sentenciador relativas a las medidas de ejecución de la pena, siempre en comunicación y tras propuesta del juez penitenciario, y que es pacífica la doctrina de que la aplicación de los beneficios penitenciarios es una medida de aplicación de la pena, siempre que no se derive de ello una pena mayor que la prevista en los tipos penales aplicados.

4. Pero la jurisprudencia en relación con el cómputo de la redención de pena en caso de causas acumuladas había dado un giro radical en la STS de 28 de febrero de 2006 (as. 197/2006) y, en consecuencia, la AN en el asunto que nos ocupa devolvió al centro penitenciario la resolución en la que proponía el licenciamiento definitivo, solicitando que realizara un nuevo cómputo de la redención de pena conforme a la doctrina establecida en la nueva jurisprudencia, ya conocida como *doctrina Parot*.

5. El cambio jurisprudencial se produce cuando el TS tiene que resolver el recurso de casación interpuesto por Henri Parot Navarro, impugnando la decisión de la AN en relación con la acumulación de penas —exactamente 26 condenas por asesinato—. Para la AN, el periodo de tiempo de comisión delictiva era tan dilatado (concretamente desde el 2 de noviembre de 1978 hasta el 2 de abril de 1990), que superaba con creces todo criterio de conexidad cronológico que pretendiera establecerse, por lo que debían formarse dos bloques de condenas que agruparían todos

los delitos cometidos en cada uno de tales bloques, aplicando la limitación de pena máxima de treinta años a cada uno de ellos y, a su vez, aplicando las redenciones de condena a los dos bloques de treinta años. El demandante en casación, Henri Parot, alegaba aplicación indebida del art. 70 CP 1973. El TS resolvió declarando que una interpretación conjunta de las reglas primera y segunda del art. 70 CP 1973 llevaba a considerar que el límite de treinta años no se convierte en una nueva pena, porque carecería de sentido que, por el expresado camino de la acumulación de penas, un amplio historial delictivo se convirtiera en una nueva pena única de treinta años, igualando injustificadamente al autor de un solo delito con el condenado a una multitud de ellos. Para el TS el término tantas veces empleado de refundición de condenas es equívoco e inapropiado para los supuestos de acumulación de penas, en los que no se refunde nada para compendiar una sola, sino únicamente se limita el cumplimiento de varias penas hasta un máximo, según lo establecido en las leyes. Con estos argumentos, el TS declaró que el art. 70.2 CP 1973 no podía derivarse que la duración máxima de treinta años de prisión actuara como una nueva pena autónoma y que no existía jurisprudencia consolidada en esa dirección, sino únicamente la STS de 8 de marzo de 1994, que consideraba como una sentencia aislada, que no podía alegarse como precedente jurisprudencial, en la medida en que no había sido nunca aplicada de manera constante como requiere el art. 1.6 del Código Civil. Pero incluso afirmaba que, suponiendo que esa decisión hubiera podido considerarse como precedente, el principio de igualdad ante la Ley (art. 14 CE) no supone un obstáculo a cualquier cambio jurisprudencial, a condición de que éste se motive suficientemente. Por último, el TS señala que la irretroactividad de la Ley penal —como parte del principio de legalidad (art. 25 CE)— no tenía como objetivo aplicarse a la jurisprudencia desfavorable. El conjunto de esta motivación, permitió al TS declarar que los beneficios y redenciones de pena que procedan se aplicarán con respecto a cada una de las penas impuestas, que éstas se cumplirán por orden de gravedad, de mayor a menor, y, una vez extinguida la primera, se dará comienzo al cumplimiento de la siguiente y así sucesivamente hasta que se alcance la limitación dispuesta en la regla segunda del art. 70 CP 1973. Llegado a este estadio, se producirá la extinción de todas las penas.

6. La STS 197/2006 tiene un voto particular emitido por tres magistrados. Los jueces disidentes consideran que el método utilizado por la mayoría no estaba previsto en el CP 1973, sino que era el previsto después de la reforma de 1995 y, por tanto, suponía una aplicación retroactiva implícita del CP 1995. Además, era una nueva interpretación de la Ley que resultaba contraria al reo, pues respondía a una política de cumplimiento íntegro de las penas —treinta años— ajena al CP 1973. Para estos magistrados, tal decisión podía entenderse por razones de política criminal pero tales razones no podían nunca justificar una ruptura del principio de legalidad, incluso tratándose de un terrorista sanguinario no arrepentido. Finalmente, recuerdan que se podría estar incurriendo en una vulneración del principio de igualdad, pues todos los órganos jurisdiccionales, incluido el TS, en virtud de los Acuerdos adoptados en el Pleno de 18 de julio de 1996 y 12 de febrero de 1999, acordaron partir del principio de que la redención de pena debía aplicarse sobre la pena resultante de la aplicación del art. 70.2 CP 1973 siendo una manifestación clara de ello que, en aplicación este criterio, no menos de 16 condenados por terrorismo se habían beneficiado recientemente de las retenciones de pena por trabajo, cuando habían sido condenados a más de 100 años de prisión.

7. A la vista de la nueva jurisprudencia, la AN, en el caso que nos ocupa, precisó que la fecha de puesta en libertad de la demandante debía ser modificada y, median-

te Providencia de 23 de junio de 2008, estableció el 27 de junio de 2017 como fecha definitiva de licenciamiento. La demandante interpuso recurso de súplica. Alegaba vulneración del principio de no retroactividad de las normas penales, salvo que sean beneficiosas para el acusado. Concretamente, en su caso, con este cálculo se había alargado su encarcelamiento efectivo en casi nueve años. Por una decisión de 10 de julio de 2008, la AN desestimó el recurso de súplica y señaló que se trataba de una cuestión relativa a las modalidades de aplicación de los beneficios penitenciarios con el fin de determinar la fecha de puesta en libertad y no se encontraba en juego el principio de no retroactividad de la Ley penal, en la medida en que la legislación penal aplicada (art. 70 CP 1973) estaba en vigor en el momento de su aplicación. La demandante acudió entonces en amparo al TC invocando la vulneración de los arts. 14 (prohibición de la discriminación), 17 (derecho a la libertad), 24 (derecho a la tutela judicial efectiva) y 25 (principio de legalidad) CE. Mediante providencia de 17 de febrero de 2009, el TC inadmitió el recurso de amparo —que entró en el TC tras la reforma operada por LO 6/2007— porque la demandante no había justificado la trascendencia constitucional de sus quejas.

8. Agotados todos los recursos internos a disposición de la demandante, el 3 de agosto de 2009 la recurrente interpuso demanda contra España ante el TEDH. Alegó que su mantenimiento en prisión desde el 3 de julio de 2008 vulneraba los arts. 7 y 5 CEDH, principio de legalidad penal y derecho a la libertad, pues la aplicación retroactiva de una jurisprudencia del TS producida después de su condena implicó un incremento de su pena de privación de libertad de casi nueve años.

b) *La doctrina del Tribunal Constitucional*

9. El 29 de marzo de 2012 el TC adoptó un conjunto de sentencias que resolvían recursos de amparo contra resoluciones judiciales de la AN en las que se había aplicado la *doctrina Parot*. La primera es la STC 39/2012, conocida como *caso Gaztañaga*. El recurrente se quejaba en amparo de vulneración de la tutela judicial efectiva, el principio de legalidad penal, el derecho a libertad y la igualdad en aplicación de ley. El TC, adoptando la tesis de la AN en la resolución del recurso de súplica en el caso *Del Río*, rechaza encontrarse en el ámbito del principio de legalidad penal consagrado en el art. 25.1 CE, pues entiende que el cómputo de la redención de penas por el trabajo no afecta a la pena en sí misma y, por tanto, al principio de legalidad, sino que se encuentra en el ámbito de la ejecución de la pena, ya que la interpretación del TS sometida al enjuiciamiento del TC no se deriva ni el cumplimiento de una pena mayor que la prevista en los tipos penales aplicados, ni la superación del máximo de cumplimiento legalmente previsto en el CP 1973. A juicio del tribunal, existe jurisprudencia de Estrasburgo que avala esta posición. Para el TC, el hecho de que el cómputo de la redención de penas suponga un alargamiento de duración del internamiento podrá afectar al derecho a la libertad, pero nunca al principio de legalidad penal. También rechaza el TC la vulneración del derecho a la legalidad penal desde la perspectiva de la irretroactividad de la Ley penal. Para el TC, sólo se ha aplicado la normativa vigente en el momento de comisión de los hechos por los que la recurrente fue condenada, si bien con una nueva interpretación de la misma, que ciertamente acoge el criterio de cómputo expresado en el CP 1995, pero argumenta que tal interpretación era posible a la vista del tenor literal del CP 1973. En lo recién expuesto estriban las claves que diferencian la posición del TC frente a la posición que después asumirá el TEDH. El TC rechaza, desde toda perspectiva, introducirse en el debate

del principio de legalidad penal, siendo la clave de su argumentación que de la sentencia del TS que reinterpreta el cómputo de la redención de pena (STS de 28 de febrero de 2006) no se deriva el cumplimiento de una pena mayor que la prevista en los tipos penales aplicados del CP 1973. Mientras, el TEDH defenderá con convicción que el CP 1973 sí establecía finalmente una previsión punitiva menor, en la medida en que la duración la pena era el resultado de los preceptos del CP que regulaban el delito, la pena, la acumulación de penas y la redención de pena por trabajo y no se construía exclusivamente con el precepto que regulaba el delito. En consecuencia, si el tipo penal se extraía de un conjunto de preceptos del CP 1973, la forma de cómputo de la redención de pena sí daba lugar a una pena mayor de la prevista en la Ley para el tipo penal aplicado.

10. Por lo demás, también rechaza el TC la existencia de una vulneración del derecho fundamental consagrado en el art. 14 CE, en la medida en que las resoluciones judiciales impugnadas de la AN se han limitado a aplicar la doctrina sentada por otro órgano judicial, el TS, máximo intérprete de la ley, que había justificado el cambio de criterio. No puede compararse con otros supuestos resueltos con anterioridad a la nueva jurisprudencia, pues el cambio estaba motivado y no existe una desigualdad voluntaria, ni un apartamiento inmotivado de la aplicación de la ley.

11. Finalmente el TC analiza el cambio de criterio jurisprudencial y su conformidad con la Constitución desde la perspectiva del art. 24.1 en su vertiente de intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes. Sólo esta queja le llevará —en escasos supuestos— a estimar el amparo en algunos casos en los que se había aplicado la *doctrina Parot*, pero lo hace sin entrar en el análisis de tal doctrina ni cuestionar su ajuste constitucional. Para el TC, cuando a lo largo de la ejecución de la pena el órgano sentenciador —por diferentes motivos y circunstancias— se había pronunciado sobre la fecha de licenciamiento definitivo o, simplemente, sobre el criterio que aplicaría en el caso concreto para el cómputo de la redención de condena, se habrían generado resoluciones judiciales firmes y la aplicación del nuevo criterio del TS derivado del caso *Parot*, producirá una vulneración del art. 24.1 CE. Resultado de la vulneración del art. 24.1 CE, el TC admitirá la vulneración del derecho a la libertad porque, obviamente, el mantenimiento en prisión es ilícito, viciado de la tacha de inconstitucionalidad del art. 24.1 CE (véase STC 113/2012, FJ 11).

12. El 29 de marzo de 2012, el TC dictó tres sentencias estimatorias (SSTC 39/2012, 57/2012, 62/2012) por vulneración del art. 24.1 CE en su vertiente de intangibilidad de las resoluciones judiciales; y siete sentencias desestimatorias, por inexistencia de las lesiones constitucionales alegadas (SSTC 40/2012, 41/2012, 44/2012, 55/2012, 67/2012, 68/2012, 69/2012). Se dictaron también tres resoluciones inadmitiendo recursos de amparo por falta de agotamiento de la vía judicial previa, en el entendido de que el recurrente tenía que haber interpuesto recurso de casación por infracción de ley previamente a la demanda de amparo (SSTC 58/2012, 60/2012, 63/2012).

13. Posteriormente, el TC ha seguido dictando resoluciones en las tres direcciones: sentencias estimatorias (STC 113/2012), sentencias desestimatorias (SSTC 108/2012 y 114/2012) y resoluciones de inadmisión del recurso de amparo por falta de agotamiento de la vía judicial (SSTC 128/2012, 152/2012, 157/2012, 165/2012 y 167/2012, 174/2012 y 179/2012). La última sentencia es la STC 168/2013, que desestima el recurso de amparo por inexistencia de ninguna de las vulneraciones aducidas. Como puede observarse, esta última resolución está fechada tan sólo catorce días antes de la sentencia de la Gran Sala del TEDH.

c) *La doctrina del TEDH. Las SSTEDH de 10 de julio de 2012 y 21 de octubre de 2013*

14. La Sala del TEDH condenó a España por vulneración de los arts. 5 y 7 CEDH en Sentencia de 10 de julio de 2012. Esta Sentencia fue recurrida por el Gobierno español ante la Gran Sala, que dictó sentencia confirmatoria el 21 de octubre de 2013.

15. Los argumentos del TEDH se centran, por un lado, en el principio de legalidad penal establecido en el art. 7 CEDH y, por otro, en el art. 5 CEDH relativo al derecho a la libertad. Por lo que se refiere al principio de legalidad penal, los elementos de su *ratio decidendi* pueden estructurarse de la forma siguiente:

1) La forma de computar la redención de la pena afecta al concepto de pena en sí mismo y no es únicamente una media de ejecución de la pena, por lo que el debate sí se enmarca en el principio de legalidad. El TEDH reconoce la existencia en su jurisprudencia de una diferenciación entre el concepto de pena y las medidas relativas a la ejecución o a la aplicación de la pena e, incluso, que los beneficios penitenciarios habitualmente son medidas de ejecución de la pena. Pero señala que la distinción no es siempre neta en la práctica y que, en el caso que nos ocupa, en la medida en que el cambio del método en la aplicación de las redenciones de pena ha tenido consecuencias importantes sobre la duración efectiva de la pena, en claro detrimento de la demandante, el nuevo método no concierne solamente a la ejecución de la pena impuesta, sino a la pena en sí misma. Como ya advertimos, para el TEDH el tipo penal deriva de la interpretación conjunta de varios preceptos del CP 1973.

2) El principio de legalidad penal exige la previsibilidad de la ley (calidad de la ley) y de las interpretaciones que los tribunales hagan en la aplicación de la misma. El TEDH recuerda que el art. 7 CEDH no se limita a prohibir la aplicación retroactiva del Derecho penal en detrimento del acusado, sino que consagra de manera más general el principio de legalidad penal, lo que significa que los delitos y las penas deben estar claramente definidos en la ley (no hay pena sin ley) y que los enjuiciados deben saber a través de las disposiciones pertinentes y la interpretación que los tribunales hayan hecho de las leyes penales cuál será la responsabilidad penal que corresponde a sus actos y omisiones. Es decir, el principio de legalidad supone la previsibilidad de la ley y de su aplicación. Ello también se denomina por la doctrina penal «calidad de la ley aplicable», que se concreta en la exigencia de que la ley permita al justiciable, en su caso aconsejado por un jurista, prever con certeza cuáles son las consecuencias de los hechos cometidos en el ámbito de la responsabilidad penal. Partiendo de la necesaria previsibilidad de la ley, el TEDH reconoce que, en cualquier sistema jurídico y aun más en materia penal, existe inevitablemente un elemento de interpretación judicial, pero recuerda que la función confiada a los tribunales sirve, precisamente, para disipar las dudas que pudieran subsistir en cuanto a la interpretación de las normas y que el resultado debe ser coherente con la sustancia del delito, además de razonablemente previsible.

16. El TEDH aplica estas premisas teóricas al caso que nos ocupa y declara que, de la combinación de la ley vigente en el momento de la comisión de los delitos con la jurisprudencia interpretativa que la acompañaba, se deriva que ha habido una vulneración del principio de legalidad penal en sus dos caras: previsibilidad y certeza de la ley penal vigente e irretroactividad de la ley penal posterior menos favorable. En este sentido, razona:

1) La demandante podía esperar, de manera legítima, que se beneficiaría de la redención de penas por trabajo que ella había realizado desde 1987, partiendo de

la hipótesis de que la única pena a cumplir que tenía pendiente era de treinta años. Para el TEDH, el Derecho español, globalmente considerado, incluyendo el derecho jurisprudencial, estaba desarrollado con suficiente precisión para permitir a la demandante discernir, con un grado razonable de certeza, cuál sería en su caso la pena y sus modalidades de ejecución. En esta dirección, el TEDH recuerda básicamente tres elementos: *a)* la STS de 8 de marzo de 1994 no dejaba lugar a dudas en relación con la posibilidad de acumulación de las penas en una sola nueva pena resultante, de treinta años, sobre la cual se aplicaban los beneficios penitenciarios previstos por la ley, tales como la puesta en libertad condicional y las redenciones de pena; *b)* el art. 100 CP 1973 sólo excluía la aplicación de las redenciones de pena por trabajo en dos casos bien precisos que no era de aplicación a la demandante; *c)* la práctica penitenciaria y judicial preexistente y posterior a la STS de 8 de marzo de 1994 iba en esa misma dirección, es decir, en el sentido más favorable a la demandante. A la luz de todo lo que precede, el TEDH considera que era difícil, incluso imposible, prever el cambio jurisprudencial para la recurrente.

2) La nueva jurisprudencia del TS —Sentencia de 28 de febrero de 2006, as. 197/2006—, deja en muchos casos sin sentido las redenciones de pena por el trabajo a las que tenían derecho las personas condenadas bajo el CP 1973. Y, al producirse este cambio jurisprudencial después de la entrada en vigor del CP 1995, que suprimió las redenciones de pena por el trabajo y estableció normas más estrictas para los beneficios penitenciarios, no queda sino concluir que el TS español ha aplicado retroactivamente la reforma del CP 1995. El TEDH admite que los Estados son libres de modificar su política criminal, pero advierte que los órganos jurisdiccionales internos no pueden aplicar retroactivamente y en detrimento del reo el espíritu de los cambios legislativos producidos después de la comisión del delito. El TEDH alcanza la conclusión de que ha habido una vulneración del principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable.

17. Por lo que se refiere al derecho a la libertad, el TEDH constata que, a la vista de las consideraciones que le condujeron a declarar la violación del art. 7 CEDH desde el 3 de julio de 2008, la detención de la demandante no es legal y, por tanto, ha habido violación del art. 5 CEDH. Los argumentos recién expuestos se repiten por el TEDH tanto en la sentencia de la Sala como en la sentencia de la Gran Sala.

d) *La ejecución de las Sentencias del TEDH*

18. En la sentencia de 21 de octubre de 2013, el TEDH condena definitivamente a España por vulneración de los arts. 7 y 5 CEDH —principio de legalidad penal y derecho a la libertad—. Como ya advertimos, el fallo iba más lejos y declara la obligación del España de asegurar —en el plazo más breve posible— la puesta en libertad de la demandante —Inés del Río— e impone a favor de la recurrente el pago de una satisfacción equitativa que ascendía a 31.500 euros, que además especifica que se ha de abonar en concepto de daño moral. Intentaré enmarcar este fallo en sus justos términos.

19. En virtud del art. 46 CEDH, las sentencias del TEDH son obligatorias, por lo que, cuando el TEDH constata una violación del CEDH, el Estado demandado tiene la obligación de adoptar las medidas necesarias, tanto generales o individuales, para el cumplimiento de la resolución dictada. Ahora bien, teniendo en cuenta que, como reconoce el propio TEDH, las sentencias tienen una naturaleza declarativa, el Estado es libre, bajo control del Comité de Ministros, de elegir el modo de cumplir con el art. 46

CEDH. En realidad, un tratado de la naturaleza del CEDH nunca podría ir más allá, pues parte del respeto a las resoluciones judiciales dictadas por los órganos judiciales internos y no permite al TEDH para tomar decisiones en relación con las sentencias dictadas por aquéllos.

20. La realidad recién expuesta explica que el CEDH incorporara un precepto por el que los Estados parte se comprometían a reparar las consecuencias de una vulneración del CEDH a través de una satisfacción equitativa para los casos en los que su Derecho interno no permitiera una ejecución directa de la sentencia. Es el actual art. 41 CEDH. El precepto vuelve sensato el sistema: así, en la medida en que el orden internacional no puede alcanzar más que a «declarar» una vulneración sin intervenir en las estructuras del Estado y, ante la palmaria realidad de las resistencias que los Estados podrían encontrar en el orden interno para ejecutar directamente las sentencias del TEDH, al menos, se comprometen a sustituir la ejecución directa por una indemnización, denominada en el CEDH satisfacción equitativa. Así, además, los Estados parte evitaban el riesgo de enfrentarse al incumplimiento de las obligaciones internacionales derivadas del CEDH: la no ejecución de las sentencias del TEDH.

21. Tal y como se desprende de lo expuesto, la satisfacción equitativa sólo debe entrar en funcionamiento cuando no pueda ejecutarse de forma directa una STEDH. No obstante, el devenir de las cosas ha traído dos desviaciones en el sistema, que se reflejan en las sentencias que hoy comentamos:

1) Por lo que respecta a la satisfacción equitativa como vía sustitutiva de la ejecución directa de una sentencia condenatoria del TEDH: asombrosamente, la Gran Sala del TEDH falla, por diez votos a favor y siete en contra, que el Estado demandado debe pagar a la demandante, en el plazo de tres meses, 30.000 euros, en concepto de daños morales; y falla, unánimemente, que debe asimismo pagar a la demandante, en el mismo plazo, 1.500 euros, en concepto de costas y gastos procesales. Por añadidura, determina el pago intereses por el impago de las cantidades señaladas en el plazo establecido. Ni que decir tiene que el TEDH debería explicar cuál es el fundamento para adoptar una satisfacción equitativa en concepto de daño moral. Si se trata de determinar una satisfacción equitativa a título preventivo, ante la posibilidad de que la sentencia no sea directamente ejecutada, el TEDH debería ser cuidadoso en su conceptualización como daño moral del monto económico decretado, porque se trata en realidad de una modalidad de reparación por la vulneración de un derecho fundamental que sólo será efectiva en el supuesto previsto en el art. 41 CEDH, es decir, si el Derecho interno de la parte contratante sólo permite, de manera imperfecta, reparar las consecuencias de dicha violación. No obstante lo expuesto, el ministro de Justicia español anunció, muy poco después de que se conociera la sentencia de la Gran Sala, que «Inés del Río no cobrará la indemnización de 30.000 euros por daños morales porque antes tendrá que hacer frente a la responsabilidad civil por sus crímenes que no satisfizo en su día con las familias de sus víctimas». Quedan así a salvo las objeciones manifestadas por los magistrados del TEDH disidentes del fallo en este aspecto: «La recurrente ha sido condenada por numerosos delitos graves de terrorismo por asesinatos y tentativa de asesinatos y por daños físicos graves a numerosas personas. En este contexto, preferimos adoptar el enfoque del Tribunal en *McCann y otros c. el Reino Unido* (27 de septiembre de 1995, apdo. 219, Serie A, núm. 324). Así pues, teniendo en cuenta las especiales circunstancias en relación con el contexto del presente caso, no consideramos apropiado conceder una indemnización por daños no pecuniarios o morales. En nuestra opinión, la conclusión de violación emitida por el Tribunal, adoptada junto con la medida indicada al amparo del art. 46 constituye suficiente resarcimiento» (Voto particular conjunto parcialmente discrepante de los

Jueces Villiger, Steiner, Power-Forde, Lemmens y Grifco). Quede no obstante constancia de que el CEDH no es fundamento para el establecimiento de una satisfacción equitativa por daño moral. Cuestión distinta son las posteriores reclamaciones por responsabilidad patrimonial que los condenados pueden interponer contra el Estado español, pero no es el TEDH el legitimado por la norma para su determinación. El problema no es nuevo y la confusión viene de lejos. En nuestro país, en el asunto *Fuentes Bobo* tan sólo un magistrado del TC pudo expresar, en un voto particular, que la satisfacción equitativa era la forma de ejecución de una sentencia del TEDH y que, por tanto, sólo por ese motivo procedía denegar la ejecución que por vía de amparo solicitaba el recurrente, que había recibido una satisfacción equitativa decidida por el TEDH (STC 197/2006) y pretendía después la ejecución directa (se trataba de un despido improcedente por vulneración de la libertad de expresión y el recurrente reclamaba la readmisión en el puesto de trabajo; el TC desestimó su petición porque las sentencias del TEDH no eran título ejecutivo, pero no adujo que estuviera ya ejecutada, como así era y puso de manifiesto el ex Magistrado Pérez Tremps en su voto particular).

2) Por lo que afecta a los supuestos en los que la satisfacción equitativa no es una alternativa satisfactoria a la ejecución directa: los supuestos de vulneración del derecho a la libertad en los que la privación de libertad se mantiene en el momento en el que el TEDH dicta sentencia. España ya tenía un precedente en el que procedió a la ejecución directa: el conocido caso *Bultó* que dio lugar a la STC 245/1991. En esta sentencia, el TC construye la teoría de la lesión actual de un derecho fundamental —el derecho a la libertad—, que le permitió, de manera absolutamente excepcional, como él mismo advirtió, proceder a la ejecución directa de una sentencia del TEDH, anulando la sentencia del órgano judicial que decretaba la orden de prisión.

22. La situación que el caso *Del Río Prada* planteaba era muy similar al caso *Bultó*. Pero en este último asunto el TEDH se limitó a declarar la vulneración de los arts. 6 y 5 CEDH —derecho a un juicio equitativo y derecho a la libertad—. En el presente caso, lejos de limitarse a la declaración de la vulneración del CEDH, el TEDH ha declarado: «No obstante, excepcionalmente, el tribunal ha dado un paso más para ayudar al Estado demandado a cumplir sus obligaciones en virtud del art. 46, cuando se ha encontrado que la naturaleza misma de la violación constatada no ofrecería realmente una alternativa entre distintas clases de medidas susceptibles de poder. En estos casos, el tribunal muy excepcionalmente ha incidido en que el Estado lleve a cabo la única medida individual por la que se podía proceder a la ejecución de la sentencia dictada. Para el tribunal, el caso que nos ocupa pertenece a esta categoría de asuntos en los que las circunstancias particulares y la necesidad urgente de poner fin a la violación de los arts. 7 y 5 del convenio permite que el tribunal solicite al Estado asegurar la puesta en libertad de la demandante en el plazo más breve posible» (FFJJ 82 y 83).

23. Así las cosas, por Auto de 22 de octubre de 2013 (61/2013), la Sala de lo Penal de la AN acordó por unanimidad la puesta en libertad inmediata de Inés del Río, lo que se cumplió por Instituciones Penitenciarias en la misma tarde del 22 de octubre. Los argumentos de la Audiencia fueron los siguientes:

a) El TEDH ha declarado la existencia de una violación del convenio —la privación de libertad irregular que se mantiene—, cuya naturaleza hace que el Estado demandado sólo tenga una opción para reparar el daño, a saber, la puesta en libertad de la recurrente en el plazo más breve posible.

b) El TEDH es el órgano cualificado para la interpretación del CDEH y sus decisiones son obligatorias y vinculantes. Los jueces y tribunales están sometidos con

exclusividad de la ley y sujeción a la ley, en este caso, significa vinculación al CEDH y a las decisiones de su órgano de garantía jurisdiccional.

c) La STEDH de 21 de octubre de 2013 es clara y contundente y la misión de asegurar la puesta en libertad de la recurrente concierne, en primer lugar, a esta Sala de la AN, en tanto que órgano de ejecución al que se encuentra sometida la recurrente. Es importante señalar que la vulneración del CEDH se produce en una ejecutoria, un proceso judicial por naturaleza dinámico y en evolución, que debe adaptarse en cuanto a la determinación de la fecha de licenciamiento y extinción de la responsabilidad penal a las circunstancias del propio cumplimiento, especialmente cuando concurren beneficios penitenciarios como la redención de penas.

d) Si la jurisdicción ordinaria no ejecuta de manera adecuada la sentencia del TEDH será el TC el que tendrá que reaccionar, anulando una decisión contraria a Derecho. Así se desprende de su STC 245/1991 cuando establece que, ante la inexistencia en el Derecho interno de un mecanismo procesal adecuado para la reapertura del procedimiento en el que se produjo en la lesión del derecho fundamental, podrá él proceder, de manera excepcional, a la rescisión de la resolución judicial lesiva del derecho fundamental, siempre que se cumpla el requisito de la lesión actual.

e) En conclusión, sin necesidad de provocar un recurso de amparo, la AN ha de dar cumplimiento a la sentencia de la Gran Sala, revisando las decisiones que mantienen la situación de privación de libertad.

24. A esta decisión han seguido unas cuantas más. Todas ellas expresan el valor de la preminencia del derecho fundamental vulnerado y tienen un elemento en común: dan forma —con mayor o menor detalle— a la decisión de acabar con la vulneración del derecho a la libertad declarado por el TEDH. Son resoluciones judiciales efervescentes de voluntarismo jurídico. Esa es la novedad en la actitud del poder judicial español en relación con las sentencias del TEDH; no obstante, téngase en cuenta que, en este supuesto, el poder judicial se ha encontrado en la misma situación en que se encontró el TC en el caso *Bultó*.

25. Cabe mencionar un Auto de 24 de octubre de 2013 de la AP de Barcelona que resuelve la petición que la defensa del penado había presentado solicitando la aplicación de la sentencia del TEDH a su propia situación. Se trataba de condenas por violación y robo, no por delitos de terrorismo. La AP de Barcelona hizo suyos los fundamentos de la AN en el asunto *Inés del Río*, pero añadió la existencia de algunos fundamentos jurídicos procesales en el ordenamiento español que pudieran servir de asidero para las decisiones a tomar. Así, a su parecer, la denominada revisión impropia derivada del art. 2 CP 1995 —revisión para la aplicación de la ley penal más favorable—, en conexión con la disposición transitoria 6.^a de ese mismo texto, que establece que la única limitación a la revisión es que la pena esté ejecutada o suspendida, supuestos éstos que no concurren en los casos que nos ocupan, puede ser útil. A mayor abundamiento, aduce que es posible también fundamentar su actuación en el efecto expansivo que prevé el art. 913 LECrim para las sentencias dictadas en casación que fueran favorables a los demás procesados, aunque no hubieran recurrido y siempre que se hallaran en la misma situación que el recurrente.

26. La idea de la extensión de los efectos jurídicos de la sentencia del TEDH a otros penados que se encuentren en la misma situación se recoge en un Auto de 25 de octubre de la AN que, sin mencionar los fundamentos jurídicos expresados por la AP de Barcelona, señala que la STEDH en el caso *Inés del Río* ha puesto de manifiesto la incompatibilidad con el CEDH de la aplicación retroactiva del criterio de cómputo de los beneficios penitenciarios. El órgano judicial afirma que el criterio sentado por la sentencia de 21 de octubre de 2013 se le ha de reconocer no sólo el valor de cosa juzga-

da sino también el valor de cosa interpretada, vinculante para todos los Estados, también porque así lo establece nuestro propio texto constitucional en virtud del art. 10.2 CE. Finalmente, merece la pena hacer mención a un Auto de 8 de noviembre de 2013 de la AN que reitera muchos de los argumentos expuestos en los párrafos recientes y añade la confusa afirmación de que: «[...] en el sistema de protección de derechos fundamentales del Convenio Europeo, compete al Estado poner fin a aquellas violaciones actuales y vigentes que fueren idénticas al objeto de la sentencia del Tribunal Europeo; de ahí la necesidad de decidir sobre la libertad de otros condenados que se encuentran en la misma situación que la demandante del Río Prada, denominadas medidas generales en las Reglas del Comité de Ministros para la supervisión de la ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo, de 10.5.2006 y en la Recomendación CM/Rec(2008)2 del mismo Comité de 6.2.2008 [...]».

27. En este proceso, el 12 de noviembre de 2013, la Sala General del TS alcanzó un Acuerdo en el que ordenó la revisión de todos los casos que pudieran estar afectados por la STEDH de 21 de octubre de 2013: «1. En los casos de sentencias condenatorias en ejecución, dictadas con anterioridad al día 28 de febrero de 2006, en las que se aplique el CP derogado de 1973, por no resultar más favorable el CP de 1995, las redenciones ordinarias y extraordinarias que procedan se harán efectivas sobre el límite máximo de cumplimiento establecido conforme al art. 70 del referido Código de 1973, en la forma en que se venía haciendo con anterioridad a la sentencia de esta Sala núm. 197/2006, de 28 de febrero. 2. Las resoluciones relativas a las acumulaciones y liquidaciones de condena que resulten procedentes con arreglo al punto anterior, se acordarán en cada caso por el Tribunal sentenciador, oyendo a las partes, siendo susceptibles de recurso de casación ante esta Sala. 3. El Tribunal considera necesario que el Poder legislativo regule con la necesaria claridad y precisión el cauce procesal adecuado en relación con la efectividad de las resoluciones del TEDH». A partir de aquí, el siguiente Auto de excarcelación es una resolución de la AP de Madrid de 13 de noviembre de 2013, que añade como argumento el art. 96 CE, en el sentido de que el CEDH es parte del ordenamiento español y por tanto debe ser aplicado y cumplido, lo que incluye al art. 46 que establece la obligatoriedad de las sentencias del TEDH.

28. El proceso de revisión de las ejecutorias en las que se ha aplicado la *doctrina Parot* se encuentra en plena efervescencia. No se conocen realmente los datos numéricos de los casos a los cuales podía afectar la jurisprudencia del TEDH en el asunto *Del Río Prada*. Las noticias de prensa hablan de sesenta o más, entre los cuales no solamente se encuentran condenados por delitos de terrorismo.

29. Mientras tanto, el TC, en cuyo seno se encontraban aún un número no despreciable de recursos de amparo contra resoluciones judiciales en las que se había aplicado la *doctrina Parot*, ha comenzado a adoptar autos de desistimiento (ATC 254/2013) para los casos en que la propia defensa de la víctima ha renunciado, tras la excarcelación, al recurso de amparo interpuesto (art. 86 LOTC) o autos de pérdida de objeto del recurso de amparo, para los supuestos de excarcelación sin desistimiento de la víctima. Y es que, como acertadamente afirmó la AN en el auto de excarcelación de Inés del Río, es al tribunal que se constituye como órgano de ejecución de cada una de las ejecutorias aún pendientes al que corresponde la ejecución, en primer término, de las sentencias de TEDH.

30. En última instancia, cabe mencionar los procesos de reforma abiertos para introducción en nuestro ordenamiento de vías procesales para que una sentencia del TEDH se constituya como una causa de revisión de la sentencia en la que se ha produ-

cido la vulneración del derecho fundamental declarada por Estrasburgo —propuesta de texto articulado de la LOPJ elaborada por la Comisión Institucional creada por Acuerdo de Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012 (véase art. 5) y propuesta de texto articulado de la LECrim. elaborada por la Comisión Institucional creada por Acuerdo de Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012 (véase art. 623)—.

Cristina IZQUIERDO SANS*
Universidad Autónoma de Madrid

3.2. La expulsión de progenitores extranjeros de menores de nacionalidad española: libertad de circulación y residencia y protección de la vida familiar

EXPULSIÓN.— Derechos fundamentales.—Libre circulación y residencia.—Protección de la vida familiar.

Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Segunda) 186/2013, de 4 de noviembre. Ponente: Juan José González Rivas. Voto Particular formulado por Adela Asua Batarrita y Fernando Valdés Dal-Ré.

1. En agosto de 2009, G. V. A., de nacionalidad argentina, fue objeto de una orden de expulsión, acompañada de prohibición de entrada de diez años de duración, por hallarse en situación irregular en España y haber sido condenada a una pena privativa de libertad superior a un año como autora de un delito doloso, encontrándose en ese momento en prisión. La resolución fundamentó la expulsión, por tanto, en los arts. 53.a) y 57.2 de la LO 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (en adelante, LOEx). G. V. A. presentó un recurso de reposición contra dicha resolución dictada por la Subdelegación del Gobierno en Cádiz. Desestimado éste, la demandante recurrió en vía contencioso-administrativa ante el Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 2 de Cádiz y, posteriormente, en apelación, ante el TSJ de Andalucía. En todas las referidas instancias, la recurrente alegó una falta de ponderación de su situación familiar, pues tenía una hija, menor de edad, de nacionalidad española, fruto de la relación sentimental que mantenía con un ciudadano español, quien se encontraba también en prisión. La desproporción de la sanción de expulsión invocada no fue acogida en ninguna instancia, fundamentándose principalmente la desestimación de los recursos en el hecho de que la expulsión basada en el art. 57.2 LOEx, a diferencia de la expulsión como respuesta a la estancia irregular, no podía ser sustituida por multa, ni exceptuada, al estar prevista taxativamente en la ley.

2. G. V. A. interpuso entonces un recurso de amparo ante el TC por entender vulnerados los arts. 18.1 y 19.1 CE. Según la demandante, si la menor permaneciera en España tras la expulsión de su madre, ninguno de sus progenitores podría ejercer la patria potestad y atender sus necesidades, por encontrarse su padre en prisión. La niña, de nacionalidad española, se vería entonces obligada a abandonar su propio país y viajar con su madre a Argentina, lo que sería contrario a su libertad de circulación y residencia en España, garantizada por el art. 19 CE. Ello privaría a su vez a

* Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación DER2012-33935, Tutela multinivel de principios y garantías penales.

padre e hija del derecho de relacionarse entre sí, impidiendo el disfrute del derecho a la intimidad familiar, protegido por el art. 18.1 CE.

3. La sentencia por la que se resuelve dicho recurso de amparo y que aborda un fenómeno, como el de los progenitores extranjeros de menores de nacionalidad española, que dista de ser aislado, constituye el objeto del presente comentario. Éste consta de dos partes, dedicadas precisamente a cada uno de los derechos fundamentales cuya supuesta vulneración es analizada en la sentencia: en primer lugar, la libertad de circulación y residencia, garantizada por el art. 19 CE; y, en segundo lugar, el derecho a la intimidad familiar, protegido por el art. 18 CE. Ninguno de los dos motivos de amparo solicitados fue estimado por el TC. Un Voto Particular discrepante de los Magistrados Adela Asua Batarrita y Fernando Valdés Dal-Ré acompaña a la sentencia. Las líneas argumentativas que desarrollan tanto la sentencia como el Voto Particular y la incidencia del DI y de la UE en ellas merecen nuestra atención en esta Crónica.

4. Para analizar la eventual lesión del derecho de la menor, de nacionalidad española, a residir en su propio país, el TC comienza recordando que el denominador común de los supuestos en que consideró afectado —aunque no vulnerado— el art. 19 CE residía en que la restricción a la libertad venía determinada por un vínculo forzoso (medidas cautelares consistentes en la residencia obligatoria en lugar determinado; prohibición de aproximarse a la víctima o extradición pasiva de un nacional español). En este caso, la decisión del poder público condiciona, si bien de un modo intenso, las opciones con que cuenta la menor, pero no le impone la obligación jurídica de abandonar el territorio español. Aunque la expulsión de la madre pueda incidir en la decisión de su hija sobre su lugar de residencia, no se le impide optar entre trasladar su residencia a Argentina, acompañando a su madre, o quedarse en España (FJ 4). Afortunadamente, el TC entiende que debe modular la configuración de las libertades del art. 19 CE al tratarse de una menor de edad. Para ello, en primer lugar, recuerda el imperativo de tener en cuenta el interés superior del menor al adoptar decisiones que conciernan a niños, tal y como estipula la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 1989 en línea con lo dispuesto en el art. 39.4 CE. En segundo lugar, recordando que ni la Constitución ni el CEDH reconocen derechos teóricos o ilusorios, sino reales y efectivos, el Tribunal hace referencia a la jurisprudencia de Luxemburgo derivada del asunto *Ruiz Zambrano* (STJUE —Gran Sala— de 8 de marzo de 2011, C-34/09).

5. Es ésta la primera ocasión en que el TC menciona esta línea jurisprudencial del TJUE por la que se emplea el efecto útil de la ciudadanía europea para resolver situaciones que, hasta entonces, venían siendo consideradas puramente internas, sin conexión con el Derecho de la Unión. En el asunto *Ruiz Zambrano* —no muy lejano del supuesto de hecho que nos ocupa, al tratarse de un nacional colombiano, en situación irregular en Bélgica y con dos hijos de nacionalidad belga—, el Tribunal de Justicia afirmó que el art. 20 TFUE, por el que se reconoce el estatuto de ciudadanía europea, se opone a que un Estado miembro deniegue la residencia y la obtención de un permiso de trabajo a un nacional de un país tercero, padre de niños de corta edad y cuya manutención asume, cuando estos últimos son ciudadanos de la UE y nacionales del mismo Estado miembro. De lo contrario, los menores se verían obligados a abandonar el territorio de la UE para acompañar a su progenitor, lo que les privaría del disfrute efectivo de la esencia de los derechos que el estatuto de ciudadanía confiere (STJUE de 8 de marzo de 2011, C-34/09, apdos. 40-45; la trascendencia de este asunto se revela al compararla con la, ya en su momento, controvertida STJCE de 19 de octubre de 2004, C-200/02, *Zhu y Chen*, en la que se reconocía el derecho de residencia a la progenitora extranjera de una menor con el fin de asegurar el efecto útil

del derecho de ésta a la libre circulación en un Estado miembro distinto de su Estado miembro de origen).

6. Si bien no puede aplicar directamente el art. 20 TFUE y la jurisprudencia que lo interpreta al caso concreto por no tratarse de un derecho fundamental susceptible de amparo, el TC traslada la interpretación desarrollada por el TJUE al art. 19 CE en relación con los nacionales españoles. Así, afirma que la menor, aunque no se le imponga la obligación de abandonar el territorio nacional, verá lesionado su derecho a permanecer en España cuando el interés superior de la menor pase necesariamente por acompañar a su progenitor expulsado a Argentina, bien por carecer de elementos de arraigo en España, bien porque sólo su madre pueda asumir su manutención. Argumentar que la menor, continúa el TC, goza de la libertad de entrar y salir de España porque no se le impone la obligación de abandonar el territorio convertiría a las libertades del art. 19 en ilusorias (FJ 5; la interpretación del art. 19 CE puede ser completada con el art. 3 del Protocolo núm. 4 del CEDH por el que se prohíbe que un Estado expulse a sus nacionales, les deniegue la entrada o *condicione* su derecho a residir en su territorio, tal y como hace el TJUE en su jurisprudencia: véase STJUE de 5 de mayo de 2011, C-434/09, *McCarthy*, apdos. 29 y 34 y las sentencias que cita).

7. Sin embargo, el TC desestima este motivo de amparo, al considerar las circunstancias particulares del caso: la madre no es la única progenitora conocida y residente en España; no tiene ésta atribuida la guarda y custodia en exclusiva de la niña; su padre es español de origen, reside en España y está cercana su salida de prisión y, lo más importante, la menor ha convivido ya con sus abuelas, quienes asumieron su manutención mientras la madre estaba en prisión. Por consiguiente, aunque se expulse a su madre, la menor «seguirá teniendo importantes elementos de arraigo en España que hacen viable en la práctica que opte, en aras de la prevalencia de su propio interés, por permanecer en España, de modo que dicha expulsión no impedirá el disfrute efectivo de las libertades que como ciudadana española le reconoce el art. 19 CE» (a efectos de la «opción», nótese, como hace el Voto Particular, que la menor contaba con tres años al dictarse la orden de expulsión y con siete al resolverse el amparo). De este modo, el TC acoge la jurisprudencia del TJUE —empleando incluso idénticos términos— para interpretar el art. 19 CE, pero, al aplicarla al caso, niega que la menor no pueda disfrutar de las libertades que dicho precepto constitucional reconoce. Para ello, el TC parece centrar su atención en el criterio de la manutención, en la línea de lo dispuesto por el TJUE en el asunto *Ruiz Zambrano* a la luz de las clarificaciones aportadas en jurisprudencia posterior como el asunto *Dereci* (STJUE —Gran Sala— de 15 de noviembre de 2011, C-256/11, *Dereci y otros*).

8. En dicho asunto, las cuestiones prejudiciales procedían de diversos litigios, siendo, entre ellos, el de la familia *Dereci* el que más similitudes presenta con nuestro caso por tratarse de un nacional turco, en situación irregular en Austria, casado con una nacional austriaca con la que tiene tres hijos de la misma nacionalidad. Tras recordar que la vocación de la ciudadanía de la UE es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros y que son contrarias al art. 20 TFUE las medidas que privan a los ciudadanos de la Unión del disfrute efectivo de la esencia de sus derechos, el TJUE clarificó que el criterio relativo a dicha privación se refiere a circunstancias en que resulte obligado abandonar no sólo el territorio del Estado miembro de nacionalidad, sino también la UE en su conjunto. Concluye que el hecho de que a un ciudadano de la Unión pueda parecerle deseable, por razones de orden económico o para mantener la unidad familiar en la Unión, que miembros de su familia, originarios de terceros países, puedan residir con él en territorio de la Unión no resulta suficiente para entender que el ciudadano de la UE se vería obli-

gado a abandonar dicho territorio (STJUE de 15 de noviembre de 2011, C-256/11, apdos. 61-68; asimismo, STJUE de 5 de mayo de 2011, C-434/09). Dado que tanto la esposa del Sr. Dereci como sus hijos, ciudadanos de la UE, no se verían obligados a acompañar al Sr. Dereci para subsistir, el art. 20 TFUE no impide la expulsión de este último.

9. Se hace así más nítido el criterio de privación empleado por el TJUE, que lo clarifica en mayor medida en el asunto *O. y S.* En éste, se indica que «es la relación de dependencia entre el ciudadano de la Unión de corta edad y el nacional de un tercer país al que se deniega el derecho de residencia la que puede desvirtuar el efecto útil de la ciudadanía de la Unión» (STJUE de 6 de diciembre de 2012, C-356/11 y 357/11, *O. y S.*, apdo. 56). Ahora bien, la noción de relación de dependencia manejada por el Tribunal de Luxemburgo parece un tanto más amplia que la de manutención, pues dispone que la asunción de «la carga legal, económica o afectiva de estos ciudadanos» constituye un elemento a tener en cuenta al examinar si resulta imposible el ejercicio del contenido esencial de los derechos que confiere la ciudadanía de la UE. En todo caso, sigue deduciéndose de la jurisprudencia del TJUE que la posible ruptura de tales vínculos legales, económicos o afectivos entre el extranjero y el ciudadano de la UE ha de ser determinante para obligar a este último a abandonar el territorio de la UE.

10. Esto no significa que, para el TJUE, la protección de la unidad familiar no sea importante, sino que no podrá ser garantizada con fundamento en la ciudadanía de la Unión. La protección de la vida en familia y, en su caso, la reagrupación familiar quedan fuera, por tanto, de la «esencia» de los derechos de ciudadanía (en este sentido y para un excelente comentario del asunto *Ruiz Zambrano*, véase IGLESIAS SÁNCHEZ, S., «El asunto *Ruiz Zambrano*: una nueva aproximación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a la ciudadanía de la Unión», *RGDE*, 2011, 24, p. 11). Por ello, el TJUE remite a las disposiciones referidas a la protección de los derechos fundamentales y, en concreto, de la vida familiar (STJUE de 15 de noviembre de 2011, C-256/11, apdos. 70 y ss.). De un modo análogo, tras rechazar la lesión de las libertades del art. 19 CE, el TC analiza la eventual afectación del «derecho a la vida familiar», vulneración de la que nos ocupamos a continuación.

11. El segundo de los derechos cuya lesión se invoca es, en efecto, el «derecho a la vida familiar», protegido, según la recurrente, por el art. 8 CEDH y, por acción del art. 10.2 CE, también por el art. 18.1 CE. Nos encontramos en esta materia con una importante discrepancia entre la jurisprudencia de Estrasburgo y la doctrina constitucional. Discrepancia que parte de una divergencia terminológica evidente, puesto que el art. 8.1 CEDH protege el «derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia», mientras que el art. 18.1 CE garantiza «el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen».

12. La jurisprudencia del TEDH sobre el art. 8 aborda diversas perspectivas de la inmigración: la admisión, la expulsión y, en menor medida, el estatuto de residente. Concretamente, en relación con la expulsión de extranjeros, el TEDH —como recuerda el TC en su Sentencia (FJ 6)— ha dispuesto que el derecho a la vida familiar, protegido por el art. 8.1 CEDH, puede actuar como límite a las decisiones de expulsión (entre la abundante jurisprudencia, véase, p. ej., STEDH de 21 de junio de 1988, *Berrehab c. Países Bajos*, núm. 10730/84). Ahora bien, las limitaciones impuestas por el art. 8.2 CEDH, las circunstancias del caso y la ponderación de los intereses en juego también han de ser tenidas en cuenta (véanse, p. ej., SSTEDH de 19 de febrero

de 1998, *Dalia c. Francia*, núm. 26102/95 y de 2 de agosto de 2001, *Boultif c. Suiza*, núm. 54273/2000).

13. A continuación, el TC retoma la exposición de su propia doctrina, según la cual «nuestra Constitución no reconoce un “derecho a la vida familiar” en los mismos términos en que la jurisprudencia del TEDH ha interpretado el art. 8.1 CEDH, y menos aún un derecho fundamental a la reagrupación familiar, pues ninguno de dichos derechos forma parte del contenido del derecho a la intimidad familiar garantizado por el art. 18.1 CE» (FJ 6; STC 236/2007, FJ 11). Así, la intimidad familiar es entendida como un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás que se extiende a aspectos de otras personas con las que se guarde un estrecho vínculo familiar. El art. 18.1 CE protege, en consecuencia, ese ámbito, resguardándolo de una publicidad o invasión no deseadas, concepto que dista bastante de la protección de la «vida familiar» que asegura el CEDH.

14. Ahora bien, esta doctrina constitucional no supone que el derecho a la vida familiar, garantizado por el art. 8.1 CEDH y el art. 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE), no encuentre protección en la Constitución (FJ 6). En efecto, la vida familiar está protegida, en el orden constitucional, a través de los principios de los arts. 10.1 (libre desarrollo de la personalidad) y 39 CE (protección social, económica y jurídica de la familia y de los niños) (FJ 7) y sin olvidar mencionar — como hace el TC— que la protección otorgada por los preceptos correspondientes del CEDH y de la CDFUE, así como la jurisprudencia que los interpreta adquiere también rango constitucional a través del art. 10.2 CE [véase también el art. 24.3 CDFUE; recuérdese que, por juego del art. 10.2 CE, la CDFUE resulta de aplicación en España al aplicar el Derecho interno y no sólo «cuando los Estados miembros aplican Derecho de la Unión», como se deduce de su art. 51.1 —véase apdo. 11 *quater* de la Declaración TC 1/2004, de 13 de diciembre, y MANGAS MARTÍN, A. (dir.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: Comentario artículo por artículo*, Bilbao, Fundación BBVA, 2008, pp. 815 y ss.—]. Sin embargo, si la protección de la vida familiar puede ser un derecho de configuración legal que la jurisdicción ordinaria está obligada a garantizar en atención, principalmente, a lo dispuesto en los arts. 8 CEDH y 7 de la CDFUE, no constituye un derecho fundamental susceptible de amparo constitucional (art. 53.2 CE).

15. Ello implica —concluye el TC— que «los jueces ordinarios han de tenerlos especialmente presentes [los arts. 10.1, 39.1 y 39.4 CE citados previamente] al ejercer su potestad de interpretar y aplicar el art. 57.2 LOEx, verificando si, dadas las circunstancias del caso concreto, la decisión de expulsión del territorio nacional y el sacrificio que conlleva para la convivencia familiar es proporcional al fin que dicha medida persigue, que no es otro en el caso del art. 57.2 LOEx que asegurar el orden público y la seguridad ciudadana» (FJ 7). Aunque el TC no lo aclare expresamente, esto significa que la expulsión derivada del art. 57.2 LOEx, medida de policía impuesta como consecuencia de la condena penal, sí admite excepciones y ha de ser matizada en base al principio de proporcionalidad de la misma manera que la expulsión como sanción administrativa, sin que quepa el automatismo afirmado en las resoluciones judiciales precedentes (véase también el Voto Particular, FJ 4 *in fine*, donde sí se asume esta interpretación de manera expresa).

16. Esta segunda parte de la sentencia pone así de manifiesto la clara divergencia entre la doctrina constitucional española y la jurisprudencia de Estrasburgo, la cual no puede salvarse, según el TC, por acción del art. 10.2 CE. Este precepto

permite efectivamente que los instrumentos internacionales en los que España es Parte completen la interpretación de los derechos fundamentales protegibles por el TC en amparo. Sin embargo, el art. 10.2 no permite incorporar derechos nuevos al catálogo constitucional. Si los tratados internacionales, entiende el TC, sirvieran de canon autónomo de validez de las disposiciones y actos de los poderes públicos en materia de derechos fundamentales, sobraría la proclamación constitucional de éstos (véase STC 236/2007, FJ 5, y la jurisprudencia allí citada). Lo que sí es posible es la incorporación de aspectos o facetas de un derecho fundamental, reconocidos en un tratado internacional pero no explicitados en la Constitución (véase, al respecto, SAIZ ARNAIZ, A., *La apertura constitucional al Derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española*, Madrid, CGPJ, 1999, p. 82).

17. El problema estriba entonces en determinar si el derecho a la vida familiar puede ser considerado un aspecto o faceta del derecho a la intimidad familiar o si verdaderamente el primero constituye un derecho nuevo desconectado totalmente del segundo. Ciertamente, resulta complicado admitir que un derecho reconocido en un convenio internacional no pueda vincularse de alguna manera a un derecho fundamental. Una completa desconexión entre la vida familiar y la intimidad familiar parece además difícil de sostener, pero aceptar que la vida familiar constituya una faceta de la intimidad familiar supondría asumir también la doctrina del TEDH, la cual puede ser considerada excesiva en algunos términos para el TC por ser capaz de limitar sobremanera la soberanía del Estado en materia de expulsión y admisión de extranjeros.

18. Por su parte, los magistrados firmantes del Voto Particular consideran que no es posible seguir manteniendo las divergencias con la jurisprudencia de Estrasburgo en este punto, sino que es preciso incorporar su interpretación del art. 8.1 CEDH al orden constitucional por obra del art. 10.2 CE (FJ 6 del Voto Particular).

19. En este sentido, se refieren también al art. 7 CDFUE, el cual reconoce ese mismo derecho sin apartarse del Convenio y de la jurisprudencia del TEDH, que constituyen el contenido mínimo de los derechos protegidos por la CDFUE y sin que ésta pueda ser interpretada como limitativa de los derechos garantizados por el CEDH (arts. 52.3 y 53 CDFUE; véanse las Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales, sobre los preceptos mencionados y el art. 7). Recuerdan para ello la Declaración 1/2004, en la que el TC afirmó el valor interpretativo de la CDFUE y su relación con el CEDH (FJ 6), de tal modo que la jurisprudencia de Estrasburgo y la CDFUE —afirma el Voto Particular— «vienen a garantizarnos unos contenidos mínimos en relación con los derechos fundamentales, a partir de los cuales se determine en el orden interno el contenido asegurado por el Derecho propio, sin que, en ningún caso, pueda ser objeto de rebaja ese contenido mínimo garantizado por las normas del CEDH», según la interpretación del TEDH, y por la Carta. Respecto de la jurisprudencia de Estrasburgo, además de citar su doctrina clásica en materia de expulsión, el Voto Particular se refiere —como hacía la recurrente en su demanda— al asunto *K. A. B. c. España*, en el que la expulsión de la madre, ordenada sin tener en cuenta la información facilitada sobre la existencia de su hijo, influye en la pérdida de contacto del padre con éste, siendo declarado, por tanto, en situación de desamparo y objeto de acogimiento y, posteriormente, de adopción (STEDH de 10 de abril de 2012, *K. A. B. c. España*, núm. 59819/08). Al no haber garantizado la protección de la vida familiar asegurada por el CEDH y su jurisprudencia, el Voto Particular concluye que el TC ha facilitado la imposición de una nueva condena a España por parte del

TEDH, instancia ante la que la demandante deberá solicitar la satisfacción de sus pretensiones (FJ 6 *in fine*).

20. Habiendo descartado proteger un «derecho a la vida familiar» en amparo, son los jueces ordinarios —como admite el TC— los que deben tener en cuenta las circunstancias familiares. Al no haberlo hecho según se desprende del relato de los hechos, ¿no se ha producido entonces una vulneración del art. 24 CE?

21. Precisamente la eventual lesión del derecho a la tutela judicial efectiva de la demandante es objeto de controversia en el caso que nos ocupa. Mientras el TC hace notar que la recurrente no funda su queja en el art. 24.1 CE (FJ 3), sorprendentemente, los magistrados que suscriben el Voto Particular manifiestan que sí se denuncia tal vulneración en la demanda, pero que es omitida, sin embargo, en la sentencia (FJ 2 del Voto Particular). Consideran que dicha denuncia debería haber prosperado y fundar la estimación del amparo por manifiesta ausencia de motivación de las resoluciones administrativas y judiciales y por arbitrariedad, al negarse a valorar circunstancias relacionadas con su vida familiar y la residencia de su hija, lo que habría permitido verificar si la expulsión y el sacrificio que conlleva para la convivencia familiar es proporcional al fin que la medida persigue (FJ 4 del Voto Particular; en este sentido, véanse SSTC 140/2009 y 145/2011).

22. En todo caso, una eventual estimación del amparo por lesión del art. 24 CE no habría supuesto necesariamente un resultado sustantivo distinto. El amparo otorgado habría consistido en anular la resolución administrativa sancionadora y las posteriores resoluciones judiciales con retroacción de actuaciones, no quedando asegurado que las circunstancias familiares alegadas por la demandante fueran tomadas en consideración en su favor al aplicar al caso concreto lo dispuesto en la jurisprudencia de Estrasburgo sobre el derecho a la vida familiar y en la propia jurisprudencia española al respecto. En efecto, el TS ha fallado también a favor de la imposibilidad de expulsar a un progenitor extranjero de un menor de nacionalidad española, puesto que o bien supondría una orden implícita de expulsión del menor español, contraria al principio de no expulsión de nacionales, o bien implicaría la desmembración de la familia, en vulneración de la protección de la familia y de los menores (STS de 26 de enero de 2005, FJ 6).

23. Independientemente de la situación fáctica del caso concreto, no admitir el análisis de una eventual lesión del derecho a la vida familiar en vía de amparo plantea problemas de calado. La autonomía de la Constitución y del TC parece quedar asegurada pero podría dar lugar a una condena al Estado español por el TEDH; obliga a los afectados a continuar su periplo judicial hasta Estrasburgo y resulta incoherente tanto con la mencionada jurisprudencia del TS como con el reconocimiento de la autorización de residencia por arraigo familiar, incluida en la legislación de extranjería para dar solución a la situación irregular de progenitores de menores españoles (art. 124.3 del RD 557/2011, por el que se aprueba el Reglamento de la LO 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por LO 2/2009. La introducción de esta figura parece haberse inspirado en la jurisprudencia española y del TJUE en el asunto *Ruiz Zambrano*, como se deduce del preámbulo de la norma).

Paula GARCÍA ANDRADE
Universidad Pontificia Comillas, Madrid

3.3. Delito de torturas y derecho a la tutela judicial efectiva

GARANTÍAS Y DERECHO A UN PROCESO JUSTO.—Derecho a la tutela judicial efectiva.—Derecho a no ser sometido a torturas ni a tratos inhumanos o degradantes.

Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera) 153/2013, de 9 de septiembre. Ponente: Francisco Pérez de los Cobos Orihuel.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª), de 11 de julio de 2013 (ROJ: 4313/2013). Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj: 28079120012013100681).

1. En el presente comentario analizamos dos sentencias, una del Tribunal Constitucional (STC 153/2013) y otra del Tribunal Supremo (STS 4313, de 11 de julio), que al versar ambas sobre el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratos inhumanos o degradantes, trataremos de forma conjunta.

2. No obstante, debemos señalar una importante diferencia entre uno y otro caso. En el primero, ante el TC, el razonamiento está basado en la falta de tutela judicial efectiva del derecho a no ser torturado. En el segundo, ante el TS, el razonamiento está basado en los hechos realizados. Ello es debido a que el recurso ante el TC está interpuesto por la víctima, mientras que el recurso ante el TS está interpuesto por los agentes que realizaron las torturas.

3. La STC 153/2013 versa sobre el recurso de amparo promovido por el Sr. Mikel Beunza Oroz, denunciando haber sido sometido a tortura durante su detención por agentes del Cuerpo Nacional de Policía, el 10 de noviembre de 2008, en Pamplona, y su posterior traslado a dependencias policiales de Madrid, donde permaneció en régimen de incomunicación hasta el día 14 de noviembre de 2008, en que fue puesto a disposición del Juzgado Central de Instrucción. La STS de 11 de julio de 2013, trae causa del recurso interpuesto por unos agentes de policía que fueron condenados por delitos de lesiones al practicar una detención, el 23 de octubre de 2005, tras recibir un aviso, que resultó equivocado, de que dos personas que habían agredido a un agente de la policía local se encontraban en la estación de Renfe de Badalona.

4. En la denuncia por presunto delito de torturas presentada por Mikel Beunza los hechos alegados eran que «los agentes, en el momento de la detención le aplastaron la cabeza contra la pared no pudiendo mover el cuerpo [...] notando un pinchazo en el brazo derecho [...] que fue introducido en un automóvil con la cabeza entre las piernas y fue conducido a la comisaría de la policía nacional de Pamplona, en donde le ordenaron que tuviera los ojos cerrados y que mirara al suelo. Posteriormente le condujeron a una celda, le ordenaron que se quitara los pantalones y la ropa interior y que se pusiera dos veces en cuclillas. [...] le condujeron a su casa y [...] a la casa de sus padres, y finalmente volvieron a trasladarle a la comisaría, en la que le tomaron huellas, muestras de ADN y fue reconocido por un médico [...], conduciéndole finalmente de nuevo a la celda. Ulteriormente, [...] le sacaron de nuevo de la celda con la cabeza hacia abajo y un policía que me guiaba hizo darme un golpe con no sé qué. [...] A continuación fue trasladado a Madrid y durante el viaje, recibí “*xpadas*” (golpes en la parte de atrás de la cabeza), la mayoría no muy fuertes, y me las daba el de delante (conductor) y el de mi lado. Éste también me dio algunos golpes con la mano abierta

en la espalda y un par de puñetazos, pero no muy fuertes. Al mismo tiempo trató de cogerme de los testículos [...] junto a las preguntas, golpes, amenazas, humillaciones... Me decían si no me daba vergüenza no cuidar de mi hermana, apenas visitar a mis padres». Al llegar a Madrid, añade, «estaban como que no encontraban la luz y me golpeé la frente con la puerta de rejas del interior. [...] un policia encapuchado y de paisano se tiró media hora haciéndome preguntas dándome golpes con la mano abierta en la cabeza. [...] me ordenó que hiciera flexiones, hasta que no pude levantarme. [...] Me pusieron un papel y un boli encima de la mesa y me dijeron que lo llenara entero. Les contesté que no y [...] me ordenaron que hiciera flexiones de piernas, sin que preguntaran nada. Estuve unas dos horas o así, sintiéndome totalmente derrotado, sin poder continuar»; en el segundo interrogatorio «entró un hombre muy enfadado gritando. Daba golpes fuertes y ruidosos cerca de mí, temblaba todo, las paredes, mesas... Estuvimos veinte minutos así, recibiendo constantes amenazas, y dando golpes sobre todas las cosas que estaban a mi alrededor, pero sin llegar a tocarme a mí»; en el tercer interrogatorio «la tensión subía, amenazas, insultos, algún golpe en la cabeza... [...] Empezaron a hablar de las ganas que tenían de hacer Guerra Sucia, que se estaban preparando ya, que la gente estaba dispuesta, que era muy fácil».

5. En el recurso ante el TS, la sentencia considera como hechos probados que, una vez llegaron los agentes a la estación, se encontraron al Sr. Román Victoriano y a la Sra. Amparo Leticia y uno de los gentes profirió palabras tales como «es ésta, es ésta, hija de puta, ya te tenemos» a la vez que le golpeaba con la mano en la cara y la levantaba zarandeándola y agarrándola del pelo hasta tirarla al suelo mientras le decía «mírame bien porque en comisaría te voy a arrancar el *piercing* de cuajo». El otro agente, mientras pedía la documentación al hombre [...] le golpeaba en dos ocasiones con la mano en la cara; así mismo insistía en que, realmente, era un tal Eduardo y era militar, si bien, la víctima reiteró que se llamaba Román Victoriano, que era camarero y que tenía que abrir un buffet a las 6 horas, entonces [...] le profirió palabras tales como «a ti si que te vamos a abrir de arriba a abajo, hijo de la gran puta». Los agentes advierten que hay cámaras [...] agarran de los pelos a una y la golpea repetidamente con los pies. [...] hizo además de dejarlo caer a la vía del tren mientras lo sujetaban de la solapa de la cazadora. [...] le cogió la cabeza, se la levantó, aproximó su cara a la de la víctima, y mientras le exhibía un spray de autodefensa le profirió palabras tales como «te lo vas a tragar». Tras ser llevados ante el agente agredido y resultar la identificación negativa, son puestos en libertad en la parada de metro [...]. El Sr. Román Victoriano sufrió lesiones consistentes en contusiones múltiples y tardó en curar veintiocho días no impositivos, así mismo le quedó como secuela una cervicalgia leve. La otra lesionada sufrió una quemadura de primer grado de dos centímetros entre el primer y el segundo dedo de la mano derecha, dos quemaduras de primer grado de medio centímetro en la muñeca derecha, así como una cervicalgia que tardó en curar catorce días, y una pequeña cicatriz hipercroma entre el primer y el segundo dedo de la mano derecha.

6. Ambos procedimientos siguieron cauces distintos. En el caso de Mikel Beuza, tras haber sido reconocido por un médico forense en Madrid, presentó denuncia ante el Juzgado de guardia de Pamplona; el Juzgado de Instrucción se inhibió a favor del Juzgado de Instrucción Decano de Madrid. Este último, en vista del informe del médico forense que establecía que no se apreciaban signos de violencia, y en contra del interés del fiscal, denegó las diligencias solicitadas y acordó el sobreseimiento provisional y archivo de la causa. Mikel Beuza interpuso recurso de apelación que fue igualmente desestimado por la AP de Madrid; presentando un recurso de amparo por vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva en conexión con el derecho

a la integridad física y moral, al que se sumó el Ministerio Fiscal por entender que el derecho a la tutela judicial efectiva en conexión con la prohibición de la tortura sólo puede satisfacerse cuando la investigación llevada a cabo sea suficiente y efectiva.

Por su parte, en caso de los agentes de policía, presentada denuncia por los agredidos, la Audiencia Provincial dictó sentencias contra varios agentes como autores de un delito contra la integridad moral en su modalidad de torturas no graves del art. 174.1 CP, con la concurrencia de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en forma de atenuante. Notificada la sentencia, los agentes condenados presentaron recursos de casación por quebrantamiento de forma e infracción de ley; el Ministerio Fiscal solicitó la inadmisión y subsidiariamente la desestimación del mismo. La Sala del TS admitió el recurso.

7. Pese a concurrir en ambos casos la denuncia de delitos de torturas, las sentencias presentan fundamentos jurídicos muy distintos, pues la perspectiva de ambas es distinta. En el recurso ante el TS se trata de delimitar si los hechos probados son o no tortura. En el recurso de amparo ante el TC se trata de delimitar si se ha dado o no tutela judicial efectiva a la denuncia de tortura. Además de tratarse de dos perspectivas diferentes, debemos añadir que mientras la Sala del TS omite cualquier referencia al DIP (salvo en el voto particular), la Sala Primera del TC construye la mayor parte de su fundamentación jurídica a partir de una extensa mención de los instrumentos internacionales aplicables a la prohibición de la tortura y a la acción internacional contra la tortura y el trato inhumano y degradante.

8. Fijándonos en el recurso ante el TC debemos empezar por afirmar que los convenios, declaraciones y resoluciones adoptados por los Estados miembros de Naciones Unidas reconocen claramente que no puede haber excepciones a la prohibición de la tortura y establecen distintas obligaciones para garantizar la protección contra tales posibles abusos. Entre los más importantes de esos instrumentos figuran la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948; el Pacto internacional de derechos civiles y políticos, que entró en vigor el 23 de marzo de 1976; las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV), de 31 de julio de 1957, y 2076 (LXII), de 13 de mayo de 1977; la Declaración de las Naciones Unidas sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, adoptada por la Asamblea General en su Resolución 3452 (XXX), de 9 de diciembre de 1975; el código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, adoptado por la Asamblea General en su Resolución 34/169, de 17 de diciembre de 1979; los principios de ética médica aplicables a la función del personal de salud, especialmente los médicos, en la protección de personas presas de diciembre de 1982; la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes, adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984 y que entró en vigor el 26 de junio de 1987; el conjunto de principios sobre la detención, adoptados por la Asamblea General en su Resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988; y los principios básicos para el tratamiento de los reclusos, adoptados y proclamados por la Asamblea General en su Resolución 45/111, de 14 de diciembre de 1990.

9. Consciente de las múltiples condenas de España por el TEDH por investigación insuficiente en los casos de supuestos delitos de tortura, la Sala Primera del TC recuerda la exigencia internacional de establecer un doble control en los casos donde

quepan razones fundadas de que pueda haberse cometido un acto de tortura, así como la obligación de tutela doblemente reforzada asumida por España al art. 3 CEDH. Así, el art. 12 de la Convención contra la tortura señala que «todo Estado parte velará por que, siempre que haya motivos razonables para creer que dentro de su jurisdicción se ha cometido un acto de tortura, las autoridades competentes procedan a una investigación pronta e imparcial». En el mismo sentido, el art. 9 de la Declaración sobre la protección contra la tortura dispone que «siempre que haya motivos razonables para creer que se ha cometido un acto de tortura tal como se define en el artículo 1, las autoridades competentes del Estado interesado procederán de oficio y con presteza a una investigación imparcial». En este sentido, el TEDH considera que, cuando una persona afirma «de forma creíble» (SSTEDH *Corsacov c. Moldavia; Dzeladinov y otros c. Macedonia*) o de forma defendible haber sufrido, por parte de la policía u otros servicios del Estado, tratos contrarios al art. 3 CEDH «[...] esta disposición, [...] requiere, por implicación, que se realice una investigación oficial eficaz» (SSTEDH *Stanchev c. Bulgaria; San Argimiro Isasa c. España; Otamendi Eiguren c. España*). Se ha considerado que es «defendible» o «creíble» que las denuncias de torturas o malos tratos alegados podrían haber sido causados por la policía cuando consta que el demandante se ha quejado de haber sufrido malos tratos en todos los informes del médico forense (STEDH *Beristain Ukar c. España*); cuando en los informes del médico forense se describen diferentes heridas y hematomas (STEDH *Martínez Sala y otros c. España*); cuando los informes médicos realizados durante el periodo de detención señalan la presencia de varios hematomas y una costilla rota (STEDH *San Argimiro Isasa c. España*); y una vez han aportado elementos suficientes de los que se deriva una sospecha razonable de que las torturas o malos tratos alegados pueden haber sido causados por agentes policiales, el TEDH considera que las autoridades están obligadas a llevar a cabo una investigación eficaz para encontrar alguna prueba que confirme o contradiga el relato de los hechos ofrecidos por los demandantes.

10. Para declararse una violación sustancial del art. 3 CEDH debe apreciarse, más allá de toda duda razonable, que el demandante fue sometido a malos tratos, alcanzando un mínimo de gravedad, pudiendo dicha prueba resultar de una serie de indicios o presunciones no refutadas, suficientemente graves, precisas y concordantes (STEDH *San Argimiro Isasa c. España*). Ahora bien, cuando la imposibilidad de determinar más allá de toda duda razonable que el demandante fue sometido a malos tratos contrarios al art. 3 «se desprende en gran medida de la ausencia de una investigación profunda y efectiva por las autoridades nacionales tras la denuncia presentada por el demandante por malos tratos», el TEDH declara violado el art. 3 CEDH en su parte procesal (SSTEDH *Beristain Ukar c. España, San Argimiro Isasa c. España, Martínez Sala y otros c. España*).

11. Por el contrario, la STS se detiene en el contenido material del delito de tortura, a fin de identificar si los hechos probados constituyen o no delito de tortura. De ahí el interés del voto particular no concurrente con el fallo del TS, que discute, con apoyo de diversas sentencias del TEDH, la calificación de tortura alegando para ello la no coincidencia en los medios comisivos, su escasa duración —no superior a quince minutos— y el no haber sido las víctimas sometidas a condiciones y procedimientos que por su naturaleza, duración, u otras circunstancias ocasionen en la víctima sufrimientos físicos o mentales, o la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión, ni tampoco un trato que implique un menoscabo notable de la dignidad de las personas afectadas, no habiendo en la actuación una idea de reiteración, sistemática, método, o al menos permanencia, ni tampoco una finalidad punitiva o indagatoria. La STS no recoge ninguna de estas ideas, pero basán-

dose exclusivamente en su propia jurisprudencia y sin mencionar la jurisprudencia del TEDH.

12. En ambos casos los Tribunales apoyan las sentencias condenatorias por vulneración del art. 3 CEDH: en el primer caso, por vulneración de la tutela judicial efectiva al haber clausurado los órganos judiciales la investigación sobre los hechos denunciados omitiendo la práctica de medios de investigación disponibles e idóneos para el esclarecimiento de los hechos, incurriendo por ello en vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en relación con el derecho a no ser sometido a tratos inhumanos o degradantes (art. 15 CE); en el segundo, rechazando el recurso presentado por los agentes condenados en instancia por haberse cometido actos constitutivos de tortura en su modalidad de no graves. Se trata de la afirmación de las dos perspectivas de protección del derecho a no sufrir tortura: la perspectiva procesal (necesidad de que la denuncia creíble o defendible sea investigada de forma eficaz y a fondo), y la perspectiva sustantiva (el contenido mínimo que deben tener los hechos probados para ser considerados tortura, aunque sea en su forma menos grave).

Alberto D. ARRUFAT CÁRDABA
Universidad Católica de Valencia

3.4. Caso del genocidio del Tíbet. ¿Hacia una nueva reforma exprés de la jurisdicción universal? *

COMPETENCIA EXTRATERRITORIAL DE LOS TRIBUNALES PENALES ESPAÑOLES.—Jurisdicción universal.—Crímenes de Derecho internacional.—Nueva reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Autos de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 4.^a), de 9 de octubre de 2013 (ROJ: SAN 246/13) y de 18 de noviembre de 2012 (ROJ: SAN 270/13).

1. Los dos breves autos que comentamos vinieron a resolver, en esencia, la disparidad de criterios entre los querellantes y el fiscal y el Juzgado Central de Instrucción núm. 2 respecto a si existían indicios suficientes para deducir la participación en los hechos objeto de querrela de una serie de personas. A primera vista pues, pudiera pensarse que no fuera ésta una cuestión llamada a centrar la atención general. Sin embargo, lo decidido por la Sala ha resultado ser una noticia de alcance mundial, cuya más inmediata *consecuencia* parece haber tomado cuerpo en una suerte de *déjà vu* ciertamente desalentador de confirmarse.

2. Los autos en cuestión se enmarcan en el proceso de sumario 63/08 —comúnmente conocido como «caso *del genocidio del Tíbet*» o «caso *Tíbet*»— iniciado por la querrela interpuesta el 28 de junio de 2005 por el Comité de Apoyo al Tíbet, la Fundación Casa del Tíbet, y como acusación particular, el ciudadano español de origen tibetano Thubten Wangchen Sherpa Sherpa. Desde otra perspectiva, estamos ante uno de los cada vez menos procedimientos vivos en la AN en aplicación del principio de jurisdicción universal.

* Sobre este tema, en la Sección de Información y documentación de esta *Revista*, SEGURA SERRANO, A., «Hacia una nueva reforma restrictiva del principio de jurisdicción universal en España», pp. 321 ss.

3. La querrela fue interpuesta por los delitos de genocidio, torturas, terrorismo y crímenes de lesa humanidad cometidos contra el pueblo tibetano a partir de 1971, contra Jiang Zemin, anterior Presidente de China y Secretario del Partido Comunista Chino, y en aquel momento máxima autoridad del Ejército Popular de Liberación; Li Peng, antiguo Primer Ministro durante la represión tibetana y de finales de los ochenta y principios de los noventa; Ren Rong, Secretario del Partido en el Tíbet durante el periodo 1971-1980 y dirigente militar que perteneció a la Comandancia Militar del Suroeste participando en la ocupación del Tíbet; Yin Fatang, Secretario del Partido en el Tíbet durante el periodo 1980-1985, y dirigente militar que perteneció a la Comandancia Militar del Suroeste participando en la ocupación del Tíbet; Quiao Shi, Jefe de la Seguridad China y responsable de la Policía Armada Popular durante la represión de finales de los ochenta; Chen Kuiyan, Secretario del Partido en la Región Autónoma del Tíbet durante el periodo 1992-2001, y Deng Deltun, Ministro de Planificación familiar en los años noventa. En otras palabras, la querrela se presentó contra los presuntos máximos responsables de los más graves crímenes de DI cometidos contra el pueblo tibetano desde hace décadas (para más datos sobre la querrela, ESTEVE MOLTÓ, J. E., «El auto de admisión a trámite de 10 de enero de 2006 de la Audiencia Nacional: la aplicación de la jurisdicción universal al caso del genocidio del Tíbet», en *Anuario Español de Derecho Internacional*, 2006, núm. 22, pp. 579-607, en especial pp. 579-589).

4. Hasta llegar a lo acontecido en estos últimos seis meses, es importante recordar brevemente que esta querrela fue inicialmente inadmitida por el Juzgado Central de Instrucción núm. 2 (Auto de 5 de septiembre de 2005, diligencias previas proc. abrev. 237/2005). El argumento central al respecto fue, en resumen, lo mantenido por la Sala Segunda del TS en sus Sentencias de 25 de febrero de 2003 (STS 327/2003) y 8 de marzo de 2004 (STS 319/2004). Esto es, en palabras de aquel Auto de septiembre de que: «No consta que ninguno de los presuntos culpables se encuentre en territorio español ni que España haya denegado su extradición. [...] No se aprecia la existencia de una conexión con un interés nacional español en relación directa con este delito [...]. Tampoco se conecta directamente con otros intereses españoles relevantes» (FJ 5). El consiguiente recurso de apelación fue finalmente resuelto por la Sala de lo Penal de la AN por Auto de 10 de enero de 2006 (rollo apelación núm. 196/05). Es decir, en una decisión posterior a la ya célebre STC de 26 de septiembre de 2005 (STC 237/2005), que de hecho fue la base fundamental para justificar la estimación del recurso y consiguiente admisión de la querrela. Así, baste recordar en este punto la siguiente calificación de la propia Sala de lo Penal: «... es en relación a los argumentos mantenidos en la sentencia del Tribunal Supremo donde se aprecia un abismo insalvable entre los argumentos de uno y otro Tribunal, que obligan al Constitucional a rebatir, uno a uno, de forma categórica. [Para terminar afirmando que en] el principio de justicia universal recogido en nuestro artículo 23.4 LOPJ [...] sólo existe un límite previsto específicamente, el de cosa juzgada» (FFJJ 4 y 6).

5. Aunque la querrela tuvo que enfrentar también otras cuestiones, como el conocido como *test de razonabilidad* establecido por el acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala de lo Penal de 3 de noviembre de 2005 (disponible en http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/jurisprudencia/acuerdo%20pleno%20de.pdf), en lo que nos concita valga señalar que a partir de la admisión ya acordada se sucedieron una serie de peticiones para que el Juzgado procediera a la práctica de diversas diligencias probatorias. Aquí también se dieron distintas complicaciones, pero en todo caso fue a partir de junio de 2006 cuando pudo sumarse al material probatorio en poder del juez múltiples declaraciones testificales de víctimas de los hechos denunciados (ya ante el

juez, ya vía comisión rogatoria). Ahora bien, es importante destacar que precisamente cuando se comenzaron a practicar las primeras diligencias previas, y el 5 de junio de 2006 la primera víctima tibetana prestó declaración ante el juez, se hizo pública la expresa y enérgica protesta de las autoridades chinas. Así, por ejemplo, más allá de las habituales (e interesadas) invocaciones al principio de no intervención en los asuntos internos, el portavoz del Ministerio Chino de Exteriores afirmaría aquellos días que la investigación en marcha no era más que una «difamación total, una absoluta mentira». Aún más, de manera específica se instó ya entonces a que «España gestione de forma apropiada este problema, para que las relaciones chino-españolas puedan, con el esfuerzo de ambas partes, seguir desarrollándose de forma saludable» (véase el artículo de REINOSO, J., «China califica de calumnias las acusaciones contra varios de sus líderes», en el diario *El País* de 10 de junio de 2006).

6. Sin abordar todos los acontecimientos y dificultades que continuaron sucediendo (al respecto, ESTEVE MOLTÓ, J. E., «Evolución de la justicia universal en España: del caso Pinochet a la actualidad», en VVAA, *La justicia universal en el Derecho internacional. Mesa redonda de expertos*, Madrid, APDHE-FIDH-Oficina de Derechos Humanos del MAEC, 2011, pp. 6-15), sí es preciso detenernos un momento en este sucinto repaso para hacer una referencia más amplia. Ello es así porque a pesar de que no es sencillo determinar con exactitud el peso de cada una de las causas entonces (aún) abiertas en aplicación del principio de jurisdicción universal, suele considerarse que junto con, muy especialmente, el proceso iniciado en 2008 por los hechos cometidos pocos meses antes de las Olimpiadas de Pekín (diligencias previas 242/2008), el devenir de este caso fue uno de los principales motivos que precipitaron la tan poco edificante reforma del art. 23.4 LOPJ, vía la LO 1/2009. Por decir mejor, aunque de una manera quizá no tan expresa como fueron por ejemplo declaraciones públicas como la de la entonces ministra de Asuntos Exteriores de Israel en relación con el proceso por los ataques en Gaza (dilig. previas 157/08), la respuesta de las autoridades chinas —que ya hemos ejemplificado— frente al avance de aquellos procesos parece aceptado que fue una clave determinante para entender el porqué de aquella reforma, en el fondo y en la forma.

7. En este punto, de manera sumarisima baste recordar que más allá de la serie de argumentos que se esgrimieron formalmente, lo que entonces se pretendió fue, en mi opinión, limitar sustancialmente el ámbito y contenido del art. 23.4 LOPJ, para en esencia y como literalmente se afirmó en el Congreso de los Diputados: «Solventar la problemática [...] que afectaba a nuestras relaciones internacionales, generando a veces conflictos diplomáticos» (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, año 2009, IX Legislatura, núm. 95, Sesión plenaria núm. 90, 25 de junio de 2009, p. 45). Discusiones generales ahora al margen, como es sabido así ocurrió respecto a entre otros, el proceso iniciado por la querrela de 2008, que fue archivada tras decidirse la aplicación sobre la marcha de los nuevos requisitos impuestos por LO 1/2009 (con carácter final, véase el Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de 27 de octubre de 2010, dilig. previas 242/2008). Como veremos recordó la Sala de lo Penal en su Auto de octubre, no era posible una solución similar en la causa que estamos comentando; aunque, valga adelantarlo, lo que está por verse es si tras sus autos de octubre y noviembre de 2013 no estamos ya asistiendo a un intento de tratar definitivamente de desactivar la (nueva) *crisis abierta* con China.

8. Previo a ello, apuntar que en cuanto a la calificación jurídica de los hechos denunciados, tras la oportuna solicitud a inicios de 2011 se acordó la ampliación de la investigación por los delitos de violaciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949, en relación con los arts. 606 y 611.5 CP (Auto del Juzgado Central de Instrucción

núm. 2, de 30 de marzo de 2011, sumario 63/08). Hecho que provocó, a su vez, nuevas reacciones públicas de oposición por parte de las autoridades chinas.

9. Llegados a 2013, a juicio de los querellantes las diligencias practicadas hasta ese momento habían confirmado, tanto la veracidad de los hechos expuestos en la querrela, como la participación y responsabilidad de los querrellados. En consecuencia, interesaron el libramiento de órdenes de busca y captura contra cinco de los presuntos responsables de los crímenes denunciados: Jiang Zemin, Li Peng, Quiao Si, Chen Kuiyan, y Deng Delyun. De otro lado, se reunió y aportó el material probatorio tendente a demostrar la presunta implicación del que para entonces ya había dejado de ser Presidente de la República Popular China, Hu Jintao; solicitándose la ampliación y admisión de la querrela contra él por los delitos de genocidio y de violaciones graves de los Convenios de Ginebra. A este último respecto, se destacaba que esto se hacía en este momento en tanto que al haber dejado de ser presidente de la República (2003-2013), había ya «finalizado su inmunidad diplomática»; es decir y en sentido estricto, su potencial inmunidad de jurisdicción penal como jefe de Estado.

10. Ambas peticiones de los querellantes fueron rechazadas por el Juzgado Central de Instrucción núm. 2: la primera por Auto de 3 de abril, la segunda por Auto de 11 de junio (sumario 63/08). En los dos casos, el juez se limitó a acoger los escritos del Ministerio Fiscal, que en esencia venían a mantener que no existían datos suficientes para estimar indiciariamente acreditadas la responsabilidad de los querrellados ni los hechos imputados en la ampliación de la querrela. Presentados los consiguientes recursos de apelación, esta doble cuestión sería la que la Sala de lo Penal debió resolver y resolvió en los autos de octubre y noviembre.

11. En ambos casos, la decisión de la Sala de lo Penal fue sustancialmente similar. Por acudir al literal del Auto de 18 de noviembre de (núm. 270/13), se afirmó que examinadas todas las actuaciones realizadas, «racionalmente y, *prima facie*, se deduce la existencia de indicios en la participación en los hechos objeto de la querrela [...] habida cuenta de la responsabilidad política o militar de cada uno de ellos en el largo periodo a que se remontan los hechos objeto de la investigación» (FJ Único). En el Auto de 9 de octubre (núm. 246/13) no se encuentra una formulación tan expresa, pero la Sala acogió igualmente la posición de los recurrentes concluyendo que sí existían indicios suficientes para ampliar la querrela contra Hu Jintao por los crímenes cometidos en el Tibet «incardinados, *prima facie* en el artículo 607 del Código Penal» (Antecedente de Hecho Único). Junto a ello, en este auto se recogió parte de lo discutido en el acto de la vista, reiterando aquí la Sala, en primer lugar, que como ya adelantamos la AN tenía competencia para la investigación de los hechos en tanto que uno de los querellantes (acusación particular) había demostrado tener nacionalidad española; y en segundo, que se defienda la posición que fuere, no constaba dato alguno de que las autoridades chinas hubieran iniciado ninguna investigación sobre los hechos querrellados.

12. En consecuencia, la Sala de lo Penal estimó los dos recursos presentados, revocando las resoluciones recurridas. De este modo, quedó ampliada la querrela frente a Hu Jintao (Auto de 9 de octubre) y se ordenó expedir órdenes internacionales de detención contra Jiang Zemin, Li Peng, Quiao Si, Chen Kuiyan, y Deng Delyun (Auto de 18 de noviembre).

13. Estas decisiones fueron objeto de atención y eco inmediatos por parte de los medios de comunicación a escala mundial. En lo que a las autoridades chinas respecta, el portavoz del Ministerio de Exteriores chino, Hong Lei, afirmó en rueda de prensa que: «China expresa su fuerte malestar y su firme oposición a las instituciones

españolas que, ignorando la posición china y siendo inconsistentes con previas declaraciones, manipulan este asunto». A lo que añadió que esperaban que «las partes relevantes en España tomen con seriedad la preocupación china y no hagan nada que dañe a este país o la relación entre China y España» (véase el artículo «Fuerte malestar de China por la orden de arresto del expresidente Jiang Zemin», en el diario *ABC* de 20 de noviembre de 2013). En pocas palabras, tal y como se destacó en múltiples foros y se consignó en diversos medios de comunicación, aquellas dos decisiones de la Sala de lo Penal abrieron una «grave crisis diplomática»; para cuya solución ya desde fines de noviembre de se apuntaba singularmente a una posible «reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial» (véase GONZÁLEZ, M., «El Gobierno intenta desactivar una grave crisis diplomática con China», en el diario *El País* de 21 de noviembre de 2013). Posibilidad que apenas tres semanas después ya parecía asumida como certeza (consúltese GONZÁLEZ, M., «El Gobierno reformará la ley para desactivar el proceso al régimen chino», en el diario *El País* de 15 de diciembre de 2013).

14. Con todo, lo cierto es que desde los autos de octubre y noviembre y hasta el momento de redacción de este comentario, en el seno de esta causa lo que se ha dado es: en lo que respecta al ex Presidente Hu Jintao, la aprobación de una comisión rogatoria para notificarle la querrela y tomarle declaración; en cuanto a las órdenes de detención, la cuestión volvió a la Sala de lo Penal, en tanto que el fiscal y el Juzgado Central de Instrucción núm. 2 estimaron que pese a lo por ella ordenado, al no existir auto de prisión o procesamiento no podía procederse a dictar las consiguientes órdenes de detención internacional (Auto de 8 de enero de 2014, sumario 63/08). La Sala, por su parte, señaló que ella no es competente para dictar autos de prisión y cursar las correspondientes órdenes de busca y captura, devolviendo el asunto al Juzgado; habiendo entonces presentado el fiscal un incidente de nulidad contra el Auto de 18 de noviembre.

15. Ahora bien, en este ámbito de las consecuencias (reales o aparentes) es insoslayable subrayar la concurrencia de otro hecho que finalmente ha tomado cuerpo con una celeridad más que notable; y que es imposible que no traiga a la memoria, en todo o en parte, a lo que ya vivimos en el año 2009. Así, en la línea de lo que como hemos visto se iba anunciando en los medios de comunicación, sería el 17 de enero cuando el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso presentó la Proposición de Ley Orgánica de modificación de la LO 6/1985 del Poder Judicial, relativa a la justicia universal. No es el momento de examinarla en todos sus extremos, pero en lo que aquí ocupa es necesario señalar que, amén lo singular del hecho a la vista de la general práctica legislativa española, resultan llamativos algunos de los nuevos elementos que se introducen para, dice su Exposición de Motivos, «delimitar [...] los supuestos en que la jurisdicción española puede investigar y conocer los delitos cometidos fuera del territorio en que España ejerce su soberanía». Así por ejemplo, en relación con los crímenes de genocidio, lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado se indica que el procedimiento habrá de dirigirse contra un español o contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España, o contra un extranjero que se encontrase en nuestro país y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas. En cuanto a las torturas, de su lado, se prevé que para que nuestros tribunales sean competentes, el proceso deberá dirigirse contra un español, o la víctima ha de tener nacionalidad española en el momento de comisión de los hechos y además el presunto responsable encontrarse en España.

16. En otras palabras y en suma, si volvemos a lo recordado por la Sala de lo Penal en su Auto de 9 de octubre, quizá pudiera colegirse, a primera vista, que la AN dejaría de tener competencia sobre la base de estar «acreditado que uno de los que-

rellantes, en ejercicio de la acusación particular, ha demostrado tener la nacionalidad española». Debiendo subrayar que los nuevos límites que se proponen en el texto de reforma, tal y como se aclara en la Disposición transitoria única, tendrían un efecto inmediato e indiscutible. Así, señala este precepto que: «[L]as 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 sobreseídas hasta que no se acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos en ella».

17. En ningún punto de la Exposición de Motivos de esta Proposición de reforma se indica relación alguna entre su contenido y el devenir del proceso que hemos comentado, ya en lo en general, ya en lo específicamente decidido por la Sala de lo Penal en sus Autos de octubre y noviembre de 2013. Si bien, a la luz de lo que hemos venido destacando, no parece extraordinariamente aventurado señalar que esta relación es cuando menos probable. Al respecto, habrá que esperar a ver cómo explica y justifica el Partido proponente esta nueva reforma. Y si la misma siguiese adelante, deberemos examinar cómo quedará, en su caso, el texto que finalmente pudiera aprobarse para en lo concreto inferir hasta dónde podrá llegar el caso *Tibet*; y en lo más general, poder constatar qué terminará quedando de aquel principio de jurisdicción universal en nuestra nueva LOPJ.

Javier CHINCHÓN ÁLVAREZ
Universidad Complutense de Madrid

3.5. Piratería en las costas de Somalia. Jurisdicción universal (art. 23.4 LOPJ)

DERECHO DEL MAR.—El delito de piratería.—Jurisdicción universal.

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 1.^a), de 30 de octubre de 2013 (ROJ: SAN 4438/2013). Ponente: Fernando Grande-Marlaska Gómez.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj: 28079220012013100047).

1. Constituye ésta la primera sentencia de la judicatura española en la que se condena por un delito de piratería, tipo penal reintroducido en el Código Penal (CP) en 2010 (LO 5/2010, de 22 de junio). En enero de 2012, varias personas desde un esquiife intentaron abordar un barco militar español, el buque *Patiño*, probablemente porque lo confundieron con un barco mercante. Fueron descubiertos y abrieron fuego siendo repelidos, ante lo cual abortaron ese intento y huyeron. Desde ese momento se activó un procedimiento de búsqueda, y se les localizó, tras lo cual fueron detenidos y trasladados a España. Tales personas se encontraban desde el 12 de enero de 2012 en prisión provisional. El Ministerio Fiscal les acusaba de sendos delitos de piratería del art. 616 *ter* CP, tenencia y depósito de armas de guerra (arts. 566.1.1.^a, 567.1 y 2, y 570 CP) y pertenencia a organización criminal [art. 570 *bis* 1, 2.*b*) y 3 CP]; asimismo, solicitaba que, en concepto de responsabilidad civil, los acusados indemnizaran conjunta y solidariamente a la Armada española por los daños causados al buque *Patiño*.

2. Recordemos que la piratería consiste en un acto de robo, violencia o depreciación cometidos en el mar de un buque/aeronave privado a otro —fuera del marco de una guerra—, y con un propósito personal [art. 101 de la Convención de las Na-

ciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 (CNUDM); SCPJI de 7 de septiembre de 1927 en el caso *Lotus (Francia c. Turquía)*, PCIJ, Serie A, núm. 10, párr. 70; y SHEARER, I., «Piracy», en WOLFRUM, R. (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008, edición electrónica, p. 1]. Fue la primera actividad reconocida como crimen contra el Derecho internacional y sometida a jurisdicción universal [párr. 5 de la opinión separada del Presidente Guillaume en la SCIJ de 14 de febrero de 2002 en el caso de la *Orden de Arresto (R. D. del Congo c. Bélgica)*, *ICJ Reports 2002*, p. 3]. De la definición de la piratería se deduce que es necesaria la existencia de dos buques, uno atacando a otro, lo que impide considerar como piratas los actos cometidos por personas que ya se encuentren a bordo del barco atacado. Asimismo, la nave desde la que se lanza el ataque pirata ha de ser privada —o un barco/aeronave de estado cuya tripulación se haya amotinado y apoderado del mismo (art. 102)—.

3. En la actualidad, el régimen jurídico general de la piratería se encuentra recogido en la citada CNUDM, incluso como expresión del Derecho internacional consuetudinario vigente en la materia. Y ésta aplica a la piratería el principio de jurisdicción penal universal: así, su art. 105 dispone que «todo Estado [sólo con sus buques/aeronaves militares u otros identificables como naves de Estado y autorizados a tal fin (art. 107)] puede apresarse, en la alta mar o en cualquier lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado, un buque o aeronave pirata o [...] que esté en poder de piratas, y detener a las personas e incautarse de los bienes que se encuentren a bordo», y por tanto se le legitima a usar la fuerza únicamente con el fin de apresarse el buque pirata. Asimismo, «los tribunales del Estado que hayan efectuado el apresamiento podrán decidir las penas que deban imponerse y las medidas que deban tomarse respecto de los buques, las aeronaves o los bienes». Y en este mismo sentido, su art. 110 precisa que, salvo acuerdo en contrario, «un buque de guerra que encuentre en la alta mar un buque extranjero [...] no tendrá derecho de visita», salvo que haya motivo razonable para sospechar que el buque se dedica a determinado tipo de actividades, como la piratería. Ahora bien, también en los últimos años compañías marítimas privadas o los propios Estados contratan de modo creciente a empresas militares y de seguridad privada para que presten sus servicios frente a la piratería marítima, incluyendo el uso de la fuerza armada, lo que plantea una compleja problemática con grandes lagunas jurídicas (véase SÁNCHEZ PATRÓN, J. M., «Piratería marítima, fuerza armada y seguridad privada», *REEI*, junio de 2012, núm. 23).

4. El delito de piratería también ha sido tipificado en los Derechos internos de los Estados, si bien con un alcance variable. Durante la evolución histórica de la normativa sobre esta materia, el problema jurídico siempre ha girado en torno a los interrogantes de cuál es la ley aplicable más allá de los mares territoriales de los Estados y cómo puede ser ejercida la jurisdicción en alta mar para arrestar, procesar y sancionar a los piratas, puesto que éstos no reconocían lealtad a país alguno, situándose así fuera de la ley internacional. A este respecto, no deben ser confundidos los piratas con los corsarios, que portaban patentes de corso emitidas por algún Estado reconocido. Asimismo, y pese a sus conexiones crecientes, tampoco la piratería se identifica con los actos de terrorismo cometidos a bordo de un barco o que atenten contra la seguridad marítima, actividades a las que el Derecho internacional ha dedicado un instrumento convencional específico —Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima o «Convenio SUA» (Roma, 1988)—.

5. Como es conocido, en los últimos años se ha recrudecido la piratería marítima, especialmente frente a las costas de Estados fallidos, con débiles instituciones —a menudo corruptas— y escasa capacidad de vigilancia marítima, lo que ha incre-

mentado la preocupación internacional al ver amenazadas las vías comerciales más transitadas (véase LE HARDY DE BEAULIEU, L., «La piraterie maritime a l'aube du XXI siècle», *RGDIP*, vol. 115, 2011, núm. 3, pp. 653-674). Más en concreto, las actividades piratas han experimentado un progresivo auge y creciente profesionalización en el Océano Índico, frente a las costas de Somalia, con organizaciones criminales estructuradas en financiadores, proveedores de servicios y recursos, grupos de asalto, negociadores y campamentos de tierra, así como coordinadores de todas esas funciones; por añadidura, la escalada de los pagos de rescate ha retroalimentado el incremento de la piratería en la zona (véanse JIMÉNEZ PIERNAS, C., «Actos de piratería y bandidaje cometidos frente a las costas de Somalia: análisis desde el derecho internacional», *ARI*, 2008, núm. 168, Real Instituto Elcano; y SILVA, M., «Somalia: State Failure, Piracy, and the Challenge to International Law», *Virginia Journal of International Law*, vol. 50, 2009-2010, núm. 3, pp. 553-578).

6. En los Estados fallidos, la jurisdicción del ribereño resulta ineficaz. Y por ello, el Consejo de Seguridad ha adoptado sucesivas resoluciones —desde su Resolución 1816 (2008)— que constatan la falta de capacidad del gobierno somalí para interceptar a los piratas y patrullar y proteger sus aguas territoriales y las rutas marítimas internacionales frente a sus costas, por lo que el Consejo de Seguridad considera que la piratería allí rampante constituye una amenaza para la paz y la seguridad internacionales en la región, y viene autorizando a los terceros Estados y organizaciones regionales que cooperan con el Gobierno de Somalia en la lucha contra la piratería a que puedan entrar en el mar territorial somalí para reprimir y perseguir tales actos —advirtiendo que se cuenta con el consentimiento del gobierno de Somalia, que esa autorización no se extiende a las aguas territoriales de ningún otro Estado, y que no constituye un precedente jurídico en Derecho internacional consuetudinario (párrs. 7 y 9 de la citada Resolución 1816)—, llegando incluso a autorizarles a adoptar «todas las medidas necesarias que sean apropiadas en Somalia», con el propósito de reprimir dichos actos en el mar —Resolución 1851 (2008), párr. 6— (véase SOBRINO HEREDIA, J. M., «El uso de la fuerza en la prevención y persecución de la piratería marítima frente a las costas de Somalia», *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, 2011, núm. 15, pp. 237-262).

7. En efecto, los Estados comenzaron a actuar, especialmente mediante operaciones de protección marítima desarrolladas por organizaciones regionales, tanto por la OTAN (las sucesivas operaciones *Proveedor Aliado*, *Protector Aliado* y *Escudo del Océano*) como por la Unión Europea (operación *Atalanta*), resultando esencial la coordinación de estos esfuerzos para garantizar que las actividades comerciales en el mar puedan realizarse con seguridad. En concreto, la Unión Europea (UE) emprendió su primera operación de fuerza naval en diciembre de 2008 para apoyar en la práctica las diversas resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas sobre esta cuestión [Acción Común 2008/851/PESC del Consejo, de 10 de noviembre (*DO L 301*, de 12 de noviembre); y art. 2 de la Decisión 2008/918/PESC del Consejo, de 8 de diciembre (*DO L 330*, de 9 de diciembre de 2008)] con los propósitos de proteger los barcos con cargamentos humanitarios dirigidos a Somalia, así como vigilar la pesca en ese litoral; en 2012, el alcance del mandato de la citada operación de la UE se amplió a las zonas costeras de Somalia y sus aguas interiores para coordinar con su Gobierno los esfuerzos para la disuasión, prevención y represión de los actos de piratería y de robo a mano armada —expresión empleada cuando tales actos se cometen en las aguas territoriales de Somalia— (véanse SALAMANCA AGUADO, E., «La represión de la piratería y el robo a mano armada en el mar frente a las costas de Somalia: la acción de la Unión Europea en el marco de la Política Común de Seguridad y Defensa», *Rev.*

de *Estudios Europeos*, 2010, núm. 55, pp. 57-86; y ESPALIÚ BERDUD, C., «La operación Atalanta de la Unión Europea en el marco de la lucha contra la piratería marítima», *Rev. de las Cortes Generales*, 2010, núm. 79, pp. 103-159).

8. Un problema añadido consiste en cómo garantizar la aplicación de la ley penal más apropiada a los cientos de piratas que han sido capturados por las fuerzas navales internacionales. En la práctica algunos de ellos han sido devueltos a la costa somalí y allí liberados, mientras otros han sido entregados a las autoridades del vecino Estado de Kenia, donde los procesamientos han tenido lugar bajo su propio Derecho nacional con arreglo a los acuerdos celebrados por ese país con la Unión Europea, Estados Unidos y Reino Unido. En este sentido, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas venía a reconocer que el citado «Convenio SUA» otorgaba una base válida de jurisdicción a Kenia —Resolución 1846 (2008), párr. 15—.

9. Volviendo al caso de referencia, cuando se produjeron los hechos el buque militar *Patiño* se encontraba navegando a 47 millas de la costa de Somalia como parte del dispositivo Atalanta para dar cobertura a barcos mercantes. La AN declara probado que los seis acusados fueron quienes intentaron abordar al buque *Patiño*, al colocar su barca a su costado de babor con una escala preparada en la mañana del 12 de enero de 2012. Pero fueron avistados en ese momento por el personal militar del barco, que dio la voz de alarma, estableciéndose entonces «zafarrancho de combate», y el buque trató de separarse del esquife. Ante esa maniobra, los ocupantes del citado esquife dispararon con fusiles AK-47 contra la estructura del buque *Patiño*, siendo respondidos desde el mismo. Tras ese intercambio de disparos, el esquife se dio a la fuga, se activó la operación para su búsqueda, y un helicóptero militar lo avistó un poco después. Cuando el *Patiño* se acerca al esquife, los acusados arrojan al mar escalas, lanzagranadas y fusiles. Se les ordena detenerse, pero hacen caso omiso, razón por la que se procede a disparar al aire, logrando con ello que el esquife de los acusados se detenga [la tripulación militar española del buque *Patiño* siguió así el protocolo habitual para detener un buque en el mar, tal y como ha indicado por ejemplo el Tribunal Internacional de Derecho del Mar en su sentencia de 1 de julio de 1999 en el asunto del buque *Saiga* (núm. 2) (*San Vicente y las Granadinas c. Guinea*), párr. 156]. De inmediato, se procedió a la detención de los tripulantes del esquife, la asistencia a los heridos (pues casi todos los ocupantes de esa barca sufrieron lesiones al enfrentarse a los marineros del *Patiño* en su intento de abordaje) y el registro de la barca, encontrándose entre otros efectos varios teléfonos móviles y tarjetas SIM así como la vaina de un cartucho del calibre de la munición empleada por fusiles AK-47, que son considerados «armas de guerra» por el Reglamento de Armas vigente en España, el cual prohíbe su adquisición, tenencia y uso por particulares.

10. Estas personas detenidas fueron enviadas a España para su procesamiento por los tribunales españoles. En concreto, el juez de instrucción de la AN encargado de este caso ordenó su traslado a España para tomarles declaración al imputarles la comisión de delitos de piratería en grado de tentativa, depósito de armas de guerra, daños a buque y atentado contra agentes de la autoridad en el ejercicio de sus funciones; asimismo, dicho juez afirmaba la competencia de los tribunales españoles en este caso porque el asalto se realizó contra nacionales españoles y no existía en ese momento tratado internacional vigente con un tercer Estado que pudiera servir para juzgarles fuera de territorio español (Auto de 13 de enero de 2012). A este respecto, conviene recordar que la UE y Kenia habían acordado en marzo de 2009 que ese país enjuiciaría cualquier acto de piratería cometido en el Océano Índico —*Canje de notas* constitutivo de acuerdo *sobre las condiciones y modalidades de entrega de personas*

sospechosas de haber cometido actos de piratería (DO L 79, de 23 de marzo de 2009)—, pero un alto tribunal keniano había decidido en 2010 que su jurisdicción sólo podría procesar a las personas capturadas en sus aguas territoriales; si bien después su Tribunal de Apelación revocó esa decisión en de octubre de 2012, el ataque al *Patiño* y la orden de la Audiencia Nacional de procesar a los culpables se produjeron antes de esta última decisión judicial keniana.

11. Por otro lado, recordemos que el principio de jurisdicción universal no requiere elemento o conexión nacional alguna con el Estado cuyos tribunales procesan a los responsables de un delito especialmente grave, que perjudica a la comunidad internacional en su conjunto, como el de piratería. De hecho, el art. 23.4.c) LOPJ recoge el principio de jurisdicción penal universal para el delito de piratería, atribuyendo la competencia a la jurisdicción española, y en concreto a la AN, al tratarse de un delito cometido en el extranjero, según indica el art. 65.1.e) LOPJ (JUANES PECES, A., «Competencia de la Audiencia Nacional en los delitos de piratería», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2010, núm. 799, comentario).

12. Como es sabido, el legislador español ha limitado el alcance de la jurisdicción española, *ex art.* 23.4 LOPJ desde su reforma en 2009 (LO 1/2009, de 3 de noviembre; REMIRO BROTONS, A., *et al.*, *Derecho Internacional: Curso General*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 825-831), en el sentido de que ahora se exige algún vínculo de conexión relevante con España —por ejemplo, que existan víctimas de nacionalidad española (principio de personalidad pasiva), como en este caso—. Pero también se reconoce que ello es «sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España», como la Convención de Jamaica, cuyo art. 105 permite a todo Estado apresarse un barco pirata —en zonas marinas no sujetas a jurisdicción estatal alguna—, detener a sus responsables, incautarse de los bienes a bordo, y a sus tribunales decidir las penas que deban imponerse y las medidas a tomar.

13. En resumen, la tripulación del barco militar *Patiño* y la AN contaban con la cobertura jurídica nacional e internacional necesaria para apresarse, enviar a España y enjuiciar a las personas sospechosas de haber cometido ese acto de piratería, si bien también podrían haberlos entregado a las autoridades competentes de Kenia para su enjuiciamiento en ese país, en el entendimiento de que las mismas habrían actuado de conformidad con las garantías establecidas en el mencionado Acuerdo entre la UE y Kenia, y con arreglo a las normas internacionales sobre derechos humanos.

14. Volviendo a la sentencia objeto de este comentario, el tribunal destaca otros datos de interés relativos a los teléfonos móviles y tarjetas SIM incautadas en el esquite: tras su estudio, se deduce que sólo han sido operados los días inmediatamente anteriores, que su usuario —líder de una conocida organización criminal de la zona— ha recibido varias transferencias de dinero por importe de 19.000 dólares y que varias de las tarjetas SIM tienen almacenados números de teléfono plenamente coincidentes con los encontrados en otras tarjetas SIM pertenecientes a teléfonos cuyos usuarios habían participado en distintos secuestros en la zona y habían sido detenidos entre 2011 y 2012.

15. Asimismo, se cotejan datos de ADN de los acusados con las bases de Interpol y Europol, y se constata que el perfil genético de uno de los acusados coincide con un perfil genético anónimo recogido en la escena de un delito previo, el asalto y secuestro de un buque alemán y su tripulación, cometido entre abril y agosto de 2009. Por añadidura, en el momento de su detención, ese acusado solicita poner la misma en conocimiento de su padre en un número de teléfono cuyas cifras coinciden básicamente con un terminal que había recibido varias llamadas desde el buque alemán indicado

mientras había permanecido secuestrado en 2009, número de teléfono también relacionado con los secuestros de otros buques en la misma zona.

16. Al tratarse de un procedimiento penal, resulta decisiva la valoración que realice el tribunal de las pruebas incriminatorias presentadas por la parte acusatoria. A estos efectos, la sentencia dedica una parte amplia de sus fundamentos jurídicos al análisis del resultado de los medios de prueba aportados, judicialmente acordados y con consentimiento de los acusados a presencia letrada, e información compartida con autoridades europeas y aportada conforme al Convenio de Asistencia Judicial Penal en el marco de la UE, de 29 de mayo de 2000. Así, el tribunal decide acoger en lo sustancial —si bien no en su integridad— los enunciados de la hipótesis acusatoria sobre el resultado de la prueba (FJ 1.1). Para ello, la Sala estima fijarse en diversos aspectos determinantes, como la prueba indiciaria y la presunción de inocencia, remitiéndose para ello a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Tribunal Constitucional. El derecho a la presunción de inocencia implica que «toda condena debe ir precedida de actividad probatoria válida e incriminatoria impidiendo que se produzca la condena sin pruebas, en base a inferencias, sospechas o suposiciones que se aparten de las reglas de la lógica» (FJ 1.2). Por tanto, el derecho fundamental a la presunción de inocencia surge como una reacción, en el sentido de que no precisa de un comportamiento activo de su titular (STS —Sala Segunda— de 11 de julio de 1996), como han establecido los instrumentos internacionales (Declaración Universal de Derechos Humanos —art. 11.1—, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —art. 14.2—, y CEDH —art. 6.2—), por lo que es la parte acusadora quien corre con la carga de probar la culpabilidad del acusado (véanse, entre muchas otras, las SSTC 31/1981, 107/1983, 17/1984, 138/1992 y 34/1996, o la STS 473/1996).

17. Por ello, sólo puede considerarse como prueba de cargo válida la obtenida sin vulneración de derechos fundamentales —art. 11.1 LOPJ— y que se practique en el juicio oral o, si es prueba anticipada, en la fase de instrucción porque sea imposible su reproducción en el plenario y garantizando el ejercicio del derecho de defensa y la posibilidad de contradicción (a este respecto véanse, por ejemplo, las SSTC 76/1990, 102/1994 y 34/1996). Estas pruebas de cargo pueden ser indiciarias, indirectas o circunstanciales —pues no siempre pueden lograrse pruebas directas—, y servir para obtener una convicción judicial de culpabilidad en un proceso penal, pero en estos casos el juez ha de proceder con especial medida y cautela. En concreto, la jurisprudencia española viene exigiendo que la prueba indiciaria reúna ciertos requisitos para ser capaz de enervar la presunción de inocencia: la demostración suficiente en la causa de los hechos integrantes de los indicios mediante una prueba legítima y directa; la existencia de una pluralidad de indicios consistentes con una conexión o afinidad significativa entre ellos y que guarden una relación directa y material con la acción delictiva y el sujeto; y el juzgador debe explicitar el razonamiento que le lleva a una conclusión de culpabilidad a partir de los indicios probados.

18. Partiendo de esa clarificación de conceptos, la Sala pasa a corroborar, en grado de certeza jurídica, que son plurales las fuentes de conocimiento que sustentan el relato del intento de abordaje armado del buque *Patiño* por un esquiife, ocupado precisamente por los acusados que contaban con armas de guerra que funcionaban correctamente: las manifestaciones en el juicio oral de diversos militares miembros de la tripulación del *Patiño*, de la tripulación del helicóptero militar que localizó el esquiife, de la patrulla de abordaje y de los funcionarios policiales que ratificaron el informe pericial de los impactos de bala de armas de guerra en el *Patiño*, diversos informes periciales elaborados por militares —ratificados en el juicio oral—, sobre comprobación de imágenes grabadas y de la vaina de cartucho incautada en el esqui-

fe, visionado en el juicio oral del video grabado desde el *Patiño* antes de la detención del esquiife, la no constancia de ningún otro esquiife en esa zona, el lanzamiento a la mar de escalas, fusiles y lanzagranadas por los acusados —testificado y grabado—, las heridas de armas de fuego en varios de los acusados, y el reconocimiento por los propios acusados en el juicio oral de que eran ellos quienes tripulaban el esquiife que se acercó al *Patiño*. De todo ello, la Sala deduce la intervención de cada uno de los acusados en los hechos enjuiciados.

19. El tribunal considera que los hechos declarados probados son constitutivos de un *delito de piratería* (art. 616 *ter* CP), cuyo tenor literal dispone que quien «con violencia, intimidación o engaño, se apodere, dañe o destruya una aeronave, buque u otro tipo de embarcación o plataforma en el mar, o bien atente contra las personas, cargamento o bienes que se hallaren a bordo de las mismas, será castigado como reo del delito de piratería con la pena de prisión de diez a quince años» (incorporado al Código Penal por la LO 5/2010). Precisamente fue la carencia anterior en el ordenamiento español de este tipo penal específico para la piratería la que obligó a la AN, en el caso del secuestro del barco atunero *Alakrana* en de octubre de 2009, a condenar a los dos piratas entonces detenidos por un delito de *asociación ilícita* (también se les condenó por delitos de detención ilegal, de un delito de robo con violencia, y por delitos contra la integridad moral —SAN, Sala de lo Penal, de 3 de mayo de 2011, parcialmente casada y anulada en lo relativo a los delitos contra la integridad moral por la STS 1387/2011, de 12 de diciembre—) (véanse SOBRINO HEREDIA, J. M., «La piratería marítima: Un crimen internacional y un galimatías nacional», *REEL*, junio de 2009, núm. 17; y FERNÁNDEZ LIESA, C. R. y TRINIDAD NÚÑEZ, P., «El asunto *Alakrana* y la inadecuación del Derecho español al Derecho internacional», *REDI*, vol. LXI, 2009, núm. 2, pp. 533-540). En este caso del *Patiño*, su comisión es en grado de tentativa, pues se inició el *iter* criminal pero éste se vio afectado y no se materializó de modo íntegro (FJ 3.1.1.1).

20. Por otro lado, la Sala también considera que los hechos probados son constitutivos de un *delito de pertenencia a organización criminal* —art. 570 *bis* del CP—, pues en este caso hay un conjunto de personas que, de modo estable, integran un entramado dedicado a actividades criminales con distribución de funciones y necesaria jerarquización. Ahora bien, que un acusado participe en un delito programado por una organización no le convierte automáticamente en miembro de esa organización (FJ 3.1.2, que cita por ejemplo la STS 207/2012, de 12 de marzo), lo que requiere que el culpable pertenezca a ella —con elementos jerárquicos y de permanencia—. Aquí, según el tribunal, sólo ha quedado probado que uno de ellos fuera parte de una organización dedicada a la obtención de beneficios económicos ilícitos del asalto y abordaje de buques, pero eso no consta en el caso de los demás acusados.

21. Asimismo, la AN determina que los hechos probados son también constitutivos de un *delito de tenencia y depósito de armas de guerra* —arts. 566.1.1.^a, 567.1 y 2, y 570 CP—, pues los acusados tenían armas de este tipo en estado de funcionamiento normal, que esgrimieron y emplearon en su intento de asalto del *Patiño* (FJ 3.1.3). Ese tipo de armamento es considerado de guerra por el Reglamento español de Armas —RD 137/1993, de 29 de enero, art. 6.1 (BOE de 5 de marzo de 1993)—. Aunque no pudieron incautarse ni ser peritadas tales armas porque los acusados las lanzaron previamente al mar, la Sala alude a una sentencia del Tribunal Supremo sobre droga (STS 679/2013, de 25 de julio, FJ 9) para indicar que, aunque las armas/sustancia estupefaciente no hayan podido ser incautadas, el razonamiento deductivo de los jueces puede ser plenamente convincente si se apoya en pruebas sólidas: en este caso, la conclusión judicial de que se trataba de armas de guerra se basa en que la vaina incautada

en el esquiife pertenecía a armamento de guerra —con documento gráfico y visionado de video al respecto—, y en los informes periciales antes citados con sus explicaciones durante el acto del juicio oral (FJ 3.1.3 *in fine*).

22. Finalmente, el tribunal condena a todos los acusados como autores de los delitos de piratería —en grado de tentativa— y de tenencia y depósito de armas de guerra, pero sólo a uno de ellos por el delito de integración en organización criminal —porque refiere un número de teléfono relacionado con otros actos de piratería y la prueba de ADN sitúa su perfil genético en otro de los buques asaltados—, absolviendo a los demás. Asimismo, los condenados han de indemnizar, en concepto de responsabilidad civil, a la Armada Española por los daños sufridos por impactos de bala en el buque *Patiño*.

23. Si bien en los últimos años han disminuido sobremanera los ataques piratas en el Océano Índico occidental gracias a los esfuerzos militares internacionales, lo cierto es que Somalia y los demás Estados ribereños han de fortalecer sus estructuras estatales para lograr una gobernanza eficiente y las capacidades necesarias de guardia marítima que les permitan prevenir y perseguir todo tipo de actividad ilegal.

Alfonso IGLESIAS VELASCO
Universidad Autónoma de Madrid

3.6. El abordaje de buques en las operaciones de lucha contra el narcotráfico

DERECHO DEL MAR.—Lucha contra el tráfico de drogas.—Abordaje.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.^a), de 8 de octubre de 2013 (ROJ: STS 5076/2013). Ponente: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj: 28079120012013100769).

1. En el marco de una operación contra un grupo organizado, radicado fundamentalmente en el Reino Unido y en la Costa del Sol española y cuya finalidad principal era la introducción en España de cocaína en proveniencia del Caribe, el 20 de diciembre de 2009, el Grupo especial de operaciones del Cuerpo Nacional de Policía abordó un buque del que se sospechaba que fuera utilizado para el tráfico de la cocaína. Como consecuencia de dicho abordaje, que contaba con la autorización del Juzgado Central de Instrucción núm. 6, fueron detenidas las personas halladas a bordo, siendo condenados varios de ellos como autores de un delito contra la salud pública por tráfico de drogas que causan grave daño a la salud.

2. La presente sentencia del TS es dictada como consecuencia de los recursos de casación planteados por los condenados. Uno de los recurrentes, que había sido condenado «en cantidad de notoria importancia y de extrema gravedad, con la atenuante de colaboración, a la pena de tres años y tres meses de prisión y multa» fundamenta su recurso de casación ante el TS en la falta de validez del abordaje del buque en el que fue encontrado el alijo de cocaína.

3. Entre otras cosas, el recurrente considera que se ha vulnerado el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas, afectando al derecho a un proceso con todas las garantías, en la medida en que no se habría respetado el requisito esencial

para la validez de la prueba consistente en el consentimiento expreso del Estado de la nacionalidad del buque. En efecto, según el recurrente, el informe policial menciona la nacionalidad canadiense del buque sin que se haya notificado a este país la acción de abordaje que se iba a llevar a cabo.

4. El interés de la presente sentencia del TS reside en el hecho de que, a la hora de examinar la legalidad del abordaje del buque, el Tribunal analiza la conformidad de las actuaciones llevadas a cabo con el marco jurídico internacional, en particular la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 1982 (CNUDM) y la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas de 1988. La argumentación del TS se realiza en dos tiempos.

5. En primer lugar, ante el argumento según el cual se habrían vulnerado algunos derechos fundamentales del recurrente, el TS recuerda que las normas internacionales que regulan los abordajes en alta mar «no se orientan a la protección de derechos fundamentales individuales cuya vulneración pudiera determinar la prohibición de valoración de las pruebas obtenidas mediante esas diligencias. De tal manera que su infracción, aun cuando pudiera dar lugar a un conflicto entre Estados, no necesariamente determinaría la nulidad de lo actuado» (FJ 12). Por tanto, el TS curiosamente comienza su argumentación rechazando la influencia de una eventual irregularidad en el abordaje sobre la validez de las pruebas recabadas en el marco de dicho abordaje. Cabe destacar la apuesta dualista del Tribunal a la hora de separar claramente las consecuencias que una eventual vulneración de las reglas relativas al abordaje pudiera tener en el marco jurídico internacional de su (falta de) impacto en el marco jurídico interno, y ello incluso si se incurriera en una vulneración de derechos fundamentales.

6. En segundo lugar, dicho esto, el TS pasa a examinar si efectivamente, en este caso concreto de abordaje de un buque vinculado al tráfico de drogas, se vulneraron algunas normas. El TS comienza precisando que «las sospechas policiales sobre la posible realización de una operación de tráfico de drogas a gran escala autorizan a realizar vigilancias sobre un barco que se considera sospechoso y a controlar su derrota, de manera que las embarcaciones oficiales, en cumplimiento de sus obligaciones, pueden acercarse y verificar con los medios a su alcance la regularidad de la navegación y la concurrencia o no de elementos sospechosos». Justifica dicha posición remitiéndose al marco jurídico internacional. Al respecto, el TS retoma lo que ya dijo en una sentencia de 2010 en un caso similar (STS 185/2010). En aquella ocasión, se refirió al art. 17.1 de la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas de 1988, que dispone que «[l]as Partes cooperarán en todo lo posible para eliminar el tráfico ilícito por mar, de conformidad con el Derecho internacional del mar».

7. A continuación, el TS pasa a analizar las disposiciones pertinentes del Derecho internacional del mar y en particular de la CNUDM. En particular, menciona su art. 108, que se refiere a la obligación de todos los Estados de cooperar para reprimir el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas en buques que se encuentren en alta mar. En este caso concreto, en el marco de la operación de abordaje, surgieron dudas respecto de la nacionalidad del buque abordado e incluso quedó probado que, en el momento del abordaje, no enarbolaba pabellón alguno. Por ello, el TS se refiere a lo dispuesto en el art. 110 de la Convención, que regula el derecho de visita de los buques de guerra que encuentren en alta mar un buque extranjero, y que se refiere específicamente a este supuesto. En efecto, dicho artículo establece que «un buque de guerra que encuentra en alta mar un buque extranjero que no goce de

inmunidad de conformidad con los arts. 95 y 96 no tendrá derecho de visita, a menos que haya motivo razonable para sospechar que el buque: [...] *d*) No tiene nacionalidad». En dichos casos, el art. 110.2 dispone que «el buque de guerra podrá proceder a verificar el derecho del buque a enarbolar su pabellón. Para ello podrá enviar una lancha, al mando de un oficial, al buque sospechoso. Si aún después de examinar los documentos persisten las sospechas, podrá proseguir el examen a bordo del buque, que deberá llevarse a efecto con todas las consideraciones posibles».

8. Pues bien, como se ha señalado, en este caso, el TS consideró que se habían respetado las reglas establecidas en dicho artículo en la medida en que, en un primer momento, «los datos oficiales de los que se disponían referían pabellón panameño, lo que determinó que se solicitara autorización a dicho país». Ahora bien, en un segundo momento y a raíz de la prueba testifical practicada, precisa que había quedado acreditado que «en el momento en el que las embarcaciones oficiales se acercaron al buque, éste carecía de pabellón y de señalización luminosa, negándose a detenerse en un primer momento, obligando al buque español a realizar disparos de aviso» (FJ 12). Ello determina que, en este caso, el TS haya considerado que «no existió irregularidad alguna en la operación de abordaje que pueda influir en las posibilidades de valoración de la prueba» (FJ 12), resultando en una desestimación del motivo y del recurso de casación.

Ana PEYRÓ LLOPIS

Université Cergy-Pontoise/Universidad Jaume I

3.7. Revocación de la condición de refugiado por riesgo para la seguridad nacional

DERECHO DE ASILO.—La revocación del estatus de refugiado.—Seguridad nacional.—Discurso del odio.—Arts. 44 y 55 de la Ley de Asilo.

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso, Sección 2.^a), de 3 de octubre de 2013 (ROJ: SAN 4001/2013). Ponente: María de la Esperanza Córdoba Castroverde.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj: 28079230022013100436).

1. En las líneas que siguen vamos a comentar una sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la AN en la que se desestimada un recurso contra una decisión de revocación del estatuto de refugiado concedido a un ciudadano paquistaní, asilado en España, en diciembre de 2006. El 21 de diciembre de 2012, el Ministerio del Interior procedió a dicha revocación tomando como base informes remitidos por la Dirección General de la Policía, Jefatura Superior de Policía de Madrid, del Ministerio del Interior, y por la Dirección General de Españoles en el Exterior y de Asuntos Consulares y Migratorios del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, y tras la incoación y tramitación por la Oficina de Asilo y Refugio del oportuno procedimiento, en el que se elevó propuesta por la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio.

2. En síntesis, la decisión de revocación estima que dicho ciudadano representaba un riesgo para la seguridad nacional, en su máxima categoría de amenaza, en el sentido del art. 44.1.c) de la Ley de Asilo, en relación con el art. 33.2, inciso primero,

de la Convención de Ginebra. El mencionado art. 44.1 de la Ley de Asilo dice que: «Procederá la revocación del estatuto de refugiado o del estatuto de protección subsidiaria cuando: [...] c) la persona beneficiaria constituya, por razones fundadas, un peligro para la seguridad de España, o que, habiendo sido condenada por sentencia firme por delito grave, constituya una amenaza para la comunidad». Por su parte, el art. 33.2 de la Convención de Ginebra afirma que «sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país».

3. En concreto, el Ministerio consideró que los artículos que esta persona venía publicando y el propósito por él anunciado de realizar un film sobre lo que en su opinión fue la auténtica vida del profeta Mahoma constituían un riesgo cierto para la seguridad del Estado. El Ministerio basó su resolución en diversos informes de las delegaciones españolas en el exterior, que ponían de manifiesto el potencial riesgo de ataques a intereses españoles fuera de las fronteras españolas si el vídeo llegaba a emitirse dada la situación de especial sensibilidad en los países islámicos, y las reacciones que ya había despertado el anuncio por el propio recurrente de su intención de abordar en su documental si Mahoma fue simplemente un pederasta, un asesino y un autoproclamado profeta.

4. El fallo de la AN no se construye a partir de la normativa relativa a los discursos del odio. En tal caso podría haberse apoyado en la facultad reconocida de aplicar sanciones a quienes desarrollan este tipo de actuaciones por no quedar amparadas por el derecho a la libertad de expresión. En este sentido, la actuación de la AN parece acertada por cuanto podría haber resultado complejo, si bien también más enriquecedor, catalogar la actividad desarrollada por el recurrente como discurso del odio. Aún no se ha llegado a la formulación de un concepto jurídico claro de lo que se entiende por discurso de odio, al margen del concepto común que lo califica como una forma extrema de expresión dirigida contra un grupo social determinado. En este sentido, el TEDH en el asunto *Norwood c. Reino Unido* consideró inadmisibile la demanda interpuesta por un individuo condenado por pertenecer a una organización responsable de distribuir propaganda anti islámica, al entender que no era contrario al art. 10 CEDH la punición de conductas «vehementes» de ataque propagandístico contra un grupo religioso.

5. La cuestión jurídica gira en torno a la aplicación del art. 44.1.c) de la Ley 12/2009, que determina la posibilidad de revocar la condición de refugiado cuando concurra que «la persona beneficiaria constituya, por razones fundadas, un peligro para la seguridad de España, o que, habiendo sido condenada por sentencia firme por delito grave, constituya una amenaza para la comunidad». El recurrente sostuvo que dicha causa es únicamente aplicable en el momento de la concesión de la condición de asilado y no se extiende al momento posterior de la revocación.

6. La Oficina de Asilo y Refugio acordó el día 3 de diciembre de 2012 la incoación del procedimiento de revocación del Estatuto de Refugiado concedido al Sr. A., y estableció un plazo de diez días para, a la vista del expediente, efectuar las alegaciones y presentar los documentos y justificaciones que el Sr. A. estimara pertinentes en defensa de su derecho, de conformidad con lo previsto en el art. 45.2.b) de la Ley 12/2009 reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, así como del art. 84.2 de la Ley 30/1992 del RJAP. El acuerdo fue notificado al interesado el día 4 de diciembre. El Sr. A. sostuvo que las opiniones que sobre el Islam han sido

recogidas en los informes de la Dirección General de la Policía, así como del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, no constituyen novedad alguna, por cuanto son numerosos los escritos y manifestaciones por él realizadas, desde tiempo atrás, en los que viene exponiendo que «[...] según mi opinión, la verdadera vida y realidad de Mahoma, el cual en su vida personal, contradujo lo expuesto en el Corán» o, en relación con el anuncio de la quema del Corán de febrero de 2012, que se trata de un libro «lleno de odio y discriminación que incita a la violencia». Manifestaciones que han tenido un reflejo mayor o menor en distintos medios de prensa, nacionales e internacionales. El Sr. A. también sostuvo que muchas de estas declaraciones y manifestaciones las había realizado en ejercicio del derecho de petición y en lo que, a su juicio, resulta un ejercicio lícito del derecho de libertad de expresión «en pro a difundir mi personal posición ante lo que considero una amenaza para la paz mundial [...]».

7. El Sr. A. alegó consecuentemente que la Administración no había aplicado convenientemente el art. 44.1.c) de la Ley 12/2009 por cuanto que en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 quedan explicitadas de forma clara las cláusulas de exclusión que permitirían la no aplicación de los beneficios contemplados en ella. Estas cláusulas son las recogidas en el art. 1F que dispone: «Las disposiciones de esta Convención no serán aplicables a persona alguna respecto de la cual existan motivos fundados para considerar: a) Que ha cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, de los definidos en los instrumentos internacionales elaborados para adoptar disposiciones respecto de tales delitos; b) Que ha cometido un grave delito común, fuera del país de refugio, antes de ser admitida en él como refugiada; c) Que se ha hecho culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas».

8. Deberíamos considerar, pues, que sólo la comisión de actos tan graves como los recogidos en el art. 1.F de la Convención de Ginebra permiten, bien negar la condición de refugiado, o bien, caso de haber sido concedida, proceder a su revocación. Consecuentemente y, en la medida en que el Ministerio del Interior procedió a revocar su condición de refugiado con base en otros motivos distintos a los anteriormente enumerados, podría haberse incumplido, a juicio del recurrente, lo previsto en la normativa internacional que regula el derecho de asilo.

9. Pese a ello la AN concluyó en primer lugar que cabe colegir que el derecho de asilo puede ser revocado en los términos previstos en la Ley de Asilo y las normas internacionales siempre que concurren los presupuestos legales para ello. Incluso se refirió a varios pasajes a una STS de de octubre de 2008, en la que se afirma que «no está de más señalar que tanto los supuestos de exclusión, como las causas del art. 33.2 de la Convención, constituyen causas de denegación del derecho de asilo, *ex* art. 3.2 de la Ley de Asilo. Esta asimilación entre las causas de denegación y revocación resulta lógica y responde a la finalidad de la norma legal, pues no podría entenderse que determinadas circunstancias fueran impedimento para la concesión del derecho de asilo, y, sin embargo, el derecho concedido fuera inmune a hechos posteriores de idéntica naturaleza [...]».

10. La AN entendió así que se daban las circunstancias requeridas por el art. 3.2 de la Ley de Asilo para revocar el estatuto de refugiado al recurrente. En este sentido, tuvo en cuenta los términos de la sentencia del TS recién citada, de acuerdo con la cual, «la peligrosidad se vincula, en causa de revocación aplicada *ex* art. 33.2 de la Convención de Ginebra, con la seguridad del país donde se encuentre el refugiado, de modo que no se trata de la concurrencia de un riesgo potencial y abstracto, sino de

un peligro concreto y determinado derivado de la presencia en territorio nacional del titular del derecho de asilo al que se revoca esa concesión inicial».

11. Debe advertirse que algunos organismos como ACNUR ya han manifestado que las consideraciones de seguridad están impactando negativamente la interpretación de la definición de la condición de refugiado a través de criterios cada vez más restrictivos, en la aplicación de las cláusulas de inclusión. Esta aplicación judicial puede considerarse una interpretación restrictiva de la Convención pues reduce las condiciones de obtención y disfrute del estatuto de refugiado. Con independencia de la falta de oportunidad y rigurosidad del video, la revocación se produce a partir de un acto administrativo basado en la presunción de que unas actividades son susceptibles de provocar riesgo a los intereses estatales en el extranjero.

12. Por otro lado, como ha puesto de manifiesto Garrido Muñoz (GARRIDO MUÑOZ, A., «Crónica de aplicación jurisprudencial del Derecho internacional público», *REEI*, 2013, núm. 23), la sentencia omite toda referencia a la Directiva 2011/95/UE, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida. En ella se dispone que los Estados miembros podrán revocar el estatuto ya concedido o negarse a renovarlo en caso de que existan «motivos razonables» para considerar a dicha persona un peligro para la seguridad del Estado; o por el hecho de haber sido condenada en sentencia firme «por un delito de especial gravedad» que le constituya en un «peligro para la comunidad de dicho Estado miembro».

Alberto D. ARRUFAT CÁRDABA
Universidad Católica de Valencia

3.8. El derecho de asilo y los límites a su aplicación por delito de lesa humanidad

DERECHO DE ASILO.—La cláusula de excepción.—Delitos de lesa humanidad.

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso, Sección 2.^a), de 26 de diciembre de 2013 (ROJ: SAN 5689/2013). Ponente: María de la Esperanza Córdoba Castroverde.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj: 28079230022013100658).

1. En el momento de redactarse el Convenio sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 estaba todavía vivo el recuerdo de los crímenes cometidos durante la Segunda Guerra Mundial y los juicios de Nuremberg. Los Estados estuvieron de acuerdo en que los responsables de estos crímenes no merecían ser considerados como titulares de la protección otorgada por el Convenio. Tampoco estaban dispuestos a admitir en su territorio a criminales que pudieran constituir un peligro para la seguridad y el orden público. Por estas razones decidieron incorporar una cláusula de excepción según el cual no se aplicará el derecho de asilo en los casos en que existen motivos fundados para considerar que el solicitante de este derecho ha cometido crímenes graves, entre ellos, delitos contra la humanidad [art. 1.F.a)] (ACNUR, *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado en virtud de la*

Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, párr. 148, disponible en <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0626>). Con el paso del tiempo la cláusula de excepción ha sido aplicada en otros casos, incluso a veces de modo aparentemente abusivo, por ejemplo, en el marco de la lucha global contra el terrorismo. Resurgen las cuestiones acerca de los criterios para su correcta aplicación. ¿Es necesario que exista una previa imputación o condena formal documentada? Alternativamente, ¿son suficientes otros datos? De ser así, ¿qué clase de datos?

2. La sentencia que comentamos resulta de interés por cuanto estima un recurso contencioso-administrativo interpuesto por un nacional de Irán contra una resolución del subsecretario del Ministerio del Interior, de 27 de junio de 2012, por la que se denegó el derecho de asilo y la protección del recurrente. La causa específica de denegación fue la existencia de motivos fundados para considerar que el recurrente había cometido delitos contra la humanidad. En concreto, la resolución se refiere al hecho de que el solicitante había formado parte de la milicia islamista iraní El Basij que fue creada después del derrocamiento del Sha para poner a la juventud popular al servicio de la revolución. Constata que ese grupo actúa bajo la autoridad de los Pasdaranes, Guardia Revolucionaria que es quien los entrena y arma. Además, enfatiza que «la Guardia Revolucionaria tiene una influencia considerable con respecto a la oposición política, habiendo sido estandarte en la persecución de opositores al régimen dentro del país y materializada en espionajes...» y que los Basij son un instrumento esencial de un sistema coercitivo donde la intimidación prevalece sobre la fuerza y gracias a ellos el régimen iraní mantiene una presión constante sobre cada uno de sus ciudadanos (FJ 3).

3. No obstante, de acuerdo con el recurrente, en la denegación no se ofrecía ninguna explicación en relación con los hechos por los que se le imputa responsabilidad por actos delictivos (FJ 2). Por otra parte, aun cuando no discute que formara parte del grupo Basij, destaca que su condición de miembro no fue voluntaria, sino que fue impuesta por sus padres a la edad de catorce años, y que si bien llegó a ser miembro activo de los Basij cuando comenzó a trabajar en el Ministerio de Cultura y Guía Islámica, su participación en las actividades de la organización se limitó a aquellas en las que intervenía el Ministerio de Cultura. Además, aduce que, tras un largo periodo de reflexión y aprovechando una invitación a una feria del libro en Frankfurt en octubre de 2006, abandonó su país con la intención de no regresar y que, tras llegar a España en octubre de 2010, se convierte a la fe Bahai (considerada tanto por las autoridades iraníes como por la mayoría de su población la peor forma de herejía), por lo que existe un riesgo de persecución en caso de regresar a Irán (FJ 4).

4. La AN comienza su razonamiento sobre las cuestiones que plantean el presente caso indicando que en la actualidad el significado de «delitos de lesa humanidad» no es problemático en el marco del Derecho internacional de asilo. Así, recuerda que, de acuerdo con la STS de 30 de junio de 2011 (STS 4604/201, Sección 3.ª, FJ 5) —en la que se encuentran amplias referencias a otra STS de 1 de octubre de 2007 (STS 9099/2007, Sección 1.ª, FJ 6)—, «se trata de hechos especialmente graves, tales como homicidios, asesinatos, detenciones ilegales, desapariciones forzadas, torturas, y otros similares, siempre ejecutados [...] desde estructuras de poder organizadas dentro del Estado o de una organización similar, que son aprovechadas por los autores no sólo para facilitar la ejecución sino también para procurar la impunidad». Además, «generalmente tienen lugar en el marco de persecuciones de personas o de grupos por razones políticas o político-económicas vinculadas de alguna forma al ejercicio abusi-

vo, y por tanto ilegítimo, del poder». En conexión con esta afirmación, la STS recoge las definiciones que tales delitos figuran en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg de 1945, el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia de 1993 y, finalmente, el Estatuto de Roma de 1998.

5. Desde una perspectiva jurídica, más problemático puede resultar la aplicación del requisito «motivos fundados» que se recoge en el art. 1.F del Convenio sobre el Estatuto de los Refugiados para considerar que un solicitante del asilo ha cometido un delito de lesa humanidad. A la vista de la necesidad de aclarar el contenido de dicho requisito, la AN cita de nuevo la STS de 30 de junio de 2011, según la cual la aplicación de la cláusula de excepción debe ser «ponderada y rigurosa» al mismo tiempo que subraya que no se refiere «sola y únicamente a las personas formalmente imputadas o condenadas por la comisión de estos delitos». Por consiguiente, continúa el TS, «el dato relevante no es la constatación documental de una imputación o condena formal sino la apreciación de la existencia de datos objetivos y suficientemente contrastados que permitan concluir con la necesaria fuerza de convicción que el solicitante de asilo haya participado en esas conductas delictivas». Además, añade que la cláusula de excepción comprende tanto a los autores directos e inmediatos de esas conductas como a los cómplices (FJ 5). Con base en esta doctrina, la AN da la razón al recurrente, sosteniendo que en el presente caso la Administración no motivó suficientemente la aplicación de la cláusula, «defecto de motivación que no es meramente formal sino sustantivo». Más concretamente, la AN subraya que no se realizó una evaluación individualizada del carácter delictivo de las actividades llevadas a cabo por el recurrente, siendo el informe emitido por el ACNUR el 13 de abril de 2012 revela que «las actividades referidas por el interesado como miembro de este grupo se ciñen a su formación ideológica y militar, a actividades de tipo deportivo y finalmente a actividades de control de carreteras o de visitas a domicilios». La AN también lamenta la ausencia de un análisis acerca de la cuestión si la mera pertenencia del recurrente al grupo Basij es dato suficiente para aplicar la cláusula de excepción, sobre todo a vista del citado informe del ACNUR que afirma que el hecho de que el recurrente entrara a formar parte de este grupo cuando era menor de edad hace dudar de la voluntariedad y del conocimiento del grupo, al menos durante los años de su minoría de edad. Por estas razones, concluye la AN que la «falta de motivación denunciada debe calificarse de “absoluta” en cuanto a los motivos que determinan la denegación de la protección subsidiaria demandada» (FJ 5).

6. En conclusión, la incorporación de la cláusula de excepción en el Convenio sobre el Estatuto de los Refugiados causa dificultades cuando el solicitante del derecho de asilo anteriormente a su llegada en el país de acogida ha pertenecido e incluso, como es el caso en el supuesto que nos ocupa, ha tenido una posición oficial en la administración pública de un régimen conocido por su persecución violenta de la oposición política. Cuando es posible basarse en una previa condena por delitos de lesa humanidad tras un juicio justo, la aplicabilidad de la cláusula en cuestión es pacífica. Pero, en cambio, si no ha habido condena, la mera existencia de datos que pudieran sugerir que pudo participar, directa o indirectamente, en crímenes cometidos por el régimen al que sirvió, no parece suficiente. En cualquier caso, la tentación de considerar a los funcionarios de un régimen autoritario o dictatorial como cómplices en los crímenes cometidos contra la oposición política ignora la imperante necesidad de realizar evaluaciones individualizadas de cada caso para determinar si existen «motivos fundados» para suponer que el solicitante es responsable por dichos delitos, lo que en términos prácticos parece exigir el inicio de una investigación penal. Más generalmente, como apunta el propio ACNUR, «teniendo en cuenta las graves consecuencias

de la exclusión para la persona interesada, la interpretación de estas cláusulas de exclusión debe ser restrictiva» (ACNUR, *Manual de Procedimientos*, *ibid.*, párr. 149).

Jessica María ALMOVIST
Universidad Autónoma de Madrid

3.9. Competencia exclusiva del Estado para celebrar tratados internacionales: Acuerdo de pesca del País Vasco con Mauritania

ACCIÓN EXTERIOR DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS.—Proyección exterior de las competencias autonómicas.—Competencia exclusiva del Estado para celebrar tratados internacionales.—Responsabilidad del Estado por incumplimiento autonómico del Derecho de la UE.

Sentencia del Tribunal Constitucional 198/2013 (Pleno), de 5 de diciembre de 2013. Conflicto positivo de competencia 534/2004. Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos.

1. Con esta sentencia, el TC estima el conflicto positivo de competencia planteado por el Gobierno de la Nación (GN) respecto del acuerdo suscrito el 21 de septiembre de 2003 por el Consejero de Agricultura y de Pesca del Gobierno Vasco (GV) y el Ministro de Pesca y de Economía Marítima de la República Islámica de Mauritania (en adelante, Acuerdo controvertido). El GN alegó en su escrito ante el TC vulneración de cuatro preceptos constitucionales: art. 149.1.3 CE (competencia exclusiva del Estado en materia de relaciones internacionales), art. 149.1.19 CE (competencia exclusiva del Estado en materia de pesca), art. 93 CE (competencia del Gobierno como garante de las resoluciones de organismos internacionales en cuyo favor se han cedido competencias) y art. 97 CE (competencia del Gobierno para la dirección de la política exterior). El Consejo de Estado, consultado con carácter previo, además de considerar la vulneración del art. 149.1.3 CE también se pronunció sobre la del art. 149.1.19 CE (Dictamen 679/2004). Al TC le bastó con apreciar la vulneración del art. 149.1.3 CE para estimar el recurso.

2. Superada la interpretación expansiva que el TC hacía del art. 149.1.3 CE en los primeros años, desde hace más de dos décadas se admite la proyección exterior de las competencias autonómicas, entendiendo que las «relaciones internacionales» objeto de la reserva contenida en el art. 149.1.3 CE son relaciones entre sujetos internacionales y regidas por el Derecho internacional (STC 165/1994, FJ 5). Este marco ha permitido la celebración de numerosos acuerdos internacionales por parte de las Comunidades Autónomas; así en el caso vasco, que es el que nos ocupa, se estima que superan los trescientos (véase DE CASTRO RUANO, J. L. y UGALDE ZUBIRI, A., *Anuarios sobre la Acción exterior del País Vasco*, 1980-2010, ed. IVAP; en su edición dedicada al año 2010 —p. 80— los autores cifran en 327 los convenios suscritos entre 1983 y 2009). Se trata de acuerdos bajo la forma de memorandos de entendimiento, cartas de intenciones, protocolos de colaboración... (véase SOBRINO Heredia, J. M., *La acción exterior de las Comunidades Autónomas. Especial referencia a Galicia*, ed. Fundación Galicia Europa, 2001; reproducción del texto de diversos acuerdos celebrados por la Comunidad Autónoma gallega en pp. 720-754). En el proyecto de Ley de Tratados y otros Acuerdos internacionales son identificados como «acuerdos no normativos» y definidos como un «acuerdo de carácter internacional no constitutivo de tratado ni de acuerdo internacional administrativo que se celebra por el Estado, el Gobierno, los

órganos, organismos y entes de la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y Ciudades de Ceuta y Melilla, las Entidades Locales, las Universidades públicas y cualesquiera otros sujetos de Derecho público con competencia para ello, que contiene declaraciones de intenciones o establece compromisos de actuación de contenido político, técnico o logístico, y no constituye fuente de obligaciones internacionales ni se rige por el Derecho internacional» [art. 2.c); tomamos como referencia el texto remitido al Congreso a finales de octubre de 2013].

3. Los acuerdos internacionales concluidos por Comunidades Autónomas han de cumplir dos condiciones: han de constituir la proyección exterior de una competencia propia; y no han de incidir en competencias reservadas en exclusiva al Estado. Como veremos, en el presente asunto el GN —y también el Consejo de Estado— consideraron que el Acuerdo controvertido incumplía ambas condiciones.

4. Este caso presenta dos elementos que, de algún modo, añaden cierta complejidad. Por un lado, se dio la circunstancia de que la actuación autonómica vulneraba no sólo el ordenamiento constitucional sino también el comunitario; esto provocó la reacción de la UE —entonces Comunidad Europea— y, además, una estrategia por parte del GN que nos resulta poco clara (alegación de vulneración del art. 93 CE ¿justificación?). Por otro lado, está el hecho de que el GV modificó el Acuerdo controvertido con posterioridad a la recepción de los requerimientos europeo y nacional (noviembre 2003), pero con anterioridad a la presentación del conflicto positivo de competencias por parte del GN ante el TC (30 de enero de 2004), de modo que existen dos versiones, la inicial (21 de septiembre de 2003) y la corregida (notificación al GN el 18 de diciembre de 2003). Sin embargo, el GN, el Consejo de Estado y el TC obvian la versión corregida a efectos de constatar el conflicto de competencias (no, en cambio, a efectos de levantar la suspensión del Acuerdo controvertido, producida desde el 30 de enero de 2014: el GN consideró que «habiendo desaparecido del contenido del acuerdo [...] la parte relativa a la concesión de licencias de pesca, no existe impedimento alguno al levantamiento de la suspensión solicitada», de modo que en de julio de 2014 el TC levantó la suspensión que había decretado medio año antes: Auto 313/2004).

5. En virtud del Acuerdo controvertido en su redacción inicial, las partes asumían compromisos —aunque su concreción final debía precisarse en una fase ulterior o estaba redactada de una manera amplia— en relación con cuatro ámbitos: 1) actividades de los barcos vascos en aguas mauritanas (la parte vasca se comprometía a integrar mejor su actividad en la economía mauritana mediante la instalación de unidades en tierra; la parte mauritana se comprometía a otorgar autorizaciones de pesca en beneficio de atuneros vascos, y condiciones favorables para la pesca e inversiones vascas); 2) formación marítima de nacionales mauritanos en territorio vasco (la parte vasca se comprometía a otorgar becas completas en las instituciones vascas de formación marítima); 3) pesca artesanal en aguas mauritanas (la parte vasca prestaría asistencia técnica); 4) intercambios comerciales (ambas partes se comprometían a favorecer la comercialización de productos frescos con la creación de líneas de transporte).

6. El Acuerdo controvertido provocó la reacción de la entonces Comunidad Europea, que ostenta competencia exclusiva para la celebración de acuerdos pesqueros con terceros países, existiendo precisamente en ese momento un acuerdo entre la Comunidad Europea y Mauritania en materia de pesca (en adelante, Protocolo). La Comisión Europea remitió una carta al Representante Permanente de España ante la UE advirtiendo de la nulidad del Acuerdo controvertido desde la perspectiva del Derecho comunitario, y solicitando que se adoptasen las medidas necesarias, incluida

la comunicación al Gobierno mauritano. Por su parte, el GN comunicó la citada carta al GV y, poco después, le envió también requerimiento de incompetencia alegando que el Acuerdo controvertido no era una proyección exterior de una competencia autonómica propia, sino una verdadera manifestación del *ius contrahendi* reservado al Estado (vulneración arts. 149.1.3 CE y 97 CE); que, además, versaba sobre una materia —pesca— cuya competencia había sido cedida a la Comunidad Europea, siendo el GN quien ostenta la función de garante del cumplimiento del Derecho comunitario (vulneración art. 93 CE) y que, en cualquier caso, a nivel nacional, la pesca no era una competencia autonómica sino del Estado (vulneración del art. 149.1.19 CE).

7. En respuesta a ambos requerimientos, y pretendiendo solventar los problemas planteados, el GV acotó el Acuerdo controvertido con vistas a su compatibilidad con el Protocolo, informando de ello, primero a las autoridades europeas y mauritanas, y después a las españolas. Pero el GN mostró su total desacuerdo con la forma y el fondo por entender que es el Estado —y no el GV— el que debe relacionarse directamente con la Comunidad Europea y que, además, subsistían las vulneraciones constitucionales. Por todo ello, el 30 de enero de 2004 el GN presentó conflicto positivo de competencia ante el TC reiterando en su escrito los argumentos expuestos en el requerimiento de incompetencia.

8. Llegados a este punto, nos asaltan dudas sobre la vulneración del ordenamiento comunitario. No sabemos si en la versión corregida seguía produciéndose tal vulneración, puesto que no hemos tenido acceso ni a la versión inicial (texto en francés integrado dentro del acta de la visita de varios días realizada por las autoridades vascas a Mauritania en de septiembre de 2003) ni a la versión corregida; nuestras referencias son las contenidas en la propia sentencia y en el dictamen del Consejo de Estado. Ni siquiera conocemos el alcance de la información de la que dispusieron las autoridades mauritanas y comunitarias por lo que respecta a la versión corregida. Pero lo que sí sabemos es que la versión inicial provocó una reacción comunitaria, que no nos consta que haya tenido continuidad. Ello puede deberse a que la Comisión Europea aceptó la versión corregida y dio por terminado el problema desde la perspectiva comunitaria. Una segunda posibilidad sería imaginar que la Comisión dejó en manos del Estado español la solución del problema, pero esto parece poco probable a la vista de la duración del mismo: la sentencia del TC llegó diez años después, y la UE no admite situaciones internas como justificación de incumplimiento («Como ha declarado el Tribunal de Justicia en reiteradas ocasiones, un Estado miembro no puede invocar disposiciones, prácticas ni situaciones de su ordenamiento jurídico interno para justificar el incumplimiento de las obligaciones derivadas del Derecho de la Unión», Sentencia de 30 de mayo de 2013, *Comisión/Suecia*, C-270/11, apdo. 54).

9. Por otro lado, la vulneración del ordenamiento comunitario también merece ser comentada desde la perspectiva nacional. Debemos distinguir entre una presunta violación del Derecho comunitario, y la violación constatada. En palabras del Consejo de Estado: «El hito fundamental [...] es la resolución del Tribunal de Justicia que declare al Reino de España en situación de incumplimiento, por cuanto, a partir de este pronunciamiento, la contravención del ordenamiento comunitario por una conducta activa o pasiva de una entidad infraestatal deja de ser una sospecha más o menos fundada (bien del Gobierno o del legislador estatal, bien de la Comisión Europea) para devenir en una certeza» («Informe del Consejo de Estado sobre las garantías del cumplimiento del Derecho comunitario», diciembre de 2010, p. 315). Y a la constatación por parte del TJUE podríamos añadir una segunda posibilidad: la constatación judicial del incumplimiento en sede nacional (primacía del Derecho de la UE; juez judicial como juez comunitario), llegado el caso con el planteamiento

to de la correspondiente cuestión prejudicial (competencia exclusiva del TJUE en la interpretación del Derecho de la UE). En el caso que nos ocupa, quien afirmó que la versión inicial del Acuerdo controvertido vulneraba el ordenamiento comunitario fue la Comisión Europea, no el entonces TJCE; entendemos que para poner fin al supuesto incumplimiento de Derecho comunitario, el GN no debía haber alegado violación del ordenamiento constitucional español (art. 93 CE) ante el TC, sino violación del ordenamiento comunitario ante el TSJ del País Vasco (TSJPV); esta vía no sería un obstáculo a la presentación, en paralelo, de un conflicto positivo de competencia ante el TC por vulneración del ordenamiento constitucional basado en los otros motivos (competencia exclusiva estatal para el ejercicio del *ius contrahendi*; competencia exclusiva estatal en materia de pesca; competencia del Gobierno para la dirección de la política exterior, entendida en relación con Mauritania), si bien su presentación obligaría a la suspensión del curso del proceso hasta la decisión del conflicto constitucional (art. 61.2 LOTC). La violación del ordenamiento de la UE por parte de una Comunidad Autónoma no está exenta de consecuencias (RD 515/2013, de 5 de julio, por el que se regulan los criterios y el procedimiento para determinar y repercutir las responsabilidades por incumplimiento del Derecho de la UE, BOE de 6 de julio de 2013) pero, hasta que dicha violación no haya sido constatada judicialmente, el GN no puede invocar el art. 93 CE para oponerse a una presunta violación comunitaria.

10. Otra cuestión diferente es la relación directa con la UE respecto a un posible incumplimiento comunitario, que no corresponde a las Administraciones autonómicas sino a la Administración central; esto se desprende no sólo del ordenamiento nacional sino también del de la UE («...resulta claramente de la estructura general de los Tratados que el concepto de Estado miembro, a efectos de las disposiciones institucionales y, en particular, de las relativas a los recursos jurisdiccionales, únicamente se aplica a las autoridades gubernativas de los Estados miembros de las Comunidades Europeas y que no puede ampliarse a los Gobiernos de regiones o Comunidades Autónomas, sea cual fuere la amplitud de las competencias que les sean reconocidas...»); Sentencia de 30 de abril de 1998, *Vlaamse Gewest/Comisión*, T-214/95, apdo. 28). El GV se dirigió directamente a la Comisión europea para comunicar las modificaciones efectuadas en el Acuerdo controvertido, con vistas a su adecuación al ordenamiento comunitario. Y el GN entendió que esta actuación constituía una «flagrante violación del ordenamiento vigente» en tanto el Estado «es el único responsable y garante ante las Instituciones comunitarias del adecuado cumplimiento y respeto de las disposiciones del Derecho comunitario europeo» [antecedentes, punto 2.e), STC 198/2013]; tales consideraciones fueron formuladas en la reunión del Consejo de Ministros celebrada el 16 de enero de 2004. Ignoramos si el GN, al alegar posteriormente violación del art. 93 CE cuando presentó el conflicto positivo de competencia ante el TC, incluyó también esta cuestión pero, en todo caso, entendemos que esto no constituyó la única razón en la que el GN basó la acusación de violación del art. 93 CE, puesto que en el escrito en el que el GN plantea conflicto positivo de competencias «reitera los argumentos expuestos en el requerimiento al Gobierno Vasco» (antecedentes, punto 3, STC 198/2013), resultando que tal requerimiento, en el que también denunciaba la violación del art. 93 CE, parece haber tenido lugar con anterioridad al escrito remitido a la Comisión por parte del GV.

11. Junto a la problemática que, como acabamos de ver, añade la posible violación del ordenamiento comunitario y la inadecuada relación directa con las instituciones comunitarias, está la vulneración del ordenamiento constitucional en tanto el Acuerdo controvertido pueda entenderse como interferencia en la competencia del Estado en materia de relaciones internacionales (art. 149.1.3 CE) y de política

exterior (art. 97 CE); que, además, versa sobre un ámbito material —la pesca— en la que el Estado goza de competencia exclusiva (art. 149.1.19 CE). La interferencia de una actuación autonómica en la competencia del Estado en materia de relaciones internacionales puede tener lugar mediante acciones que no constituyan un ejercicio del *ius contrahendi* (derecho a celebrar tratados) y no se deriva, necesariamente, del hecho de que la acción autonómica tenga efectos fuera del ámbito territorial autonómico: una acción autonómica con efectos extraterritoriales puede ser respetuosa con las competencias exclusivas del Estado; y una acción autonómica sin efectos extraterritoriales puede no serlo. Precisamente, en este sentido, resulta ilustrativo el otro acuerdo del GV que fue anulado; nos referimos al Protocolo suscrito en 2002 entre el Departamento de Sanidad del GV y el denominado pueblo kurdo a través de la Fundación Kawa: el protocolo no era un acuerdo internacional y, además, la acción que contemplaba era en el propio territorio español; pero, en la medida en que el protocolo consideraba al Kurdistán como nación sin Estado, se entendió que afectaba al contenido del art. 149.1.3 CE (argumento del TSJ del País Vasco: STSJ PV 1023/2005, de 11 de marzo; confirmado en casación por el TS: STS 3204/2008, de 10 de junio). Sin embargo, en el presente caso no hizo falta entrar en tales consideraciones: la afirmación del TC de que el Acuerdo controvertido constituía un acuerdo internacional, implicaba, automáticamente, la vulneración del art. 149.1.3 (el Estado es «el único sujeto dotado de *ius contrahendi* en la esfera de las relaciones internacionales», STC 137/189, FJ 5). Entendemos que tal afirmación hiciese innecesario entrar a valorar si la acción vasca interfería de otro modo en la competencia del Estado en materia de relaciones exteriores (art. 149.1.3 CE) o de política exterior (art. 97 CE). Igualmente, hizo innecesario entrar a valorar si se producía una vulneración del art. 149.1.19 CE; aunque lo cierto es que, respecto a esto último, indirectamente si se pronunció: el GN había alegado que el Acuerdo controvertido era un acuerdo de pesca; el GV —refiriéndose a la versión rectificada— replicó que se trataba de una acción de cooperación internacional al desarrollo (cooperación técnica para mejorar la infraestructura mauritana, la formación, la pesca artesanal y la comercialización de sus productos frescos); y el TC, al afirmar la vulneración del art. 149.1.3, declaró que el Acuerdo controvertido era un acuerdo internacional de pesca («cae de lleno en el denominado Derecho internacional del mar, ..., objeto de regulación en el acuerdo de pesca controvertido», FJ 4).

12. En definitiva, si hasta ahora la referencia jurisprudencial para negar el *ius contrahendi* a las Comunidades Autónomas la constituía la STC 137/189, ahora se añade la STC 198/2013. Con la STC 137/189, que contó con el voto disidente de cuatro de sus magistrados que negaron que existiese vulneración del art. 149.1.3 CE, y que puede encuadrarse en esa primera etapa de interpretación expansiva del art. 149.1.3 CE, el TC se pronunció sobre el «Comunicado de Colaboración» suscrito el 2 de noviembre de 1984 entre el Consejero de Ordenación del Territorio y Medio Ambiente de la Junta de Galicia y la Dirección General del Medio Ambiente del Gobierno del Reino de Dinamarca. Desvinculando la vulneración del art. 149.1.3 CE del tema de la responsabilidad, al TC le bastó entonces la existencia de un compromiso recíproco entre ambas partes («...es claro que el acto impugnado [...] refleja la existencia de un acuerdo o compromiso recíproco de ambas partes [...] Poco importa aquí que el Acuerdo citado comprometiera o no la responsabilidad internacional del Estado», FJ 5, STC 137/189); opinión no compartida por los magistrados del voto disidente, que consideraron que el comunicado era «...expresivo de una acción instrumental realizada en el ámbito de la contratación administrativa, resultando muy desproporcionado y perturbador configurarlo como un tratado, convenio o pacto internacional en el que

esté presente el ejercicio de la soberanía o afección de la política exterior del Estado» (Voto particular, tercer párrafo).

13. La STC 198/2013 pasa a ser el nuevo referente en el tema de la invasión competencial del *ius contrahendi* del Estado por parte de una Comunidad Autónoma, y a efectos de dicha declaración de inconstitucionalidad —no, en cambio, respecto al levantamiento de la suspensión— el TC encuentra conveniente ceñirse a la versión inicial del Acuerdo controvertido, obviando las correcciones introducidas por el GV (así lo declara en el FJ 1). Ciertamente no sabemos bien hasta qué punto alcanzaban dichas correcciones más allá del tema de las licencias de pesca, ni sabemos de qué documentación dispuso, al respecto, el GN. Echamos de menos más información (el propio Consejo de Estado declara que en el expediente no figura la contestación del GV al requerimiento de incompetencia que le había remitido el GN; Dictamen 679/2004, punto 2). Sin duda, de este modo el pronunciamiento constitucional es más útil (por fin un caso claro de acuerdo en el que una Comunidad Autónoma pretende ejercer el *ius contrahendi*, reservado constitucionalmente al Estado) e incluso más fácil (posiblemente la evaluación del Acuerdo controvertido en su versión rectificadora resultase más compleja). Pero tras leer la sentencia nos quedamos con una extraña sensación (¿se ha hecho justicia al caso concreto?).

Marta SOBRIDO PRIETO
Universidad de A Coruña