CRÓNICA SOBRE LA APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO EN ESPAÑA (JULIO 2014 - JUNIO 2015)

**Juan Santos Vara (Coordinador), Soledad R. Sánchez-Taberneroy
Daniel González Herrera ***

Sumario. I. INTRODUCCIÓN. II. DERECHO DE LOS TRATADOS. III. JURISDICCIÓN UNIVERSAL DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES. ARTÍCULO 23.4 DE LA LOPJ. IV. DERECHOS HUMANOS. V. ASILO Y APATRIDÍA

I. INTRODUCCIÓN

En la presente crónica se comentan los principales pronunciamientos de los tribunales españoles en el ámbito del Derecho Internacional Público del último año. La jurisprudencia incluida en la presente crónica abarca los ámbitos materiales en los que con más frecuencia se pronuncian los tribunales españoles sobre cuestiones de Derecho Internacional, a saber derecho de los tratados, jurisdicción universal, derechos humanos y asilo.

En la crónica se presta especial atención a las consecuencias que se han derivado de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificaciones de la Ley Orgánica del Poder Judicial, relativa a la justicia universal. Esta Ley ha supuesto el archivo de algunos de los casos más emblemáticos de los que han conocido los jueces de instrucción de la Audiencia Nacional en los últimos años. Si bien los jueces han mostrado reticentes a proceder a archivarlos, las decisiones judiciales de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo han puesto fin a los intentos de los jueces de adoptar interpretaciones de la nueva Ley que les permitieran seguir investigando este tipo de casos.

En la Sentencia de 6 de mayo de 2015, el Tribunal Supremo procede a archivar el caso Tíbet al entender que no concurren los requisitos legales necesarios para que los Tribunales españoles puedan conocer de los delitos investigados. La reforma de la jurisdicción universal fue precisamente adoptada en un breve período de tiempo como consecuencia de las presiones ejercidas por las autoridades chinas en relación con el caso Tíbet, que estaba siendo investigado por el Juzgado Central de Instrucción nº 2 de la Audiencia Nacional desde hacía varios años¹. Esta Sentencia fue adoptada por el

*Los autores son, respectivamente, Profesor Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Salamanca; Becaria de Investigación (FPU) en el Área de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Salamanca y Becario del Centro EuropeDirect de la Universidad de Salamanca. La presente crónica se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación DER2012-36703.

Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo por todos los magistrados, sin que concurriera ningún voto particular. Esta Sentencia no sólo afecta al caso Tíbet, sino que establece doctrina para el futuro en la interpretación de la jurisdicción universal en España. Por esta razón, se comprende que el Tribunal Supremo examine con minuciosidad todas las cuestiones que han sido objeto de discusión en la interpretación de la jurisdicción universal en los últimos años en nuestro país.

La Sentencia de 6 de mayo de 2015 del Alto Tribunal español ha tenido por desgracia consecuencias casi inmediatas en el caso Couso. El Juez Pedraz se ha visto obligado a concluir el sumario del caso Couso mediante el Auto de 9 del junio de 2015, si bien el archivo de la causa corresponde a la Sala de lo Penal de la Audiencia. Como reconoce el propio Juez Pedraz, a pesar de que existen indicios claros de que los procesados son autores de un crimen de guerra, la nueva Ley de jurisdicción universal impide la persecución de cualquier crimen cometido contra un español “salvo en el difícil supuesto de que los presuntos criminales se hayan refugiado en España”. El archivo del caso Couso es sin lugar a dudas una de las consecuencias más lamentables de la reforma de la jurisdicción universal. Se ha preferido por parte del Ejecutivo y del Legislativo dar prioridad al mantenimiento de buenas relaciones con las grandes potencias e ignorar totalmente las legítimas pretensiones de la familia del periodista asesinado de obtener una reparación.

En la presente crónica se analizan también un grupo de sentencias en las que el Tribunal Supremo ha puesto freno a la interpretación de la Ley Orgánica 1/2014, adoptada por varios jueces de instrucción de la Audiencia Nacional, que conducía a crear áreas de impunidad en relación con la persecución de los delitos de tráfico de drogas en aguas internacionales. Igualmente, se analizan las implicaciones del Auto del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2015, que versa sobre el asesinato de varios sacerdotes jesuitas en la Universidad Centroamericana en 1989, del Auto de 8 de abril de de 2015 sobre el asesinato del español Carmelo Soria tras el golpe de Estado perpetrado en Chile por el general Pinochet y del Auto de procesamiento de once personas de nacionalidad marroquí acusadas de cometer un delito de genocidio en el Sahara Occidental (9 de abril de 2015).

Mención especial merecen también un grupo de sentencias en las que los tribunales españoles introducen un giro jurisprudencial en relación con los numerosos asuntos relativos a la patentabilidad de los productos químicos y farmacéuticos en España a la luz de la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Esta serie de asuntos trae causa en la reserva al Convenio Europeo de Patentes (CPE) de 1973 formulada por España tras su adhesión a las Comunidades Europeas y que se mantuvo en vigor hasta el 7 de octubre de 1992.

¹ Las vicisitudes del caso Couso han sido objeto de comentario en varios números de la presente Crónica. Vid. *REEI* nº 12 (2006) y nº 14 (2007). Se puede consultar también SANTOS VARA, J., Headnote on Jiménez Sánchez and ors v. Gibson and ors, Appeal Judgment, No 1240/2006; ILDC 993 (ES 2006), December 2006, *Oxford Reports on International Law in Domestic Courts*, 2009. <http://ildc.oxfordlawreports.com>.

En relación con el derecho de asilo se han seleccionado dos sentencias que presentan cuestiones jurídicas de gran relevancia. En la Sentencia de 23 de febrero de 2015, el Tribunal Supremo considera injustificada la interpretación adoptada por la Audiencia Nacional en relación con la petición de asilo presentada por un nacional de Kazajstán. El Alto Tribunal señala que en virtud de lo dispuesto en el art. 9.a) de la Ley 12/2009 resulta claro que la circunstancia de constituir un peligro para la seguridad de España es una causa de “denegación” del asilo, y no una causa de inadmisión de la solicitud. En contraposición con la sentencia anteriormente mencionada, la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 2015 constituye un ejemplo de mala aplicación por parte del Alto Tribunal de las categorías de asilo y protección subsidiaria.

II. DERECHO DE LOS TRATADOS

1. Aplicación de tratados sucesivos sobre una misma materia

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª), de 22 de octubre de 2014. Recurso de Apelación núm. 371/2013. Ponente: Ilmo. Sr. D. José María Ribelles Arellano.

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona, de 21 de enero de 2015. Procedimiento núm. 766/2013. Ponente: Ilmo. Sr. D. Florencio Molina López.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), de 29 de enero de 2015. Recurso de Casación núm. 310/2012. Ponente: Excmo. Sr. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat.

F.: Aranzadi Digital

Este grupo de sentencias constituye un giro jurisprudencial por parte de los tribunales españoles en relación con los numerosos asuntos relativos a la patentabilidad de los productos químicos y farmacéuticos en España a la luz de la jurisprudencia reciente del TJUE². Esta serie de asuntos trae causa en la reserva al Convenio Europeo de Patentes (CPE) de 1973 formulada por España tras su adhesión a las Comunidades Europeas y que se mantuvo en vigor hasta el 7 de octubre de 1992. No obstante, en virtud del art. 167 CPE, dicha reserva mantuvo sus efectos una vez expirada ya que se subsistían durante toda la duración de dichas patentes. En virtud del Estatuto de la Propiedad Industrial de 1926, en España únicamente se admitían las patentes de procedimiento con relación a productos químicos y farmacéuticos, y no las patentes de producto.

Tras la adhesión de España a la OMC en virtud del Acuerdo de Marrakech y la consiguiente ratificación del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio en 1995, se planteó la posible discrepancia entre los artículos 20.7 y 70 ADPIC. El art. 20.7 establece la patentabilidad

²Sobre esta jurisprudencia se pueden consultar la *REEI*, n.º 22 y n.º 21, la *REDI*, 2011, n.º 2, pp. 184 y ss., la *REDI*, 2008, n.º 2, p. 542 y ss.

de todas las invenciones, ya sean de producto o de procedimiento. Por otro lado, el art. 70.2 prevé que “salvo disposición en contrario, el presente Acuerdo genera obligaciones relativas a toda la materia existente en la fecha de aplicación del presente Acuerdo para el Miembro de que se trate y que esté protegida en ese Miembro en dicha fecha, o que cumpla entonces o posteriormente los criterios de protección establecidos en el Presente Acuerdo [...]”. Asimismo, el art. 70.7 establece que con relación a los derechos de propiedad intelectual cuya protección esté condicionada a registro, se habrá de permitir la modificación de solicitudes pendientes en la fecha de aplicación para reivindicar la protección mayor que prevea el Acuerdo, sin permitir que se incorpore materia nueva.

Por lo tanto, se planteaba la cuestión de si las disposiciones del ADPIC anteriormente citadas dejarían sin efecto la prolongación de la ineficacia de estas patentes durante toda su duración en virtud de la reserva a la CPE en conjunción con el art. 167 CPE. Con anterioridad a estos tres pronunciamientos que comentamos en este número, tanto la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo como la Sala de lo Contencioso-Administrativo habían interpretado las disposiciones de los artículos 20.7 y 70 del ADPIC en el sentido de que tras la entrada en vigor en España del ADPIC prevalece sobre la CPE y en particular sobre una reserva, que “no es un acuerdo sino una declaración unilateral de España, que no le supone obligación alguna respecto de la Organización Europea de Patentes, constituyendo únicamente una facultad, de modo que podría retirar la reserva sin contradecir el CPE, el cual incluso la alienta (art. 167.4)”³. Asimismo, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo había considerado que dichas normas recogidas en el ADPIC gozaban de eficacia directa, en tanto en cuanto eran normas “claras, precisas e incondicionales, que no precisan de mecanismo complementario, como desarrollo legal o reglamentario, y que tienen carácter sustantivo civil generando derechos y obligaciones para los particulares”⁴.

Dichos pronunciamientos eran compatibles con la jurisprudencia del TJUE en el asunto *Merck Genéricos*⁵, según el cual el Tribunal consideró que las disposiciones materiales del ADPIC quedaban fuera de su jurisdicción y por tanto correspondía a los Estados Miembros decidir en función de su Derecho nacional sobre su aplicabilidad directa y sobre su interpretación. No obstante, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y la reformulación de la Política Comercial Común en el art. 207 TFUE, la UE pasa a tener competencia sobre los aspectos comerciales de la propiedad intelectual e industrial con lo que la jurisprudencia del TJUE en el *Dictamen 1/94* y en *Merck Genéricos* quedarían sin efecto. El TJUE se pronunciaría por primera vez tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en relación a un asunto similar con motivo de una cuestión prejudicial presentada por un tribunal griego en el asunto *DaiichiSankyo*⁶. El TJUE consideró que habida cuenta de la significativa evolución del Derecho primario y del cambio en el reparto de competencias entre la UE y los Estados miembros ni el Dictamen 1/94 ni

³Sentencia del Tribunal Supremo núm. 309/2011 (Sala de lo Civil), de 10 de mayo de 2011. Recurso de Casación núm. 575/ 2008, FJ 4º.

⁴Sentencia del Tribunal Supremo núm. 309/2011 (Sala de lo Civil), de 10 de mayo de 2011. Recurso de Casación núm. 575/ 2008, FJ 4º.

⁵STJUE C-431/05, *Merck Genéricos*, sentencia de 11 de septiembre de 2007, ECR I-7001.

⁶STJUE C-414/11, *DaiichiSankyo*, sentencia de 18 de julio de 2013.

Merck Genéricos eran relevantes, puesto que la línea divisoria del reparto de competencias difería entre el artículo 207 TFUE y en el antiguo art. 133 CE⁷. Por lo tanto, las normas contenidas en el Acuerdo ADPIC forman parte de los aspectos comerciales de la propiedad intelectual e industrial según el art. 207.1 TFUE.

En lo que a nosotros nos concierne, el TJUE interpretó el concepto de materia existente según el art. 70.2 ADPIC con relación a la reserva formulada por Grecia con arreglo al art. 167.2 CPE que se aplicaba por analogía a las patentes nacionales griegas. El Tribunal entendió que “a partir de la entrada en vigor del ADPIC o como muy tarde una vez transcurrido un año desde esa fecha todos los miembros de la OMC están obligados a cumplir todas las obligaciones que resultan del Acuerdo ADPIC en relación con la materia existente”⁸. No obstante, apuntó que:

Solo sería posible considerar que la invención del producto estaba protegida por la patente de DaiichiSankyo en la fecha en que el Acuerdo ADPIC empezó a ser aplicable en Grecia, a pesar de que dicha invención no estaba protegida específicamente según las reglas que regulaban hasta entonces dicha patente, si se interpretara el citado Acuerdo en el sentido de que obliga a los Miembros de la OMC a convertir, a la entrada en vigor de dicho Acuerdo y por este mero hecho, invenciones reivindicadas en invenciones protegidas. Sin embargo, esta obligación no puede deducirse del Acuerdo ADPIC e iría más allá del sentido habitual de los términos “materia existente”⁹.

Por lo tanto, no podía deducirse del Acuerdo ADPIC que las patentes por invenciones de procedimiento en los Estados en los que se excluía la patentabilidad de las invenciones de producto automáticamente y en virtud de la entrada en vigor de dicho Acuerdo protejan las mencionadas invenciones de productos¹⁰.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona acoge este pronunciamiento. En un recurso de apelación presentado por LUNDBECK, LUNDBECK ESPAÑA y ALMIRALL con relación a la sentencia del Juzgado Mercantil nº 4 de Barcelona, de 10 de enero de 2013, que desestimaba la demanda de LUNDBECK, LUNDBECK ESPAÑA y ALMIRALL. Las demandantes había ejercitado una acción por infracción de derechos de propiedad industrial y competencia desleal contra las demandadas que comercializaban medicamentos genéricos a base de Escitalopram, sustentándose en el certificado complementario de protección sobre la patente española ES 891, que constituía a su vez la validación en España de la patente europea EP 066. LUNDBECK presentó una primera traducción al castellano publicada el 1 de mayo de 1995 que no contenía reivindicaciones de producto, sino únicamente de procedimiento, con relación a la cual obtuvo el Certificado Complementario de Protección CCP 019. El 24 de agosto de 2006 LUNDBECK depositó ante la Oficina Española de Patentes y Marcas una traducción revisada de la patente EP 066 que incluía reivindicaciones de producto que no se habían incluido en la traducción original. La denegación por parte de la OEPM dio

⁷Ibid., párrafo 48.

⁸Ibid., párrafo 80.

⁹Ibid., párrafo 81.

¹⁰Ibid., párrafos 82-83.

lugar a una demanda contencioso administrativa desestimada en primera instancia por el TSJ de Madrid por sentencia de 18 de febrero de 2010, y a un posterior recurso de casación ante el Tribunal Supremo, por sentencia de 16 de septiembre de 2011 que reconoció el derecho de la demandante a incorporar las reivindicaciones de producto a la patente ES 891¹¹. Las demandadas en este procedimiento comercializan en España medicamentos genéricos de Escitalopram Oxalato, para lo que habían obtenido autorización de comercialización antes de publicarse la traducción revisada de la patente ES 891.

El Juzgado de lo Mercantil desestimó la demanda sobre la base del análisis de las reservas formuladas por España al CPE y la posterior ratificación del ADPIC, junto con la doctrina del Tribunal Supremo a tal efecto y consideró que la traducción revisada ampliaba la protección de la patente de base, en contra de lo dispuesto en el art. 70.3 CPE, con lo que resultaban ineficaces las reivindicaciones de producto introducidas en la patente ES 891. Contra esta sentencia recurrió la parte actora alegando la vulneración de los arts. 27.1 y 70 del ADPIC y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

La Audiencia Provincial de Barcelona considera que para la adecuada resolución ha de “precisar el marco legislativo y jurisprudencial sobre la reserva española al CPE, la ampliación del ámbito de protección de las patentes con base a los artículos 27 y 70 del ADPIC y el mecanismo de la traducción revisada como instrumento para la incorporación de las reivindicaciones de producto”(FJ 9º).

En este sentido, tras analizar las normas citadas, la Audiencia considera pertinente analizar la jurisprudencia sobre el alcance del ADPIC y su eventual aplicación a las patentes solicitadas vigente la Reserva para analizar si esa jurisprudencia ha de ser revisada a la luz de la jurisprudencia *DaiichiSankyo* y los Autos de 30 de enero de 2014. La AP de Barcelona realiza un análisis completo de la sentencia en el asunto *DaiichiSankyo* señalando que las normas contenidas en el Acuerdo ADPIC pertenecen a la política comercial común. La cuestión más trascendente a ojos de la AP es la tercera cuestión prejudicial relativa a si de los arts. 27 y 70 del ADPIC se deriva que una patente concedida sobre un procedimiento farmacéutico aunque solicitada tanto para el procedimiento como para el producto protegía no obstante la invención de dicho producto.

A la luz de la interpretación del TJUE en *DaiichiSankyo* señalada anteriormente, la Audiencia Provincial consideró acertadamente que la sentencia del TJUE contradecía la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo sobre la eficacia directa del ADPIC para las patentes de procedimiento concedidas vigente la Reserva del CPE. Aunque a los ojos de la Audiencia Provincial el pronunciamiento del Tribunal parece limitar sus efectos a las patentes solicitadas y concedidas antes de la entrada en vigor del ADPIC (FJ 15º), los Autos de 30 de enero de 2014 otorgan la misma respuesta a supuestos distintos en los que la patente se solicitó con anterioridad a la entrada en vigor del

¹¹RODRÍGUEZ SÁNCHEZ-TABERNERO, S.: “H. LUNDBECK A/S v General Administration of the State, Judgment of the Supreme Court No 5606/2011, ILDC 1894 (ES 2011), 3 May 2011”, *Oxford Reports on International Law in Domestic Courts*, ILDC 1894 (ES 2011).

ADPIC y fue concedida después y en los que el TJUE reprodujo su interpretación dada en DaiichiSankyo.

La Audiencia Provincial resalta las diferencias en supuestos de hecho entre los autos de 30 de enero y DaiichiSankyo, pero resalta que lo relevante es que preguntado el Tribunal por la protección que el ADPIC otorga a una patente solicitada vigente la reserva al CPE y antes de la entrada en vigor de dicho Acuerdo, y concedida después con reivindicaciones de producto y procedimiento, el Tribunal responde que no puede considerarse que una patente de procedimiento obtenida por una solicitud en la que se reivindicaba la invención de procedimiento y producto proteja también a partir de la entrada en vigor del ADPIC la invención de dicho producto (FJ 16º). Considera igualmente la Audiencia que la importancia de dicho auto aumenta por tener por objeto la patente que protege el principio activo de la artovastatina que daría lugar a una sentencia de la misma Sala y del Tribunal Supremo que atribuyeron eficacia a las reivindicaciones de producto en virtud de los arts. 27 y 70 ADPIC.

Finalmente, aplicando esta jurisprudencia al caso de autos, la Audiencia Provincial considera que, pese a que según la doctrina jurisprudencial consolidada existente en el momento en que el Tribunal Supremo ordenó publicar la traducción revisada de la patente del Escitalopram, los artículos 27 y 70 del ADPIC permitían ampliar la protección e incorporar las reivindicaciones de producto:

Consideramos, sin embargo, que el Tribunal Supremo hubiera resuelto de distinta forma a la luz de la sentencia del TJUE de 18 de julio de 2013 y de los autos de 30 de enero de 2014, que sientan un criterio diferente. La patente europea, solicitada con reivindicaciones de producto y de procedimiento, pero con un juego específico de reivindicaciones para España, fue concedida únicamente con reivindicaciones de procedimiento. La ampliación de la protección a las reivindicaciones de producto se realizó con fundamento en los artículos 27.1º y 70.1º y 2º del Acuerdo APIC, supuesto idéntico al contemplado en la sentencia del TJUE de 18 de julio de 2013. Dicha sentencia, en contra de lo que ha venido entendiendo esta misma Sección y el Tribunal Supremo, concluye que la entrada en vigor del ADPIC no permite ampliar el ámbito de protección de la patente concedida únicamente con reivindicaciones de procedimiento. Por "materia existente", a los efectos establecidos en el artículo 70, ha de entenderse las invenciones protegidas por una patente (párrafo 80 de la sentencia) y "no cabe considerar que la protección de la materia existente a la que se refiere el artículo 70 del Acuerdo ADPIC pueda consistir en atribuir a una patente efectos que ésta nunca tuvo" (párrafo 79).

A la misma conclusión llegamos de entender que la patente estaba pendiente de concesión al entrar en vigor del ADPIC y que se sujetaba al régimen previsto en la regla 7ª del artículo 70, toda vez que la solicitud no se modificó durante su tramitación y finalmente fue concedida únicamente con reivindicaciones de procedimiento. Aun cuando, ciertamente, la sentencia de 18 de julio de 2013 no aborda específicamente esa situación, los autos de 30 de enero de 2014 dan la misma respuesta a supuestos que incluso van más allá del enjuiciado, pues tratan de patentes solicitadas vigente la reserva y concedidas con reivindicaciones de producto y de procedimiento muchos años

después (la patente ES 891, insistimos, solo se concedió inicialmente con reivindicaciones de procedimiento) (FJ 17°).

Finalmente, señalando la fuerza vinculante de la interpretación realizada por el TJUE, la Sala considera lo siguiente:

En consecuencia, debemos aplicar el criterio sentado por el TJUE en la sentencia de 18 de julio de 2013 y en los autos de 30 de enero de 2014, que hemos expuesto en los fundamentos anteriores. Ello implica que, al haberse concedido la patente únicamente con reivindicaciones de procedimiento, no es posible, conforme a la interpretación que el TJUE realiza de los artículos 27 y 70 del Acuerdo ADPIC, ampliar el ámbito de protección a las reivindicaciones de producto. Y, al no producir efectos dichas reivindicaciones, incorporadas a la traducción revisada (título que sustenta la pretensión de la demandante), debemos de desestimar la acción de infracción (FJ 18°).

La Audiencia Provincial, por tanto acoge el cambio jurisprudencial dictado por la jurisprudencia del TJUE en un pronunciamiento altamente pedagógico. Esta interpretación del TJUE contraria a la seguida por los órganos jurisdiccionales nacionales, evita la cuestión de la eficacia directa del ADPIC que el TJUE ha venido negando en su jurisprudencia con relación a ámbitos que recaen bajo la competencia exclusiva de la UE, sustituyéndola por una suerte de eficacia indirecta por la vía de la interpretación conforme¹². Si bien es cierto que el TJUE rechaza la validez de dicha jurisprudencia en *DaiichiSankyo*, puede considerarse que lo hace únicamente con relación al reparto de competencias entre la UE y los Estados Miembros en materia de aspectos comerciales de la propiedad intelectual. En esta situación, la Audiencia Provincial considera que a la luz de la interpretación del TJUE, no puede mantenerse la posición mantenida hasta la fecha por los tribunales españoles.

En un asunto posterior, el Juzgado de lo Mercantil de Barcelona conoció de la acción de Laboratorios Cinfa que solicitaba la declaración de ineficacia de reivindicaciones de la patente de invención ES 334 como resultado de un certificado complementario de protección concedido en 2004 con relación a la traducción española de la patente europea de invención solicitada en marzo de 1990 y concedida en enero de 1994, que incluía entre otros compuestos el paricalcitol. En este pronunciamiento, el Juzgado de lo Mercantil sigue la sentencia dictada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Provincial y realiza un análisis de la jurisprudencia del TJUE antes citada, que aplica posteriormente al caso de autos. Teniendo en cuenta la identidad de las respuestas del TJUE a supuestos fácticos diferentes como el de *Daiichiy* el de los autos de 30 de enero de 2014, se entiende plenamente aplicable al caso de autos (FJ 23°). Tras citar la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, falla el juez en el sentido de que las reivindicaciones impugnadas por Cinfa se asemejan a los de los citados autos del TJUE y en consecuencia, conforme al art. 167 CPE, a la Reserva de España al CPE, la Disposición Transitoria del Real Decreto 2424/1986 y la Disposición Transitoria

¹²Vid.STJUE C-431/05, *Merck Genéricos*, sentencia de 11 de septiembre de 2007; STJUE C-53/96, *Hermés*, sentencia de 16 de junio de 1998; STJUE C-300/98 y C-392/98, *Dior*, sentencia de 14 de diciembre de 2000.

Primera de la Ley de Patentes, dichas reivindicaciones son ineficaces. (FJ 34º y 35º)¹³. A la luz de la jurisprudencia del TJUE, entiende el juez, no opera la protección de los arts. 27.1 y 70.2 ADPIC, puesto que estos:

no pueden atribuir efectos a una patente cuando ésta nunca tuvo efectos; dicho de otro modo, la protección que resulta de los ADPIC en relación a la "materia existente", queda limitada aquellas invenciones con una protección efectiva, sin que puedan considerarse protegidas invenciones que estaban excluidas de protección en el momento de entrada en vigor del ADPIC (FJ 36º).

En contraposición con la pedagogía de la Audiencia Provincial de Barcelona y que sigue el Juzgado de lo Mercantil, la Sentencia de 29 de enero de 2015 del Tribunal Supremo sorprende por considerar el asunto *DaiichiSankyo* irrelevante para el caso de autos. Se trata de un recurso de casación interpuesto por MEDICHEM contra la sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid de 20 de octubre de 2011, que estimó el recurso contencioso-administrativo formulado por PFIZER contra la resolución de la Directora General de la OEPM que desestimaba el recurso de alzada contra una resolución precedente por la que se denegaba la petición de publicar la adición de nuevas reivindicaciones de producto a una patente europea sobre la base del art. 70 del ADPIC. La recurrente solicita que se case la sentencia y se desestime el recurso contencioso-administrativo interpuesto por PFIZER así como el planteamiento de cuestión prejudicial al TJUE y que se suspendiese el procedimiento hasta que se fallase en el asunto *DaiichiSankyo*. El TS considera pertinente en este sentido analizar el CPE y la reserva formulada por España así como al ADPIC y expone que a partir de la fecha de aplicación del ADPIC en España se plantea la necesidad de interpretar la Reserva formulada por España “de conformidad con las disposiciones del ADPIC” debido a la aplicación de la regla de *lex posterioris* incluida en el art. 30.4 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (FJ 1º). Es de señalar que no se remite la sala al efecto directo concedido por el TS en otros pronunciamientos a esta disposición, lo que resultaría contrario al Derecho de la Unión en su estado de evolución actual.

Sin embargo, y a pesar de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y de la sentencia pendiente *DaiichiSankyo*, la sentencia de instancia optó por considerar que el Acuerdo ADPIC tenía un “incuestionable efecto directo en España” y por tanto correspondía a los Tribunales Nacionales y no al TJUE sobre los efectos del ADPIC en cada Estado miembro, con lo que se rechazó el planteamiento de cuestión prejudicial (FJ 1º). Para ello se apoyaba en la jurisprudencia *Hermés* y *Dior*¹⁴. Considera pues el TS que pese a que ni el art. 70.4. a) CPE ni el art. 12 del Real Decreto establecen con claridad el alcance del derecho a presentar una traducción revisada, el alcance defendido por la OEPM, puesto que si fuera de otro modo sus efectos serían idénticos a los de la traducción. Así pues, se considera que el alcance de la revisión de la traducción es el de

¹³En esta misma línea se había pronunciado ya el Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Barcelona, en sentencia de 28 de octubre de 2014.

¹⁴STJUE C-53/96, *Hermés*, sentencia de 16 de junio de 1998; STJUE C-300/98 y C-392/98, *Dior*, sentencia de 14 de diciembre de 2000.

incorporar reivindicaciones contenidas en la patente europea pero por alguna razón no incorporadas en la traducción presentada en otro Estado. Por lo tanto, el TS concluye esta posibilidad de la interpretación del CPE y del análisis del art. 167.5 en conjunción con el art. 167.6 CPE entiende que ello “podría llevar a la interpretación de que la reserva no tiene sobre las patentes afectadas ninguna ultraactividad más allá de su propia duración, que en el caso español, incluida la prórroga, era hasta la citada fecha de 7 de octubre de 1992”. Añade posteriormente, que “en todo caso”, la entrada en vigor en Espala del ADPIC despeja cualquier duda con respecto a los posibles efectos de la reserva ya que el art. 70 establece la posibilidad de admitir reivindicaciones de productos cuya protección no había sido posible como consecuencia de decisiones nacionales, sin incluir materia nueva. Se considera, sin embargo que dicha disposición resultaba innecesaria para España puesto que ya existía la posibilidad de presentar una traducción revisada.

Ante este pronunciamiento de la Sala de instancia, la recurrente alega en casación la infracción de la jurisprudencia del TJUE, así como del art. 96 CE al incurrir en falta de motivación al sostener que “es incuestionable el efecto directo en España del Acuerdo ADPIC”. Se alega igualmente la infracción del art. 70.1 y 2 ADPIC. El TS rechaza pronunciarse sobre el motivo relativo a la vulneración de la jurisprudencia del TJUE sobre la interpretación del art. 70 ADPIC, puesto que habían sido inadmitidos por el Auto de la Sección Primera de la misma Sala de 21 de febrero de 2013. Sin embargo, se pronuncia sobre el tercer motivo de casación basado en la infracción de la jurisprudencia del TJUE en relación con la aplicabilidad directa del ADPIC y el art. 96 CE. Sin embargo, consideran que dicha jurisprudencia carece de relevancia en el sentido que el argumento de la aplicabilidad directa del ADPIC se empleaba como “argumento de cierre o, «a mayor abundamiento», para reforzar dicha conclusión jurídica a la relevancia de la entrada en vigor en España del Acuerdo ADPIC, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 96 de la Constitución española, para resolver el litigio” (FJ 2º).

Finalmente, con relación a la infracción del art. 70.1, 2, 3 y 7 ADPIC, el TS pone de relieve que no se estima determinante para resolver este motivo la consideración de la doctrina del TJUE en *DaiichiSankyo* así como en los autos citados anteriormente puesto que no era equiparable a las cuestiones de legalidad suscitadas en el recurso de casación.

Si bien es cierto que la sentencia de instancia se fundamentaba, en parte, en la interpretación extensiva del alcance del procedimiento de revisión de la traducción, así como en una interpretación restrictiva de la reserva formulada por España, establecía claramente el “indiscutible efecto directo del ADPIC” en España y rechazaba por tanto el planteamiento de cuestión prejudicial al TJUE. Es lamentable, cuanto menos, que el TS rechace considerar el cambio jurisprudencial del TJUE como resultado de la nueva redacción del art. 207 TFUE. Si bien la interpretación del TJUE con relación al efecto directo del ADPIC y su teoría de la interpretación conforme puede ser cuestionable, es incuestionable que la interpretación del TJUE vincula a los tribunales españoles y, en cuanto tal, al TS, que como órgano jurisdiccional que resuelve en última instancia,

estaría obligado a presentar una cuestión prejudicial al TJUE en caso de duda sobre la interpretación del Derecho de la Unión, en virtud del art. 267 TFUE.

Soledad R. Sánchez-Tabernero

2. Interpretación de Tratados Internacionales (Convenio de Montreal)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª), de 20 de febrero de 2015. Recurso de Apelación núm. 535/2013. Ponente: Ilmo. Sr. D. Ángel Galgo Peco.
F.: CENDOJ

La presente sentencia recae en el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 2 de noviembre de 2012 del Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Madrid, promovido por una familia de pasajeros contra IBERIA LÍNEAS AÉREAS DE ESPAÑA, S.A. (en adelante, IBERIA). Dicho asunto trae causa en la demanda presentada por esta familia de pasajeros en reclamación de una suma como compensación prevista en el art. 7 del Reglamento (CE) nº 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso. Asimismo, reclamaban los daños materiales y morales causados por el gran retraso de los vuelos Sevilla-Ginebra y Ginebra-Sevilla, los días 19 de diciembre de 2008 y 2 de enero de 2009, respectivamente. El tribunal de primera instancia desestimó las pretensiones en su totalidad por considerar que el ejercicio de la acción estaba sujeto al plazo de dos años previsto en el art. 35 del Convenio de Montreal (en adelante, CM), debiendo considerarse que la demanda, interpuesta el 23 de septiembre de 2011, se había presentado extemporáneamente. Los demandantes recurrieron en apelación sobre la base de dos motivos: por un lado, por la falta de motivación de la sentencia y, por otro, por cuestionar la corrección del análisis realizado por el anterior juzgador en lo referente a la consideración del plazo establecido en el art. 35 CM como plazo de caducidad, sosteniendo que, en realidad, se trata de un plazo de prescripción.

Por lo que aquí nos ocupa, es interesante el motivo relacionado con la interpretación del plazo recogido en el art. 35 CM como plazo de prescripción, entendiendo además que la reclamación de daños y perjuicios, en todo caso, por estar amparada en el art. 1.124 del Código Civil, habría de entenderse sometida al plazo prescriptivo de quince años establecido con carácter general para las acciones personales en su art. 1.964.

Con relación a la primera de las cuestiones, la AP se remonta a su sentencia de 22 de junio de 2011 en la cual consideró que el principal argumento para considerar que se trataba de un plazo de preinscripción era el tenor literal del CM que difería del art. 29 del Convenio de Varsovia que hablaba de plazo de caducidad. A diferencia del art. 29 CV, el art. 35 CM habla de extinción de la acción, pero a juicio de la AP en la sentencia de 22 de junio de 2011 recogida, dicha interpretación “no tendría en cuenta todo el tenor literal del art. 35 CM, sino una supresión, sin apreciar la nueva redacción del precepto en su conjunto” (FJ 16º). La AP analiza posteriormente el tenor literal del texto inglés del art. 29 CV, que coincide con la redacción del art. 35 CM en cuanto a la extinción de

la acción. Considera por tanto la AP que es posible adaptar cómo la versión española del art. 35 CM se ha adaptado a la versión inglesa, evitando las diferencias entre ambas versiones que afectaban al art. 29 CV. Por lo tanto:

La modificación del texto en su versión española respecto a Varsovia tiene un alcance muy distinto del que se pretende, y la comparación de textos auténticos del Convenio de Montreal -a los efectos previstos en el art. 33.4 del Convenio de Viena - no revela una diferencia de sentido en el extremo que nos ocupa, dada la adaptación de la versión española a la versión inglesa (FJ 3º).

Tras realizar esta comparación de textos auténticos sobre la base del art. 33.4 del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados, la AP señala que una norma convencional aplicable a Estados tan diversos no puede interpretarse adaptándola al Derecho interno sino que debe efectuarse conforme a las reglas establecidas en los arts. 31 y 32 del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados. Consideran pues – sin citar, no obstante, el criterio aplicado – la pertinencia de los criterios jurisprudenciales elaborados en relación a la Convención de Varsovia, teniendo en cuenta además que el Convenio de Montreal de 1999 no suprime el sistema derivado de la Convención de Varsovia de 1929. Se apoya la AP para aplicar una interpretación sobre los criterios fijados en relación al Convenio de Varsovia en amplias referencias a la jurisprudencia estadounidense en la materia así como en la sentencia del TJUE de 6 de mayo de 2006 en la cual establece que el objeto del Convenio de Montreal es unificar las reglas relativas al transporte aéreo internacional por lo que sus términos deben ser objeto de una interpretación uniforme y autónoma.

Sobre esta base, la AP aplica el criterio mayoritario sostenido bajo la vigencia del Convenio de Varsovia, que consideraba el plazo de dos años como un plazo no susceptible de suspensión, que recuerda – también con amplias referencias a jurisprudencia estadounidense – se fijó en el Convenio de Varsovia “a fin de evitar la heterogeneidad en la aplicación del Derecho interno, entre otras razones”. (FJ 3º)

Concluye pues la AP, nuevamente apoyándose en jurisprudencia estadounidense – que:

En consecuencia, no hay ninguna justificación para concluir que el mismo plazo previsto en el Convenio de Montreal, sobre la misma versión inglesa, que no ha sufrido cambios, pase ahora a ser un plazo susceptible de suspensión, cuando el objetivo del Convenio de Montreal es esencialmente unificador de la normativa existente con anterioridad, sin que se hubiera pretendido establecer cambios significativos y, especialmente, cuando la finalidad de rechazar la suspensión del plazo es precisamente evitar la heterogeneidad que derivaría de la aplicación de las normas internas de los muy diversos Estados Partes, con las variantes más sospechadas. Es a partir de esa consideración como plazo no susceptible de suspensión cuando podemos adaptar esta conclusión a nuestros presupuestos procesales, no al contrario (FJ 3º).

La AP de Madrid aplica dicha interpretación al caso de autos y añade que el art. 29 CM somete todas las acciones de indemnización de daños surgidas en el ámbito del transporte de pasajeros, de equipaje y de carga a un régimen procesal y sustantivo

uniforme, por lo que solo podrán iniciarse con sujeción a condiciones y límites de responsabilidad como los previstos en el Convenio, y por tanto resulta imposible aplicar el régimen de prescripción de acciones del Código Civil a los supuestos comprendidos en el ámbito de aplicación del CM.

Por lo tanto, la AP rechaza correctamente las pretensiones de los recurrentes en tanto en cuanto estas se basaban en una interpretación literal del tenor del art. 35 CM en comparación con el art. 29 CV, sin tener en cuenta la comparación de textos auténticos a la que remite el art. 33.4 de la Convención de Viena ni las reglas de interpretación establecidas en los arts. 31 y 32 de la misma Convención. Es especialmente reseñable la incidencia de la AP en la necesaria uniforme aplicación e interpretación del Convenio de Montreal así como el diálogo judicial presente en las abundantes referencias a órganos jurisdiccionales extranjeros.

Soledad R. Sánchez-Tabernero

III. JURISDICCIÓN UNIVERSAL DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES. ARTÍCULO 23.4 LOPJ

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 296/2015, de 6 de mayo de 2015.

F.: Aranzadi Digital

Tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, relativa a la justicia universal, el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de conformidad con la Disposición Transitoria Única incluida en la Ley, procedió el 2 de julio de 2014 a sobreseer y archivar el caso Tíbet, al entender que no concurren los requisitos legales necesarios para que los Tribunales españoles puedan conocer de los delitos investigados. La reforma de la jurisdicción universal fue adoptada en un breve período de tiempo como consecuencia de las presiones ejercidas por las autoridades chinas en relación con el caso Tíbet, que estaba siendo investigado por el Juzgado Central de Instrucción nº 2 de la Audiencia Nacional desde hacía varios años¹⁵. Los recursos de casación interpuestos contra el auto de la Audiencia Nacional le proporcionan al Tribunal Supremo una excelente oportunidad para examinar con minuciosidad el desarrollo legislativo y jurisprudencial de la jurisdicción universal en nuestro país en los últimos años. En este contexto, el Tribunal presta una gran atención a los criterios establecidos en su Sentencia 327/2003, de 25 de febrero en el caso Guatemala, en la que puso de manifiesto la jurisdicción universal sólo es aceptable si concurre un vínculo de conexión razonable con nuestro país. El Tribunal Supremo ha

¹⁵ Vid. ESTEVE MOLTÓ, J. E., “Jurisprudencia española en materia de Derecho internacional público”, *REDI*, vol. LXIV (2012), 1, pp. 158-161; SANTOS VARA, J., “Fundación Casa del Tibet and ors v Jiang (Zemin) and ors, Appeal Judgment on Admissibility, App No 196/05, ILDC 1002 (ES 2006), 10th January 2006, National Court”, *Oxford Reports on International Law in Domestic Courts*, 2008.

criticado constantemente que la Sentencia de 2003 fuera anulada posteriormente por la Sentencia del Tribunal Constitucional 237/2005, de 26 de septiembre de 2005¹⁶.

La Sentencia objeto del presente comentario se estructura en seis partes. En primer lugar, se lleva a cabo un análisis del concepto de jurisdicción internacional desde la perspectiva del Derecho internacional. En segundo lugar, se analiza la evolución legislativa y jurisprudencial española en esta materia. En tercer lugar, se examina la relación entre el Derecho Internacional Penal en esta materia y el artículo 23.4 de la LOPJ en su redacción actual. En cuarto lugar, el Tribunal Supremo presta atención al Derecho comparado para determinar si la actual legislación española se adecúa a la práctica internacional en esta materia. En quinto lugar, se interpreta el significado del párrafo p) del artículo 23.4º de la LO 1/2004. En sexto y último lugar, se analiza el caso específico de los crímenes de guerra para comprobar si los Convenios de Ginebra imponen un sistema de jurisdicción universal en relación con este tipo de crímenes.

Por lo que se refiere al concepto de jurisdicción universal, el Tribunal Supremo comienza poniendo de manifiesto que siempre ha mantenido un criterio respetuoso y favorable a la aplicación del principio de jurisdicción universal. De este modo, el Tribunal parece querer justificar de nuevo su jurisprudencia en la que ha mantenido tradicionalmente una interpretación muy restrictiva del alcance de la jurisdicción universal en nuestro país. El Tribunal señala que la jurisdicción universal consiste en el ejercicio de jurisdicción penal por los Tribunales de undeterminado país en relación con crímenes internacionales de especial gravedad, sobre la base de la naturaleza del delito sin tomar en consideración ni el lugar donde fue cometido, ni la nacionalidad de su autor. El Tribunal Supremo sigue vinculando el ejercicio de la jurisdicción universal a los tratados internacionales en los que se faculta a los Estados para ejercer la jurisdicción universal con carácter extraterritorial, lo que supone actuar en representación de la Comunidad internacional (FJ nº 6 y 7). Después de mencionar, entre otros, la Convención de 9 de diciembre de 1948 para la prevención y el castigo del Genocidio y los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, el Tribunal afirma que:

no se establece expresamente en esos Tratados que cada Estado parte deba imperativamente investigar y perseguir, sin limitación alguna, los hechos constitutivos de delitos internacionales ocurridos en el territorio de otros Estados. Es decir, de los Tratados, que configuran el Derecho Penal Internacional convencional, no se deriva con carácter imperativo la necesidad de establecer en cada Estado firmante un modelo de Jurisdicción Universal absoluta o incondicionada (FJ 7º).

Al examen de la evolución legislativa y jurisprudencial de la jurisdicción universal en nuestro país se dedican catorce de las treinta y siete páginas de la presente sentencia. Mientras que en una primera fase la LOPJ incluía una concepción de la jurisdicción universal absoluta o sin limitaciones, la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre introdujo un modelo de jurisdicción universal en el que se exigía un vínculo de

¹⁶ Vid. Crónica sobre la aplicación judicial del Derecho internacional público, *REEI* nº 11 (2006) y nº 13 (2007).

conexión con nuestro país. La necesidad de incluir vínculos de conexión fueron precisados y desarrollados mediante la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo. Como se ha señalado anteriormente, el Tribunal Supremo presta una gran atención a la Sentencia 327/2003, de 25 de febrero, recaída en el caso Guatemala, en la que intentó vincular el ejercicio de la jurisdicción universal con la concurrencia de vínculos de conexión con intereses españoles. Esta sentencia fue adoptada por una exigua mayoría de ocho votos contra siete, centrándose la diferencia en el rigor con el que debe aplicarse la exigencia del vínculo de conexión.

A pesar de que la Sentencia del Tribunal Supremo fue anulada por el Tribunal Constitucional mediante la Sentencia 237/2005 por vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción, no deja de ser paradójico que el Tribunal Supremo centre gran parte de su análisis en su Sentencia de 2003. El Tribunal se esfuerza en demostrar que su interpretación de la jurisdicción universal ha sido siempre más respetuosa con lo previsto en nuestro ordenamiento jurídico que el concepto de jurisdicción absoluta adoptado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia Guatemala, y que las modificaciones legislativas introducidas en 2009 y 2014 han venido a confirmar su concepción de la jurisdicción. El Tribunal Supremo afirma en relación con la Sentencia Guatemala del Tribunal Constitucional:

(...) esta resolución fue interpretada de forma bastante generalizada en el sentido de que la admisión en nuestro ordenamiento de la Jurisdicción Universal debería en todo caso ser absoluta, y no en el sentido de que era la Ley Orgánica del Poder Judicial que había acogido ese modelo amplio, que es lo que decía la Sentencia.

En consecuencia, pese a que la STC 237/2005, admitía criterios restrictivos, incluso por vía exegética, (...), lo cierto es que la práctica puso de manifiesto que la interpretación generalizada de la resolución constitucional hacía imprescindible una intervención del Legislador si se estimaba necesario introducir en materia de Jurisdicción universal “los criterios reguladores que vinieran a restringir su ámbito de aplicación” a que se refería la Sentencia del Tribunal Constitucional (FJ16°).

A pesar de que la reforma realizada en 2009 tenía como objetivo restringir el alcance de la jurisdicción universal y poner fin a los problemas que ocasionaba la interpretación expansiva de la jurisdicción universal en las relaciones internacionales para nuestro país, esta reforma no logró su objetivo. En este sentido, se constata que el proceso seguido en relación con los crímenes cometidos en el Tíbet no ha avanzado de forma significativa en los últimos años, pero continúa causando problemas en las relaciones internacionales. Además, la continuidad de esta investigación no está claramente justificada desde la perspectiva del Derecho internacional. Por ello, el Tribunal Supremo acoge con satisfacción la reforma de 2014 de la jurisdicción universal, que concreta caso por caso los vínculos de conexión que son relevantes para que la jurisdicción española pueda conocer de los hechos cometidos fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como algunos de los delitos allí previstos. Sin embargo, el Tribunal Supremo omite referirse al hecho de que el legislador ha llevado a cabo una regulación muy deficiente desde la perspectiva de la técnica legislativa, que ha generado numerosos problemas interpretativos en la práctica.

A la luz de la regulación introducida por la reforma de 2014, el Tribunal Supremo confirma el criterio del Auto impugnado de 2 de julio de 2014, que acordó el archivo del caso Tíbet. El Tribunal afirma que

(...) por lo que se refiere al supuesto delito de Genocidio, ninguna de las personas querelladas ostenta la nacionalidad española, reside en España o se encuentra en territorio nacional, por lo que no se cumple un requisito esencial prevenido en el art. 23 4º a) de la LOPJ”.

“En relación con el delito de tortura, porque aun cuando una de las víctimas tiene nacionalidad española, la adquirió con posterioridad a los hechos, y no consta que ninguno de los querellados, nacionales de la República Popular China, se encuentren en territorio español, como exige el apartado 2º a) del art 23 4º de la LOPJ.

La tercera parte de la sentencia está dedicada a examinar si existe un conflicto de normas entre la nueva Ley Orgánica de Jurisdicción universal y los tratados internacionales celebrados por España en el ámbito del Derecho penal internacional. Después de recordar que de los tratados internacionales no se deriva la necesidad de establecer en cada parte contratante un modelo de jurisdicción universal absoluta, señala que ni la Convención del Genocidio ni la Convención contra la Tortura excluyen la posibilidad de que los Estados establezcan modelos de jurisdicción universal más ambiciosos que los previstos en los propios Convenios. Por ello, dado que el Derecho penal internacional no impone un modelo de jurisdicción universal absoluta, las previsiones incluidas en la Ley Orgánica 1/2014 no contradicen el contenido del derecho convencional.

En esta importante sentencia el Tribunal Supremo incluye amplias referencias a la regulación en Derecho comparado con el objetivo de determinar si el modelo de jurisdicción universal limitada introducida por la reforma de 2014 es compartido por los países de nuestro entorno. Se examina de forma minuciosa la regulación de la jurisdicción universal en aquellos países que han conocido desarrollos significativos en esta materia, a saber Alemania, Canadá, Holanda y Bélgica. Se explica también de forma más sucinta la regulación de la jurisdicción universal en Japón, Turquía, Gran Bretaña, Hungría y Francia. Del examen del derecho comparado, el Tribunal deduce que

(...) en los países de nuestro entorno se admiten con normalidad restricciones en el ejercicio de la Jurisdicción Universal, sin que su interpretación de los Tratados Internacionales en esta materia acoja el criterio de que los Tratados exigen obligadamente un modelo de Jurisdicción Universal, pura o absoluta”.

Por otra parte en el ámbito internacional se destaca que la aplicación de una jurisdicción universal pura resulta problemática, señalándose abusos potenciales de los procedimientos legales y el riesgo de sobrecargar los recursos nacionales de investigación en aquellos casos en que parece muy verosímil que nunca llegará a celebrarse el juicio penal.

En definitiva la costumbre internacional o práctica generalmente aceptada como Derecho consuetudinario, no avala la exigencia de un modelo absoluto o

incondicional de Justicia Universal como el acogido en nuestro ordenamiento en la versión inicial de la LOPJ” (FJ 22º).

Por último, el Tribunal Supremo analiza si los crímenes cometidos en el Tíbet por las autoridades chinas podrían calificarse de crímenes de guerra. El Juzgado Central de Instrucción nº 2 amplió la investigación al traslado y asentamiento de población de la potencia ocupante a través del Auto de 30 de marzo de 2011. Los recurrentes alegaron que el apartado p) del artículo 24.4 de la LOPJ es aplicable a los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado. El Tribunal rechaza de forma tajante este argumento al señalar que el apartado p) del artículo 24.4 de la LOPJ constituye una cláusula de cierre que trata de anticiparse a supuestos no incluidos en la Ley sobre la jurisdicción universal y, por lo tanto, no es aplicable a los supuestos que están específicamente regulados en la Ley, tal y como sucede con los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado. El nuevo artículo 23.4 a) de la LOPJ introduce una previsión que faculta a España para ejercer jurisdicción universal en relación con los crímenes contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, siempre que los procesados sean españoles o extranjeros que residan habitualmente en España, o extranjeros que residan habitualmente en España y cuya extradición haya sido denegada por las autoridades españolas.

El Tribunal Supremo analiza también si los Convenios de Ginebra imponen la obligación de extender la jurisdicción fuera del territorio nacional en relación con los acusados de cometer violaciones graves del derecho internacional humanitario. Esta interpretación del artículo 146 de la IV Convención de Ginebra fue adoptada por el Juez Pedraz y por la Audiencia Nacional en el caso Couso¹⁷. Como hemos señalado en el pasado, la interpretación que llevó a cabo el Juez Pedraz del artículo 146 de la IV Convención de Ginebra no nos parece plenamente convincente porque no tiene en cuenta la interpretación realizada por el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) del artículo 146 de la IV Convención¹⁸. En opinión del CICR, la obligación de juzgar exige la presencia física de los acusados de cometer graves crímenes contra el derecho humanitario internacional en el territorio de la parte contratante que pretende ejercer jurisdicción. El Tribunal Supremo rechaza acertadamente esta tesis, pues la obligación prevista en el artículo 146 de la IV Convención de Ginebra no supone que todos los países deban investigar todos y cada una de las infracciones graves de los Convenios de Ginebra, sino que ha de detener y enjuiciar a los criminales que se hayan refugiado en su territorio. A tales efectos, se señala en la Sentencia lo siguiente:

El artículo 146 del IV Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, establece el principio de Justicia Universal obligatoria para los Estados firmantes en el sentido de imponer la obligación de juzgar o extraditar a los responsables de las Infracciones Graves del Convenio, cualquiera que sea el lugar del mundo donde se cometió la infracción y cualquiera que sea la nacionalidad del responsable. Pero esta obligación está referida a los supuestos en que estos responsables se

¹⁷Vid. REEI nº 27 (2014).

¹⁸REEI nº 27 (2014).

encuentren en el territorio del Estado firmante, pues su contenido y finalidad es evitar que ninguno de estos responsables pueda encontrar refugio en un país firmante de la Convención(FJ 22º).

(...) conforme a la vigente Ley Orgánica 1/2014 , los Tribunales españoles carecen de jurisdicción para investigar y enjuiciar delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado cometidos en el extranjero, salvo en los supuestos en que el procedimiento se dirija contra un español o contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España, o contra un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas (FJ 29º).

El Tribunal Supremo concluye esta extensa sentencia desestimando las alegaciones sobre la inconstitucionalidad de la Ley Orgánica 1/2014 incluyendo amplias referencias a su Sentencia Scilingo de 1 de octubre de 2007¹⁹. En aquella Sentencia, el Tribunal Supremo puso de manifiesto que los Tribunales españoles no pueden actuar como Tribunales internacionales sujetos a las normas de Derecho internacional consuetudinario o convencional, sino que están sujetos a la Constitución española y a las normas aprobadas por el Parlamento español.

Juan Santos Vara

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 592/2014, de 24 de julio de 2014. Ponente: D. Julián Sánchez Melgar.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 593/2014, de 24 de julio de 2014. Ponente: D. Julián Sánchez Melgar.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 755/2014, de 5 de noviembre de 2014. Ponente: D. Luciano Varela Castro.

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 810/2014, de 3 de diciembre de 2014. Ponente: D. Jose Ramón Soriano Soriano

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 847/2014, de 5 de diciembre de 2014. Ponente: D. Alberto Jorge Barreiro

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) núm. 866/2014, de 11 de diciembre de 2014. Ponente: D. Antonio del Moral García.

F.: Aranzadi Digital.

Una de las consecuencias más controvertidas que ha traído consigo la reforma de la jurisdicción universal introducida por la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo es la puesta en libertad de más 50 narcotraficantes detenidos en aguas internacionales por el

¹⁹SANTOS VARA, J., “*Scilingo v Spain*, Appeal Judgment No 798/2007; ILDC 1430 (ES 2007), 1 October 2007”, *Oxford Reports on International Law in Domestic Courts*, 2010.

Servicio de Vigilancia Aduanera. Las decisiones adoptadas por varios magistrados de la Audiencia Nacional han tenido una gran repercusión política de la que se hicieron amplio eco los medios de comunicación en 2014. En el Auto de de 6 de mayo de 2014, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional avaló la tesis defendida por los jueces de instrucción de la Audiencia Nacional, quienes consideraron que España carece de jurisdicción para investigar y enjuiciar a los narcotraficantes detenidos en aguas internacionales²⁰. El Tribunal Supremo ha puesto freno en este conjunto de sentencias a una interpretación de la Ley Orgánica 1/2014 que conducía al creación de áreas de impunidad en relación con la persecución de los delitos de tráfico de drogas en aguas internacionales. No era aceptable que los delincuentes pudieran seguir tranquilamente cometiendo sus delitos en aguas cercanas a nuestras costas.

Esta problemática tiene su origen en la defectuosa técnica legislativa que caracteriza la Ley Orgánica 1/2014. En efecto, las letras d) e i) del apartado 4 del artículo 23 de la LOPJ regulan la atribución de jurisdicción a los tribunales españoles en relación con los delitos relacionados con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas de una forma bastante confusa. La letra d) del artículo 23.4 de la LOPJ fue propuesta por el Grupo Popular con el objetivo de reforzar la jurisdicción de nuestros jueces y tribunales en casos de piratería y otros delitos conexos, incluido el tráfico de drogas, lo que al final ha resultado en una doble y desafortunada previsión en relación con este delito. Los jueces de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional aprovecharon estos casos para expresar su rechazo a la restricción del ámbito de la jurisdicción universal en nuestro país que ha conducido a limitar sustancialmente las posibilidades de enjuiciar a los responsables de la comisión de los crímenes más atroces cometidos fuera de nuestras fronteras.

El Tribunal Supremo ha interpretado la confusa regulación introducida por la Ley Orgánica 1/2014 en el sentido de que la jurisdicción universal en relación el tráfico de drogas puede fundamentarse en una triple base jurídica:

- 1) *Letra d): “tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas «que se cometan en los espacios marinos, en los supuestos previstos en los tratados ratificados por España o en actos normativos de una organización internacional de la que España sea parte”.*
- 2) *Letra i): “tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, siempre que: 1º el procedimiento se dirija contra un español; o, 2º cuando se trate de la realización de actos de ejecución de uno de estos delitos o de constitución de un grupo u organización criminal con miras a su comisión en territorio español”.*
- 3) *Letra p): “Cualquier delito cuya persecución se imponga con carácter obligatorio por un Tratado vigente para España o por otros actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea miembro, en los supuestos y condiciones que se determine en los mismos”.*

²⁰Vid. REEI nº 27, 2014.

El Tribunal Supremo entiende que las letras d) e i) se refieren a dos reglas distintas de atribución de jurisdicción, si bien ambas tratan del mismo tipo de delitos. Mientras que la letra d) se aplica únicamente cuando se trata de conductas llevadas a cabo en los espacios marinos, la letra i) se refiere a delitos cometidos en espacios distintos de los marinos, a saber espacio aéreo o espacio terrestre, “con miras a su comisión en el territorio español”. Por lo tanto, cuando se trate de delitos cometidos en aguas internacionales se debe aplicar de forma preferente el apartado d), condicionándose a que lo prevean los tratados ratificados por España o los actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea parte. Y por lo que se refiere a la letra p), no se trataría de la posibilidad de ejercer la persecución, sino de la imposición “con carácter obligatorio por un Tratado vigente para España o por otros actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea miembro, en los supuestos y condiciones que se determine en los mismos”. En palabras del Tribunal Supremo:

Ciertamente tales apartados coinciden en el objeto delictivo (drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas), y en su comisión fuera del territorio nacional, pero al establecer el apartado d) una concreción o especificación, constituida por “los espacios marinos”, convierten a esta norma en especial, y, por tanto, de aplicación preferente al apartado i) (que carece de especificación), de modo que, en ningún caso puede exigirse al apartado d) la concurrencia de los requisitos del tal apartado i), que queda circunscrito a espacios extraterritoriales que no constituyan espacios marinos. Dicho de otra forma, el abordaje en alta mar no puede predicarse más que de una conducta producida en el espacio marino internacional, fuera del mar territorial.

La segunda parte de cada una de estas sentencias está dedicada a determinar si existe algún tratado internacional que confiera la posibilidad de atribuir a España la jurisdicción en aguas internacionales para el abordaje, incautación de los buques y enjuiciamiento de los implicados en el tráfico de drogas. El Tribunal Supremo afirma que los tratados aplicables son la Convención de las Naciones Unidas del Derecho del Mar de 1982, la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988, el Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas de 1971 y la Convención Única de 1961, sobre Estupefacientes. El Tribunal señala que los artículos 4 y 17 de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988 otorgan la base jurídica para el ejercicio de la jurisdicción universal por parte de los tribunales españoles en relación con este tipo de delitos. El Tribunal Supremo entiende que el artículo 4. 1. b) ii) de la Convención de 1988 permite ejercer la jurisdicción extraterritorial siempre que se cumplan los requisitos del artículo 17. Este precepto prevé que los Estados parte de la Convención son competentes para llevar a cabo el abordaje, inspección, incautación de sustancias y detención de los tripulantes de cualquier embarcación que enarbole el pabellón de otro Estado, cualquiera que sea el lugar en el que encuentre, “siempre que obtenga la autorización del Estado de abanderamiento del barco”. Igualmente, el artículo 17 de la Convención de 1988 señala que todo Estado que tenga motivos razonables para sospechar que una nave de su pabellón, o que no enarbole ninguno o no lleve matrícula, está siendo utilizada para el

tráfico ilícito, podrá solicitar asistencia de otras Partes a fin de poner término a esa utilización. En palabras del Tribunal Supremo:

(...) en los casos de delitos de tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, cometidos en medios marinos, el apartado d) del art. 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial confiere jurisdicción a las autoridades españolas para el abordaje, inspección, incautación de sustancias y detención de los tripulantes de cualquier embarcación que enarbole el pabellón de otro Estado, siempre que obtenga la autorización del Estado de abanderamiento del barco (artículo 17.3 y 4 de la Convención. Esta competencia supone, lógicamente, la del enjuiciamiento de los imputados en caso de que se trate de buques sin pabellón, o resultando éste ficticio. Cuando se trate de naves con pabellón legítimo la competencia para el enjuiciamiento será la del país de bandera de forma preferente, y solamente de forma subsidiaria la del país que llevó a cabo el abordaje y la inspección.

Es encomiable el esfuerzo realizado por el Tribunal Supremo para interpretar de forma coherente la confusa regulación de la represión del tráfico de drogas en espacios marinos internacionales. La interpretación restrictiva de la Ley Orgánica 1/2014 implicaba vulnerar los compromisos internacionales asumidos por nuestro país en relación con la persecución del tráfico de drogas y conducía a tener que quedarnos impasibles frente a las embarcaciones cargadas de drogas que transitaban por las aguas cercanas a las costas españolas. No era comprensible que la Audiencia Nacional entendiera que la nueva versión de la LOPJ le impedía la persecución de este tipo de delitos en espacios marinos internacionales basándose en una interpretación restrictiva de las previsiones contenidas Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo y de los tratados internacionales celebrados por España y, en particular, de la Convención de Viena de 1988, cuando en el pasado los mismos instrumentos internacionales no fueron un obstáculo. Por ello, si los tratados internacionales han servido de fundamento para el enjuiciamiento de los autores de este tipo de delitos con anterioridad a la reforma, no existen razones lógicas para entender que España no pueda ejercer su jurisdicción tras la reforma.

Juan Santos Vara

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.^a) núm. 1877/2014, de 23 de febrero de 2015. Ponente: D. José Ramón Soriano Soriano.

F.: Aranzadi Digital

Los hechos del caso se refieren al intento de importación de dos contenedores que incluirían droga en su interior, y que fueron interceptados en los puertos de Buenos Aires (Argentina) y Santos (Brasil). Los presuntos responsables plantean ante la Audiencia Nacional una solicitud de artículo de previo pronunciamiento por declinatoria de jurisdicción, al entender que los mismos hechos estaban ya siendo juzgados por el Tribunal Penal Oral Económico de Buenos Aires. La Audiencia Nacional acuerda no

admitir la citada solicitud, y contra dicho Auto se presenta el recurso de casación ante el Tribunal Supremo que aquí comentamos.

Por lo que interesa a las cuestiones relativas al Derecho internacional, el recurrente plantea que, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, al art. 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), es ahora preceptivo que en los delitos recogidos en el citado artículo exista querrela del agraviado o del Ministerio Fiscal (apartado segundo del artículo 23). No obstante, el Tribunal Supremo, siguiendo el criterio de la Audiencia Nacional, entiende que el escrito de calificación provisional del Ministerio Fiscal conlleva el ejercicio de la acción penal, por lo que suple la inexistencia de querrela previa.

El Tribunal Supremo señala asimismo que el recurrente ha empleado un cauce procesal inadecuado para el ejercicio de su pretensión. En efecto, la defensa letrada del interesado había recurrido al artículo 666 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para plantear la declinatoria de jurisdicción. Pero el Tribunal Supremo señala acertadamente que dicho trámite no cubre los supuestos de cesión de jurisdicción a órganos jurisdiccionales extranjeros, sino solamente los conflictos entre órganos jurisdiccionales españoles.

Finalmente, el Tribunal Supremo hace ver que los hechos enjuiciados son competencia de los tribunales españoles no solo sobre la base de la aplicación del principio de justicia universal, sino también con base en el principio de territorialidad del art. 23.1 de la LOPJ. Ello resulta de la configuración típica del delito, que incluye una gran multiplicidad de conductas que permiten “alumbrar de un único origen delictivo (exportación de drogas tóxicas) una pluralidad de concreciones delictivas en el desarrollo de ese proyecto inicial amplio”, que incluiría operaciones en distintos países. Ello permite que se produzca una concurrencia de jurisdicciones, ya que desde que una conducta colme la descripción típica, esta puede enjuiciarse de manera autónoma. La autonomía con el proceso en Argentina se vería confirmada, además, por la diversidad en el número e identidad de los imputados.

Daniel González Herrera

Autodel Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.^a), de 8 de abril de 2015.

Ponente: D. Alberto Jorge Barreiro

F.: Aranzadi Digital

Los hechos tras este auto se centran en el asesinato de un súbdito español, a la sazón diplomático para las Naciones Unidas, dentro del proceso de represión sistemática y eliminación de opositores al régimen militar fruto del golpe de Estado perpetrado en Chile por el general Augusto Pinochet Ugarte, durante la década de los setenta del siglo pasado. Tales hechos dieron lugar en España a un voluminoso sumario (19/1997) del Juzgado de Instrucción n.º 5 de la Audiencia Nacional, iniciado por el titular del mismo en ese momento, Pablo Ruz. Tal sumario condujo al auto de procesamiento de siete ciudadanos chilenos por presuntos delitos de genocidio, asesinato y detención ilegal,

además de los delitos de terrorismo previstos en el Código Penal de 1973, aplicable *rationetemporis*.

Tras las últimas—y polémicas— reformas impulsadas por el Gobierno para limitar la Justicia Universal, el artículo 23 de la LOPJ, mediante Ley Orgánica 1/2014, se ha establecido que sea la Sala 2.^a del Tribunal Supremo la que determinará, en un caso controvertido, si un Estado competente para juzgar determinados delitos contra la Comunidad Internacional (los que figuran en el art. 25.4 de la misma LOPJ) lo está haciendo de manera efectiva, o no. Lo que subyace aquí no es otra cosa que la obligación internacional *autdedereautiudicare*, por la que un Estado debe o bien juzgar o bien extraditar a los culpables de los referidos graves delitos²¹.

Pues bien, el artículo 23.5 de la LOPJ, en su redacción actual, establece un principio de subsidiariedad, según el cual los delitos internacionales a que nos referimos no serán perseguibles en España cuando los mismos estén siendo investigados o juzgados por un Tribunal internacional o por el Estado del lugar en que se hubieren cometido los hechos o en el de la nacionalidad del presunto responsable (en ambos casos, Chile). No obstante, para evitar que el principio *autdedereautiudicare* se convierta en una mera ficción, es necesario que la investigación llevada a cabo en el tercer Estado sea diligente y efectiva, y no una mera apariencia con el objetivo encubierto de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal. Además, como hemos referido, será el Tribunal Supremo (concretamente, su Sala 2.^a) el competente para valorar si el Estado tercero está dispuesto a llevar a cabo la investigación o no puede realmente hacerlo. A tal efecto, dice la ley, el Juez o Tribunal que está conociendo de la causa elevará una exposición razonada. Pues bien, esto es exactamente lo ocurrido en el presente caso. El actual titular del Juzgado de Instrucción n.º 5 de la Audiencia Nacional, José de la Mata, elevó una exposición razonada al Alto Tribunal interesándose que se pronunciara sobre la efectividad de la investigación que ha comenzado en Chile, por parte de su Corte Suprema, que en una resolución de 21 de enero de 2013 se dispuso a desarchivar el proceso por el asesinato del diplomático español. Sobre la base de dicho desarchivo, la Corte Suprema había denegado la extradición solicitada por las autoridades españolas.

En primer lugar, el Tribunal Supremo no pone en duda que estemos ante uno de los casos cubiertos por la jurisdicción universal —lo que queda de ella—. Es evidente que el hecho de que la víctima ostentara la nacionalidad española constituye aún un vínculo de conexión suficiente capaz de promover la acción de la justicia española.

Seguidamente, el Tribunal Supremo se interroga sobre si en este caso la jurisdicción universal ha de quedar desplazada por el principio de subsidiariedad que, según resumíamos *supra*, se contiene en el apartado 5 del art. 23 de la LOPJ. Sobre esa base, el Auto del Tribunal Supremo llega a la conclusión de que la exposición remitida por el Juez de la Mata no puede catalogarse como “razonada”. El Tribunal Supremo concluye que el Juez de Instrucción no hace “ningún análisis” de las diligencias procesales que se

²¹ Cf. *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader* (Belgique c. Sénégal), arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 422

han practicado hasta ahora por las autoridades chilenas, y que tal análisis resulta “imprescindible” para que el Alto Tribunal pueda pronunciarse.

Además, el Tribunal Supremo opina que el Instructor de la Audiencia Nacional duda de la efectiva diligencia de la jurisdicción chilena, ya que de lo contrario se habría limitado pura y simplemente a declinar su competencia jurisdiccional en favor de esta, en virtud del citado principio de subsidiariedad. Siendo esto así, termina el Tribunal Supremo, debe el Instructor

Plasmar y explicar las razones por las que estima que, ante la falta de consistencia y efectividad del proceso penal en trámite en el país en que se perpetraron los hechos, ha de proseguir manteniendo la competencia de la jurisdicción española con arreglo al principio de justicia universal.

Comoquiera que sea, no deja de causar asombro que el Tribunal Supremo español no considere razonada una exposición de 32 páginas que contienen todo el historial de impunidad del asesinato del diplomático español hasta ahora, incluyendo el sobreseimiento y archivo de la causa en no menos de cuatro ocasiones en los últimos 39 años por los tribunales chilenos.

Daniel González Herrera

Autodel Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) núm. 20962/2014, de 20 de abril de 2015. Ponente: D.Manuel Marchena Gómez

F.: Aranzadi Digital

El presente caso versa sobre la investigación por el asesinato de ocho personas, incluyendo varios sacerdotes jesuitas, algunos de las cuales eran nacionales españoles, en la Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas” el 16 de noviembre de 1989²². De acuerdo a las diligencias de investigación practicadas por el Juzgado Central de Instrucción n.º 6 de la Audiencia Nacional, aparecen como presuntos responsables diecinueve militares del ejército salvadoreño, junto al que era a la sazón Ministro de Defensa Nacional de aquel país.

El Salvador desarrolló una investigación y proceso penal a raíz de estos hechos. Sin embargo, varias circunstancias llevan a pensar que el mismo no se desarrolló con todas las garantías de independencia e imparcialidad. En particular, la dilación en la obtención de pruebas claves, la destrucción de las mismas o las injerencias y presiones exteriores tanto sobre el juez como sobre el jurado y los Fiscales del caso son sin duda reveladoras de una total ausencia de un procedimiento equitativo e imparcial. A ello ha de sumarse que las únicas personas que, pese a todo, fueron declaradas culpables, fueron amnistiadas poco después en aplicación de la legislación salvadoreña.

El Tribunal Supremo se refiere en su fundamento jurídico segundo a la modificación operada sobre el artículo 23 de la LOPJ mediante la Ley Orgánica 1/2014, que viene a

²² Vid. *REEI*, n.º 22, 2011.

sumarse a la ya realizada por LO 1/2009, ambas con el objeto de limitar la jurisdicción universal en España.

El apartado quinto de ese art. 23 regula el llamado principio de subsidiariedad. En virtud del mismo, los delitos internacionales a que se refiere el apartado cuarto del mismo artículo no serán perseguibles en España cuando estos estén siendo investigados o juzgados por un Tribunal internacional o por el Estado del lugar en que se hubieren cometido los hechos o en el de la nacionalidad del presunto responsable. No obstante, es necesario que la investigación o enjuiciamiento realizados en ese Estado sea eficaz y diligente, y no debe tratarse de una mera simulación a efectos de sustraer a los culpables de la acción de la justicia. La LOPJ otorga a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo la labor de “valorar” si el Estado que ejerce la jurisdicción no está dispuesto a llevar a cabo la investigación o no puede realmente hacerlo. Tal valoración habrá de hacerse sobre la base de una exposición razonada que elevará el Juez de Instrucción.

El Tribunal Supremo recuerda en este Auto que la labor que la ley le impone es una ponderación semejante a la que el art. 17 del Estatuto de Roma atribuye a la Corte Penal Internacional, que sin duda inspira la actual regulación española.

Además, el Auto reconoce con toda honestidad que semejante valoración “no está exenta de dificultades” que exigen la prudencia del Tribunal, al ser materias sensibles que pueden plantear conflictos desde el punto de vista de las relaciones internacionales para España. Una sinceridad admirable, teniendo en cuenta que, más allá de consideraciones jurídicas, a nadie se le escapa que son esos mismos conflictos los que acechaban tras la progresiva poda que ha sufrido el principio de jurisdicción universal por parte del legislador patrio.

Además el Tribunal Supremo sistematiza el contenido que deberá entrañar la exposición razonada que, conforme al art. 23 de la LOPJ, deberá elevar el Juez Instructor para que la Sala de lo Penal del Alto Tribunal proceda a la valoración del mismo.

Así, indica el Tribunal que la misma deberá poner de manifiesto aquellos indicios específicos que puedan llevar a concluir que el país en el que se cometieron los hechos no está dispuesto o no es capaz de investigarlos o juzgarlos. Dice el Tribunal Supremo:

Tratándose de una exposición razonada debe concluirse que es al órgano remitente al que le compete describir (por eso, es ‘exposición’) los indicios o elementos que permitan entender que la actuación de otro Estado es deficiente; y, además, razonar por qué se llega a tal conclusión (por eso, es exposición ‘razonada’). A continuación, la Sala de lo Penal debe ‘valorar’ (en términos del art. 23 LOPJ) si efectivamente la actuación del Estado es deficiente o no. (FJ 2.º)

A la luz de esas consideraciones, y habida cuenta de las notables anomalías registradas en el proceso en El Salvador, junto al hecho de que los pocos condenados fueran casi inmediatamente amnistiados, llevan al Tribunal Supremo —como no podía ser de otra manera— a concluir que el mismo no solo no garantizó el efectivo castigo de los responsables, sino que pudo tener por objeto sustraerlos de la acción de la justicia.

Ítem más, la Sala de lo Penal se plantea la exigencia, contenida ahora en la LOPJ, art. 23.6, según la cual “los delitos a los que se refieren los apartados 3 y 4 [del artículo 23] solamente serán perseguibles en España previa interposición de querrela por el agraviado o por el Ministerio Fiscal”. Y es que, en este caso, no concurrían ninguna de las dos condiciones. Ello no obsta para que el Tribunal Supremo realice una interpretación flexible, entendiendo que una intervención activa del Ministerio Fiscal puede suplir la falta de querrela inicial:

El entendimiento de este presupuesto procesal no puede subordinarse a una perspectiva exclusivamente formal. Lo verdaderamente relevante en supuestos como el presente, en los que el proceso penal fue incoado cuando aquella exigencia no formaba parte de nuestro sistema, es que el Fiscal, como órgano constitucionalmente llamado a promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, haya expresado con su actuación la inequívoca voluntad institucional de defender el interés social en la investigación y enjuiciamiento del delito imputado”. (FJ 3.º)

Daniel González Herrera

Autodel Juzgado Central de Instrucción n.º 1 de la Audiencia Nacional, Sumario 27/2007, de 9 de junio de 2015. Ponente: D.Santiago J. Pedraz Gómez
F.: CENDOJ

Nos encontramos aquí ante el Auto que cierra definitivamente la dilatada instrucción del conocido como “caso Couso”. Los hechos del caso son de sobra sabidos. Durante la toma de Bagdad por parte del ejército norteamericano, en abril de 2003, resultó muerto el cámara que cubría los acontecimientos para Telecinco, José Couso, cuando fue alcanzado por un proyectil mientras se encontraba junto a otros periodistas alojado en el Hotel Palestina de la capital iraquí. A resultas de aquellos hechos, el Juzgado de Instrucción n.º 1 de la Audiencia Nacional dictó en 2011 un auto de procesamiento contra tres militares de nacionalidad estadounidense.

Más tarde, y como ya hemos referido abundantemente en estas páginas, entró en vigor la Ley Orgánica 1/2014, que reformaba la LOPJ para recortar aún más el principio de jurisdicción universal —que ya había sido convenientemente retocado en 2009—. Tras esa reforma, el art. 23.4 de la LOPJ incluía un requisito de perseguibilidad para los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, cual era que los acusados se encontraran en España. No obstante, el Instructor consideró entonces que tal requisito violaba la letra de la IV Convención de Ginebra de 1949, relativo a la Protección de Personas Civiles en Tiempo de Guerra. En su opinión, dicho tratado, que tiene primacía sobre la legislación interna, imponía la persecución de los responsables sin limitación alguna. Además, la aplicación de la Convención ginebrina tendría soporte legal en el nuevo apartado p) del artículo 23.4 de la LOPJ, que a modo de cláusula de cierre, permite el enjuiciamiento de “[c]ualquier otro delito cuya persecución se imponga con carácter obligatorio por un Tratado vigente para España”.

No obstante, dicha interpretación se ha visto recientemente rechazada por una Sentencia del Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 2015 (“caso Tíbet”), que en su FJ 29 señala:

En consecuencia, y para que quede claro en éste y en otros procedimientos con similar fundamento, conforme a la vigente Ley Orgánica 1/2014, los Tribunales españoles carecen de jurisdicción para investigar y enjuiciar delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado cometidos en el extranjero, salvo en los supuestos en que el procedimiento se dirija contra un español o contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España, o contra un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas. Sin que pueda extenderse dicha jurisdicción ‘in absentia’ (es decir extensiva a personas que en el momento de iniciarse el procedimiento no se encontrasen en el territorio que asumía la jurisdicción) en función de la nacionalidad de la víctima o de cualquier otra circunstancia.

En su fundamentación jurídica, el Magistrado-Juez comienza recordando que, si bien la jurisprudencia de los tribunales carece del valor de fuente del Derecho en el sistema jurídico continental, algunas sentencias sí que tienen un carácter casi asimilable, al poder llegar a convertirse en “doctrina legal”. Esto es —parafraseando a George Orwell—, que siendo todas las sentencias iguales, hay algunas más iguales que otras. Este sería sin duda el caso de la STS de 6 de mayo de 2015 (“para que quede claro en éste y en otros procedimientos con similar fundamento”). Con ella quedaría fijada la interpretación correcta de la nueva redacción del art. 23 LOPJ en conjunción con el artículo 146 de la IV Convención de Ginebra. Lo que la Convención establece con carácter imperativo, por tanto, es que todos los Estados firmantes deben buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, cualquier infracción grave, si se han refugiado u ocultado en su país, y deberán hacerlas comparecer ante los propios Tribunales. Constatado que los imputados no se encuentran en España, procedería el archivo de la causa, para lo que sería competente la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en cuyo favor el Magistrado da por cerrada la instrucción.

El Instructor dedica su segundo fundamento jurídico de su auto a lamentarse amargamente de la actual configuración legal del principio de jurisdicción universal, tal como ha sido interpretado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. El juez reconoce que, salvo en el caso excepcionalísimo de que el culpable de un delito contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado cometidos en el extranjero, los responsables podrán escapar fácilmente de la acción de la justicia:

Ni la búsqueda en España ni en otros países va a ser posible: La nueva norma dictada por el legislador español impide la persecución de cualquier crimen de guerra cometido contra un español, salvo en el difícil supuesto de que los presuntos criminales se hayan refugiado en España. Para buscar o hacer comparecer ante los Tribunales a aquellos hace falta dictar una orden de búsqueda y ésta solo puede acordarse dentro del seno de un procedimiento; procedimiento que nunca existirá, dado que el nuevo apartado 4 del artículo 23 LOPJ impide su incoación (salvo la existencia de ese difícil supuesto). (FJ 2.º)

Es dudoso que una jurisprudencia del Tribunal Supremo pueda superar la labor que le encomienda el art. 1.6 del Código Civil, que no es otra que complementar al ordenamiento jurídico en la interpretación de la ley. Pero como ya se preguntaba Juvenal hace dos mil años, *quiscustodietipsoscustodes?*

Daniel González Herrera

IV. DERECHOS HUMANOS

1. Derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los tribunales

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 16/2015 (Sala Primera), de 16 de febrero de 2015. Ponente: D. Francisco Pérez de los Cobos Orihuel.

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 53/2015 (Sala Primera), de 16 de marzo de 2015. Ponente: D. Francisco Pérez de los Cobos Orihuel.

F.: Aranzadi Digital

Analizamos aquí dos sentencias cuyo supuesto fáctico es sustancialmente idéntico. En la primera, STC 16/2015, de 16 de febrero, la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó una Sentencia de 2 de diciembre de 2010, por la que estimaba parcialmente un recurso de la demandante de amparo contra una resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 14 de septiembre de 2007, anulando la sanción que este último había impuesto. Contra esa resolución presentaron recurso de casación tanto el Abogado del Estado como la propia demandante de amparo. En el escrito, la demandante puso de manifiesto la intención de interponer el recurso, la legitimación de la parte recurrente, el cumplimiento del plazo para la presentación del escrito, el carácter recurrible de la resolución impugnada y la suficiencia de la cuantía para el acceso a la casación, añadiendo que el recurso se fundaría en las letras c y d del art. 881 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA). Por providencia de 9 de mayo de 2011, el Tribunal Supremo resolvió otorgar a las partes un término de diez días para que contestara una posible causa de inadmisión de los recursos de casación, consistente en una defectuosa preparación de los recursos, al no haberse indicado en los escritos de preparación las infracciones normativas o jurisprudenciales que se desarrollarían más tarde en el escrito de interposición. Tanto la demandante de amparo como el Abogado del Estado consideraron cumplido el trámite y pidieron la admisión del recurso de casación interpuesto por cada uno. El Tribunal Supremo, mediante Auto de 22 de septiembre de 2011, inadmitió los recursos de casación de la demandante de amparo y del Abogado del Estado. Contra dicho Auto se interpuso el recurso de amparo cuya resolución aquí analizamos.

La segunda de las sentencias (STC 53/2015, de 16 de marzo) tiene unos antecedentes de hecho muy similares. La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional desestimó un recurso presentado por la demandante de amparo, por Sentencia de 8 de octubre de 2010, contra una Orden del Ministerio de Medio Ambiente de 27 de septiembre de 2007, por la que se aprueba el deslinde de los

bienes de dominio público marítimo-terrestre de un tramo de costa de Cartagena (Murcia). Contra esa sentencia se preparó un recurso de casación, en el que se ponían de manifiesto, en esencia, los mismos motivos que en el caso que hemos referido *supra*. También aquel Tribunal Supremo, por providencia de 28 de octubre de 2011, otorgó diez días para que las partes contestaran a una causa de inadmisión de los recursos, fundada en idénticos motivos a los señalados en el párrafo precedente. La demandante de amparo, al contrario que el Abogado del Estado, solicitó que se admitiera el recurso de casación interpuesto. El Tribunal Supremo dictó el Auto de 9 de febrero de 2012, por el que inadmitió el recurso de casación, y contra el cual la demandante solicitó amparo ante el Tribunal Constitucional.

La denegación del recurso de casación en ambos casos trae causa de un cambio de la doctrina del Tribunal Supremo, consolidada a partir de un Auto de 10 de febrero de 2011 (rec.2927/2010), que incorpora nuevos requisitos al escrito de preparación del recurso de casación respecto a los que la jurisprudencia venía exigiendo sistemáticamente hasta entonces. El artículo 89.1 de la LJCA establece que el escrito de preparación del recurso de casación debe contener “la intención de interponer el recurso, con sucinta exposición de la concurrencia de los requisitos de forma exigidos”. Tales requisitos, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, se circunscribían hasta entonces a la necesidad de hacer constar el carácter susceptible de recurso de la resolución impugnada, la legitimación de la parte recurrente, el cumplimiento del plazo legalmente fijado para la presentación del escrito y la intención de interponer el recurso de casación. Cuando la resolución cuya impugnación se pretendía procediese de los Tribunales Superiores de Justicia, se exigía asimismo la anticipación, en el escrito de preparación, de los motivos que se desarrollarían en la interposición, así como la expresión de las infracciones legales y jurisprudenciales concretamente denunciadas. Este último requisito, no obstante, comenzó a extenderse con carácter general —y no solo cuando la resolución impugnada procediese de los Tribunales Superiores de Justicia— mediante algunas resoluciones de finales de 2009. Esta jurisprudencia fue definitivamente confirmada en el citado ATS de febrero de 2011, de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, que con el declarado objeto de “clarificar” la jurisprudencia anterior, señala que el escrito de preparación del recurso de casación deberá contener, tanto si la resolución impugnada ha sido dictada por un Tribunal Superior de Justicia, cuanto cuando su autor ha sido la Audiencia Nacional,

los concretos preceptos o jurisprudencia que se reputan infringidos o del contenido de las infracciones normativas o jurisprudenciales que se pretenda denunciar y desarrollar en el escrito de interposición del recurso de casación, aunque fuera de forma sucinta.(FJ 2.º de la STC 53/2015)

Los demandantes de amparo alegaban, *inter alia*, una vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva en su dimensión de acceso a los recursos (art. 24 CE), una vulneración de su derecho a la igualdad ante la ley (art. 14 CE) y también la violación del art. 6.1 de Convenio Europeo de Derechos Humanos (derecho a un proceso equitativo), tal como ha sido interpretado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Tales violaciones de sus derechos derivarían de haberseles aplicado, en su opinión, con carácter retroactivo, una jurisprudencia nueva, ya que sus escritos de

preparación del recurso de casación se atenían al contenido del art. 89 LJCA y a la doctrina constante del TS hasta ese momento.

Por lo que interesa a la aplicación del Derecho Internacional, el Tribunal Constitucional ha fundamentado su posición en varias sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En primer lugar, rechaza que se haya producido una vulneración a la tutela judicial efectiva por inexistencia de cobertura legal en la resolución impugnada (FJ 3). Para ello, se remite a las SSTEDH de 19 de diciembre de 1997, caso *Brualla Gómez de la Torre c. España* y de 25 de enero de 2005, caso *Puchol Oliver c. España*. El Tribunal Constitucional recuerda que los jueces de Estrasburgo han dejado sentado que “las condiciones de admisibilidad de un recurso pueden ser más rigurosas que en la apelación”. También se basa nuestro Tribunal Constitucional en los asuntos *Sociedad General de Aguas de Barcelona c. España*, de 25 mayo de 2000; *Llopis Ruiz c. España*, de 7 noviembre de 2003; e *Ipamark c. España*, de 17 febrero de 2004. En estos casos, el TEDH recuerda que corresponde en primer lugar a las autoridades nacionales, principalmente a los jueces y tribunales, interpretar la legislación interna, siempre que tal interpretación no sea arbitraria o irrazonable, o afecte a la equidad del proceso.

El Tribunal Constitucional rechaza asimismo que se haya producido una violación del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a los recursos, por haberse exigido al escrito de preparación del recurso de casación un contenido distinto del que el Tribunal Supremo venía contemplando en la fecha en que fue presentado (FJ 4). Apoyándose en la jurisprudencia de Estrasburgo²³, nuestro Tribunal Constitucional hace constar que el TEDH considera que las exigencias de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima de los justiciables no incluyen ningún derecho adquirido a una determinada jurisprudencia, aunque esta sea constante. Y eso es así porque el TEDH considera, como no podría ser de otra manera, que el desarrollo de la jurisprudencia no es, en sí mismo, contrario a la buena administración de justicia, ya que no mantener un enfoque evolutivo y dinámico de la misma conllevaría un riesgo cierto de evitar cualquier posibilidad de reforma o mejora²⁴.

Ambas Sentencias del Tribunal Constitucional presentan un voto particular que formulan los magistrados Juan Antonio Xiol Ríos y Luis Ignacio Ortega Álvarez.

La posición adoptada por el Tribunal Constitucional es sumamente criticable. Evidentemente, nadie puede poner seriamente en duda que sea posible realizar una evolución jurisprudencial, ya que ese es precisamente el valor que aportan los tribunales a la letra de la ley, haciendo que el texto, en principio inamovible, de las normas, pueda adaptarse a nuevas y cambiantes realidades sociales. No obstante, lo que no puede hacerse es imponer con excesivo rigor una jurisprudencia nueva que se está desarrollando a la par que los recursos a los que debe aplicarse, ya que esto provoca una clara lesión de la seguridad jurídica. Al referirse al asunto *Atanasovski c. la ex República Yugoslava de Macedonia*, el Tribunal Constitucional olvida que, a renglón

²³STEDH de 18 de diciembre de 2008, caso *Unédic c. Francia*

²⁴STEDH de 14 de enero de 2010, caso *Atanasovski c. la ex República Yugoslava de Macedonia*

seguido, el Tribunal de Estrasburgo afirma que, a pesar de la posibilidad de que las sentencias de los tribunales evolucionen, la existencia de una práctica judicial establecida debe ser tomada en cuenta al evaluar el grado de motivación que debe darse en un caso. Además, como estableció el TEDH en el asunto *Del Río Prada c. España*, de 21 de octubre de 2013, si bien refiriéndose a la ley penal, es necesario que la jurisprudencia que se aplique a los justiciables sea previsible para ellos. Es claro que el Tribunal Constitucional debió considerar que, al requerir de manera inflexible requisitos resultantes de una jurisprudencia novísima, cuando los escritos de preparación se acomodaban perfectamente a una práctica judicial completamente consolidada, el Tribunal Supremo había incurrido en una violación del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso al recurso.

Daniel González Herrera

2. Genocidio

Auto del Juzgado Central de Instrucción n.º 5 de la Audiencia Nacional, sumario 1/2005, de 9 de abril de 2014. Ponente: D. Pablo Rafael Ruz Gutiérrez

F.: Aranzadi Digital

El Juzgado Central de Instrucción ha ordenado el auto de procesamiento de once personas acusados de un delito de genocidio en concurso real con varios otros delitos contra las personas. Los hechos del caso se remontan a 1975, fecha de la ocupación del Sahara Occidental —que había sido colonia española, como es bien sabido— por Marruecos, y se habrían mantenido en el tiempo hasta 1991, fecha del alto al fuego entre Marruecos y el Frente Polisario.

El Instructor considera que se dan indicios bastantes para calificar los hechos como constitutivos de un presunto delito de genocidio, tal como se desprenden del Convenio de Naciones Unidas de 9 de diciembre de 1948, para la prevención y sanción del delito de genocidio, como del Código Penal de 1973, que mantuvo la redacción que a ese delito se daba en el Código Penal de 1944 (FJ 2). En primer lugar, considera acreditada la existencia de un sujeto pasivo caracterizado por su etnia o raza, contra el que se ha dirigido un ataque sistemático con la intención de suprimirlo total o parcialmente. El elemento subjetivo de destruir total o parcialmente un grupo determinado de personas por razón de su origen nacional, racial, étnico o religioso también concurriría, ya que las acciones perpetradas por militares o policías marroquíes se dirigían unívocamente contra los saharauis. El elemento objetivo, en fin, también estaría presente, al acreditarse una serie de acciones contra la vida, la dignidad y la libertad de personas exclusivamente motivadas por su etnia o raza. Tales acciones consistirían en asesinatos, traslados forzosos, torturas y condiciones de vida tan lamentables que han llegado a ocasionar la muerte. Además, se estima que el delito de genocidio entra en concurso real con diversos ataques contra la vida, la integridad, la libertad y la indemnidad sexuales, de los que se hace un profuso relato en los antecedentes de hecho del Auto.

El Instructor también se detiene en examinar si concurre el instituto de la prescripción de los hechos constitutivos de delito. Determinando que la norma aplicable es el Código Penal de 1973, que establecía para estos casos una prescripción de 20 años, concluye que dichos delitos no se ven afectados por la prescripción. Esto es así porque el delito de genocidio es un delito permanente, donde los términos de la prescripción no comenzarían a contar hasta que cesa la situación de ilicitud. Aunque, tomando como fecha de referencia el año 1991, la prescripción se hubiera producido en 2011, esta se ha visto interrumpida como consecuencia de la querrela interpuesta en 2006 contra los acusados. Solo ha constatado la prescripción para un funcionario de prisiones acusado de torturas cometidas entre enero y abril de 1977.

En atención a todo ello el Juez de Instrucción ordena la busca y captura de siete de los procesados, cursando órdenes internacionales de detención y posterior extradición contra ellos. Sobre los cuatro restantes se remite a una comisión rogatoria interesada a las autoridades judiciales de Marruecos, para que se dé conocimiento a los procesados del contenido del Auto que aquí tratamos.

Es dudoso aún cuál será el impacto del recorte experimentado por la jurisdicción universal mediante la Ley Orgánica 1/2014. Sin embargo, el Instructor se aferra, para mantener su competencia, a que los hechos se cometieron en un “territorio que a todos los efectos debe tener la consideración de español en el momento de comisión”. Españolas serían también las víctimas en el momento en que el Sáhara Occidental era provincia española, debiendo asumirse además la competencia por parte de las autoridades españolas en la medida en los hechos ocurridos con posterioridad al abandono del territorio resulten conexos con los anteriores. Hasta que la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo diga otra cosa.

Daniel González Herrera

V. ASILO Y APATRIDÍA

1. Derecho de asilo y protección subsidiaria

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), de 23 de febrero de 2015. Recurso de Casación núm. 2944/2014. Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Calvo Rojas.
F.: Aranzadi Digital

La presente sentencia recae en el marco de un recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 17 de julio de 2014 que estimaba parcialmente el recurso contra una Resolución del Ministerio del Interior de 11 de junio de 2013, denegatoria del derecho de asilo. El recurso contra dicha Resolución fue interpuesto por D. Gaspar, natural de Kazajstán, y resultó en la anulación de la resolución por no ser conforme a derecho y en la ordenación de la tramitación de la solicitud de protección internacional. El Sr. Gaspar

había sido escolta y jefe de seguridad del Sr. Mariano, un político opositor al régimen y propietario del Banco BTA, refugiado en el Reino Unido. En mayo de 2009 Gaspar había sido citado por la seguridad de Kazajstán para que testificase contra Mariano, por lo que se reunió con él en Reino Unido, donde reside desde 2009. En 2010 se decreta su busca y captura internacional por delito de estafa y en 2012 por terrorismo en grado de tentativa. Al término de su visado británico, se trasladó a Letonia, posteriormente a Francia y finalmente a España, donde viajaba con un pasaporte moldavo falso, y fue arrestado por la policía en virtud de una orden de busca y captura internacional. Sin embargo, afirma que todas las acusaciones son falsas y que en dichos procesos no se respetaron las debidas garantías procesales.

Ante la solicitud de asilo, el CNI emitió un informe en el cual constaba que Gaspar era el hombre de confianza de un oligarca ruso, Mariano, presuntamente vinculado con delitos relacionados con el terrorismo y el crimen organizado, por lo cual la presencia de Gaspar en España podría suponer un riesgo para la seguridad nacional y procedía la denegación del asilo en virtud del art. 9.a) de la Ley 12/09 así como de la protección subsidiaria en virtud del art. 12 de la misma Ley.

El recurrente alegó en instancia la falta de informe preceptivo de ACNUR y la falta de audiencia al interesado. La sentencia de instancia analizó, entre otras cuestiones si la denegación estaba justificada por la apreciación de peligro para la seguridad nacional y consideró que la causa de denegación invocada carecía de razones fundadas que hicieran viable la denegación de la solicitud de protección internacional presentada por el Sr. Gaspar. Sin embargo, añadió que la consecuencia derivada de la declaración de nulidad no podía llevar al reconocimiento del estatuto de refugiado ya que la aplicación de dicha causa de denegación equivale a una suerte de inadmisión de la solicitud, por lo que se exige que se realice de nuevo la evaluación de la solicitud para poder pronunciarse fundadamente sobre la denegación o reconocimiento del estatuto de refugiado y ordena al Ministerio del Interior que resuelva la solicitud de protección.

En casación, el Sr. Gaspar alegó la incongruencia omisiva al no fallar la sala sobre el fondo del asunto, así como la vulneración de diversos artículos de la Ley 12/2009, los arts. 10.2, 15 y 17 CE, 33 de la Convención de Ginebra, 2 y 3 del CEDH, art. 3 de la Convención de 1984 contra la Tortura y otros Tratos y Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, y los arts. 6 y 7 PIDCP al negarse injustificadamente a entrar en el fondo del asunto y reconocer al recurrente el derecho de asilo o la protección subsidiaria.

El TS considera injustificada la interpretación de la sala puesto que en virtud de lo dispuesto en el art. 9.a) de la Ley 12/2009 resulta claro que la circunstancia de constituir un peligro para la seguridad de España es una causa de “denegación” del asilo, y no una causa de inadmisión de la solicitud, como se desprende, asimismo, de la parte dispositiva de la resolución administrativa impugnada. Por lo tanto, “la devolución de lo actuado a la Administración únicamente estaría justificada cuando el pronunciamiento del órgano jurisdiccional sobre la solicitud de asilo estuviese materialmente impedido por la carencia de algún trámite indispensable o por la falta de los elementos de juicio necesarios para el enjuiciamiento del fondo” (FJ 4º).

En este sentido, el TS tiene en consideración el hecho de que el relato de persecución es perfectamente congruente y detallado, y acertadamente añade que “no se precisa una prueba plena y acabada acerca del temor fundado a padecer persecución, siendo suficiente con la existencia de indicios razonables de tal persecución” (FJ 5º), que quedaron acreditados en los diversos informes emitidos por distintas organizaciones (Amnistía Internacional y Human RightsWatch entre otras) sobre la situación de Kazajstán y del Sr. Mariano y Sr. Gaspar en particular. Además, considera el TS que resulta altamente significativo que tanto el Sr. Mariano como diversas personas a él vinculadas “hayan obtenido asilo político en diferentes Estados miembros de la Unión Europea”, no existiendo ningún indicio de que la situación del Sr. Gaspar sea diferente.

Añade además el TS:

En fin, las razones que llevamos expuestas, conducentes todas ellas al reconocimiento del derecho de asilo, no pueden considerarse interferidas ni, desde luego, desvirtuadas por el hecho de que la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional concediese la extradición pasiva del Sr. Gaspar mediante auto, pues ya la sentencia recurrida -cuyo criterio compartimos en este punto- cita la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH de 7 de julio de 1989 (TEDH 1989, 13) , caso Soering c. R.U. no 1/1989/161 /217) que alude al distinto plano en que juegan la extradición, de una parte, y el derecho de asilo, de otra, de suerte que éste no puede quedar postergado o condicionado por la previa adopción de una decisión favorable a la extradición, que en cuanto a los hechos y valoraciones no es prejudicial con respecto a la que deba adoptarse en el litigio referido al reconocimiento del derecho de asilo (FJ 5º).

Por ello, el TS casa la sentencia en cuanto ordena la devolución de lo actuado y considera en su lugar que debe reconocerse al Sr. Gaspar el derecho a la protección solicitada. Pese a que el TS no se apoya en las disposiciones internacionales anteriormente citadas, el pronunciamiento debe ser bienvenido en tanto en cuanto recoge la jurisprudencia *Soering* del TEDH y se remite al reconocimiento del estatuto de refugiado en diferentes Estados miembros de la UE a otros solicitantes en una situación análoga al Sr. Gaspar.

Precisamente con relación a la jurisprudencia *Soering* y a la causa de denegación por motivos de seguridad nacional la Audiencia Nacional ya había sido criticada, no solo en la sentencia de instancia sino en otros asuntos tales como la Sentencia de 3 de octubre de 2013, que será recordada por muchos por su relevancia mediática y refrendada por el Tribunal Supremo.²⁵ En dicho asunto se apreciaba una confusión por parte de la Audiencia Nacional entre las causas de exclusión establecidas en el art. 1.F de la Convención de Ginebra y las excepciones al principio de *non-refoulement* del art. 33.2 de la misma fundada en la citada Ley 12/2009, apartándose claramente de la jurisprudencia del TJUE que establecía en *SalahadinAbdulla* la necesidad de interpretar

²⁵Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) de 3 de octubre de 2013; “Interior retirará el asilo a un pakistaní que ataca al Islam”, *El País*, 8.12.2012, disponible en http://politica.elpais.com/politica/2012/12/07/actualidad/1354914849_135028.html (consultado por última vez el 05.06.2015)

las disposiciones de la Directiva con observancia de la Convención de Ginebra, que constituye “la piedra angular del régimen jurídico internacional de refugiados”²⁶.

Ante esta situación, la sentencia del TS que hoy nos ocupa es particularmente bienvenida en cuanto acoge la jurisprudencia del TEDH y parece mostrarse más receptiva con el régimen jurídico internacional en materia de asilo. Pese a que no las cite expresamente en su razonamiento, podríamos estar ante un mayor aperturismo del TS con relación al asilo.

Soledad R. Sánchez-Tabernero

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), de 17 de abril de 2015. Recurso de Casación núm. 3055/2014. Ponente: Excmo. Sr. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat.

F.: Aranzadi Digital

En contraposición con la sentencia anteriormente comentada, la presente sentencia constituye un ejemplo de mala aplicación por parte del TS de las categorías de asilo y protección subsidiaria, en línea con su jurisprudencia criticada anteriormente, especialmente en lo relativo al Derecho de la Unión. El presente asunto versa sobre un recurso de casación interpuesto por Don Celestino, nacional de Costa de Marfil, que había solicitado el derecho a la protección subsidiaria, que le había sido denegada por resolución de la Subdirección General de Asilo del Ministerio del Interior y posterior sentencia desestimatoria de la AN.

La Sala de instancia basaba el cambio de situación con relación a un informe que consta en el expediente administrativo del recurrente y que incide sobre la evolución de la situación en Costa de Marfil a partir de 2012, cuando se produce una nueva realidad histórica y se reanuda el estudio de las solicitudes por ser necesario revisar “los automatismos de los criterios de ACNUR entre 2003 y 2007” que instaban a la no devolución, entendiendo que a partir de 2012 ya no era posible confirmar el riesgo creíble de persecución a partir del simple criterio del lugar de residencia. Sobre esta base, dicho informe considera que el recurrente no tenía perfil que permitiera pensar en que pudiera ser perseguido y tampoco quedaba comprendido en ninguno de los perfiles potenciales de persecución. El recurso se fundamenta en un único motivo de casación por el cual se aduce que procede declarar contraria a derecho la resolución y se le conceda la protección subsidiaria en cuanto la Sala de instancia considera que el citado informe es suficiente para entender motivada la decisión del Ministro del Interior de denegar el derecho a la protección subsidiaria.

El TS considera injustificado el recurso puesto que considera que la resolución del Ministro del Interior se fundamentó “de forma razonada en la valoración de las circunstancias personales del solicitante de protección subsidiaria que, en consonancia con el Informe del Instructor, que tiende al marco de directrices que establece ACNUR

²⁶STJUE, C-175/08, C-178/08 y C-179/08, *SalahadinAbdulla y otros*, de 2 de marzo de 2010.

de 15 de junio de 2012” determina la improcedencia sobre la base de los arts. 4 y 10 de la Ley 12/2009.

Aduciendo además la jurisprudencia previa de la Sala y la jurisprudencia del TJUE en el asunto *SallahinAbdulla* en la cual distingue entre los dos regímenes de protección internacional consistentes en asilo y autorización de permanencia por razones humanitarias, cuya diferente caracterización se pone de relieve por la diferente perspectiva de examen y valoración de las circunstancias concurrentes en cada caso.

Así, el TS considera que en los casos de solicitudes de asilo:

adquiere una relevancia primordial la valoración del relato personal de persecución expuesto por el solicitante de asilo, pues según jurisprudencia constante las situaciones de guerra civil o de conflicto interno generalizado en el país de origen del solicitante no dan lugar a la concesión de la condición de refugiadosi no van acompañadas del temor fundado a sufrir persecución personal por alguno de aquellos motivos. (FJ 2º)

Sin embargo, añade que:

Cuando se trata, por el contrario, de valorar la autorización de permanencia en España por razones humanitarias, no se requiere la constatación de una persecución individual (que en caso de acreditarse suficientemente daría lugar sin más a la concesión del asilo), sino que cobra más relieve el análisis del conflicto social y del modo en que éste afecta a la persona inmersa en él, que puede ser acreditado a través de la información detallada sobre la evolución del país de origen, que permitirá aportar datos idóneos para valorar la posible aplicación de la situación de los «conflictos o disturbios graves de carácter político, étnico o religioso» a que se refiere la Sentencia de esta Sala de 8 de julio de 2011 , (RC 1587/2010) en referencia al artículo 17.2 (FJ 2º).

En virtud de dichas consideraciones, el TS descarta que la sentencia de instancia haya infringido la normativa reguladora del derecho a la protección subsidiaria prevista en los arts. 4 y 10 de la Ley 12/2009, puesto que se ha comprobado que se ha tenido en cuenta “la inexistencia de riesgo de sufrir persecución por razones de índole política si retorna a Costa de Marfil, debiendo poner de relieve que lo trascendente [...] es impedir que el solicitante de protección internacional se enfrente a un riesgo real de sufrir algunos de los daños graves previstos en el artículo 10 del mencionado texto legal”.

Este pronunciamiento merece nuestra crítica, en primer lugar, por su parca fundamentación, pues no parece en absoluto claro que, como considera el TS se haya tenido en cuenta la inexistencia de riesgo de sufrir persecución puesto que dicha consideración se basa en el Informe del Instructor cuya validez el propio recurrente cuestiona. En segundo lugar, señala el TS los diferentes regímenes de protección internacional establecidos en la UE y como sus ámbitos de protección no deben equipararse. Sin embargo, este es el único aspecto en el que el TS repara en la jurisprudencia de Luxemburgo y en la interpretación del régimen de la protección subsidiaria.

Así pues, el TJUE ha establecido en su jurisprudencia en asuntos tales como *Elgafaji*²⁷, con relación al art. 15.c) de la Directiva 2008/83/CE, que la existencia de amenazas graves e individuales contra la vida o la integridad física del solicitante de protección subsidiaria no está supeditada al requisito de que se aporte prueba de que el afectado en particular es objeto de persecución en particular, sino que es suficiente con que por la gravedad del grado de violencia indiscriminada que caracteriza el conflicto armado – según la apreciación de las autoridades nacionales que resuelvan sobre la solicitud de protección - existan motivos fundados de que un civil expulsado a dicho país, “por el mero hecho de su presencia en el territorio de éstos”, se enfrentaría a un riesgo real de sufrir las amenazas graves a las que se refiere el art. 15.c)²⁸. Sin embargo, la misma sentencia señala que esta apreciación es válida únicamente para el art. 15.c) de la Directiva, pero no para los apartados a) y b) del mismo artículo, que “cubren situaciones en las que el solicitante de la protección subsidiaria está expuesto específicamente al riesgo de un daño de un tipo especial”²⁹.

Es cierto que la situación en Costa de Marfil se ha estabilizado tras la crisis de los años 2010 y 2011 con la toma del poder de las fuerzas republicanas de Ouattara, el presidente legítimo salido de las elecciones de 2010, tras la detención del anterior presidente Laurent Gbabo, que se negaba a abandonar el poder. De hecho, el mandato de la ONUCI se ha ido modificando en sucesivas resoluciones del Consejo de Seguridad ante las recomendaciones del Secretario General de Naciones Unidas³⁰. Sin embargo, dicha modificación no exime de un análisis individualizado de la situación del afectado. De hecho, considerar únicamente la situación de conflicto en la que se encuentra el país, recogida en el art. 15.c) de la Directiva 2004/83/CE, supondría dejar sin efecto los apartados a) y b) de dicho artículo. Así, en nuestra opinión el TS erra en considerar que no se requiere la constatación de una persecución individual, lo que le lleva a negar la posibilidad de un análisis individualizado de la situación del afectado, considerando que no se cumple el requisito del art. 15.c) de la Directiva, pero sin examinar los posibles riesgos a los que podría enfrentarse el solicitante con relación a los apartados a) y b) de dicho artículo.

Soledad R. Sánchez-Tabernero

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª) núm. 157/214, de 23 de diciembre de 2014. Ponente: D.ª Trinidad Cabrera Lidueña.

F.: Aranzadi Digital

El caso que ahora analizamos trae causa de una solicitud de protección internacional que fue formulada por un nacional argelino el 16 de septiembre de 2013, y que fue denegada por Resolución del Subsecretario de Interior, por delegación del Ministro del

²⁷ STJUE C-465/07, *Elgafaji*, sentencia de 17 de febrero de 2009.

²⁸ *Ibid.*, párrafo 35.

²⁹ *Ibid.*, párrafo 32.

³⁰ *Vid.* Resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas 2062(2012), 2112 (2013) y 2162 (2013).

interior, el 6 de febrero de 2014. El solicitante había acumulado una deuda con su Estado de origen que no podía pagar, con riesgo de ser encarcelado, razón que le movió a salir de Argelia. Contra la Resolución citada, interpuso recurso contencioso-administrativo, cuya resolución examinamos.

El primero de los motivos de impugnación alegados sería la infracción del procedimiento legalmente establecido, por no haber estado el solicitante asistido de letrado durante el proceso de formulación de la solicitud de protección internacional, lo que en su opinión habría producido indefensión (FJ 1). Después de reproducir el tenor literal de varios artículos (16.1 y 2, 17 y 18.1) de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, la Audiencia Nacional concluye que no ha lugar a la alegada vulneración. En efecto, la sentencia recuerda que la Administración cumplió con el deber de información de derechos, obligaciones y asistencias solicitadas, señalando que tras ello el interesado no requirió asistencia letrada. La sentencia añade que, tal como establece el artículo 16.2 *in fine*, la asistencia jurídica es únicamente preceptiva cuando la solicitudes son presentadas en puestos fronterizos, lo que no es el caso.

En el segundo fundamento jurídico, la Audiencia Nacional entra a valorar el fondo del asunto. Así, recuerda que el derecho de asilo se contiene en el artículo 13.4 de la Constitución Española, que se desarrolla en la citada Ley 12/2009, en el Derecho interno; mientras que, como es bien sabido, en el ámbito internacional se trata de una cuestión regulada por la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y su Protocolo, suscrito en Nueva York en 1967. En virtud de estos últimos instrumentos, existe una lista *numerus clausus* de las razones por las que se puede conceder la protección internacional, cuando existan fundados temores de persecución por “motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas”.

A estas razones añade la legislación española el “género” y la “orientación sexual”, este último como manifestación concreta de la amplia “pertenencia a determinado grupo social”, y en línea con la jurisprudencia europea en la materia. No debe olvidarse que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha determinado que “los homosexuales que solicitan asilo pueden constituir un grupo social específico que es objeto de persecución por motivo de su orientación sexual”³¹.

En el fundamento jurídico cuarto queda sentado que, en el marco anteriormente descrito, el recurrente no alega ninguna de las causas que la normativa aplicable contempla como objeto de protección internacional. Las penalidades económicas alegadas por el solicitante no pueden ser, como acertadamente aduce la Audiencia Nacional, satisfechas a través del cauce elegido, cuya *ratio* es completamente distinta.

³¹STJUE en los asuntos acumulados C-199/12, C-200/12 y C-201/12, X, Y, Z c. *MinistervoorImmigratie en Asiel*, de 7 de noviembre de 2013.

Seguidamente, el Tribunal sentenciador analiza si el presente caso puede encauzarse a través de la permanencia en España por razones humanitarias, en el sentido previsto en el Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de aplicación de la ley de asilo, modificado por el Real Decreto 2393/2004 (FJ 5). En la citada norma se permite a una persona la permanencia en el territorio nacional a quienes se hayan visto obligados a abandonar su país a causa de conflictos o disturbios graves de carácter político, étnico o religioso, pero que no cumplan las condiciones establecidas en el Convenio de Ginebra y en el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados para acogerse a la protección internacional. La sentencia afirma correctamente que las razones humanitarias no se refieren a cualquier razón humanitaria concebible, sino que debe estar necesariamente vinculada a un riesgo real de desprotección con ocasión de conflictos o disturbios graves por las razones citadas. En ese sentido, añade:

“Las razones humanitarias, según los términos establecidos en la Ley, aun cuando se interprete la expresión ampliamente, deben ser suficientemente precisas en relación con la situación personal del interesado y la situación del país de origen o procedencia, pues no atienden a razones de humanitarismo imprecisas o genéricas” (FJ 5.º)

Sobre la base de todas las consideraciones precedentes, la Audiencia Nacional desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto, condenando en costas al recurrente.

Daniel González Herrera

2. Apatridía

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª) núm. 243/2013, de 16 de octubre de 2014. Ponente: D.ª Felisa Atienza Rodríguez.

F.: Aranzadi Digital

El caso se refiere a una solicitante de origen saharauí, que había pedido que se le reconociera el estatuto de apátrida; petición que había sido denegada por silencio administrativo del Ministerio del Interior. Contra esa resolución presunta interpuso la solicitante el recurso contencioso-administrativo cuya resolución analizamos.

La interesada manifestaba haber nacido en el Sahara en 1980, y haber residido durante treinta años en los campos de refugiados saharauís en Tinduf (Argelia). Alegaba asimismo no ostentar nacionalidad alguna y, en especial, no tener ni la nacionalidad marroquí, ni la argelina ni la española. Si bien sus padres y abuelos nacieron en la llamada Provincia del Sahara, esta circunstancia no le permite alcanzar la nacionalidad española a causa de las normas que regularon el proceso de descolonización del Sahara. La solicitante aportó al procedimiento cuantiosos documentos, entre los que destacan un pasaporte argelino y una tarjeta de identidad saharauí. El Abogado del Estado se opuso a la estimación del recurso, *inter alia*, porque en el citado pasaporte la solicitante figura

como nacida en Argel y por no haber presentado un certificado de la Misión de las Naciones Unidas para el Referéndum del Sáhara Occidental (MINURSO) que acreditara su procedencia de los campos de Tinduf (FJ 2).

El fundamento jurídico tercero de la sentencia analiza en detalle la normativa nacional e internacional aplicable a la situación de apatridia. En particular, se hace referencia a la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, como queda reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre. Igualmente se cita el Real Decreto 865/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Reconocimiento del Estatuto de Apátrida. En el ámbito del Derecho internacional, la cuestión está regulada por la Convención sobre el Estatuto de Apátrida, hecha en Nueva York el 28 de septiembre de 1954, vigente para España desde que se adhirió a ella por instrumento de 24 de abril de 1997.

El cuarto fundamento jurídico, por su parte, se extiende en una abundante y consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la cuestión de los apátridas de origen saharauí. Así, la STS de 22 de diciembre de 2008 señala que, tras el cambio introducido por la Ley Orgánica 8/2000, y a diferencia de lo que ocurría con la legislación original, no se establece ya un sistema potestativo, sino imperativo, al señalar la norma que el Ministerio del Interior “reconocerá” —frente al “podrá reconocer” inicial— la condición de apátrida a quienes manifiesten carecer de nacionalidad. No obstante, sigue siendo necesario, en plena consonancia con la Convención de Nueva York (art. 1.1), que la persona solicitante “no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación” (art 1.1 del Real Decreto 865/2001). Se hace eco también esta sentencia de una profusa jurisprudencia³² referida a la denegación del estatuto de apátrida a causa de que el solicitante hubiera recibido ya la protección del MINURSO y la concesión de un pasaporte argelino. El Tribunal Supremo había considerado ambas razones manifiestamente insuficientes. En primer lugar, porque la concesión del pasaporte argelino no implicaba la atribución de la nacionalidad de ese país. En efecto, Argelia se limitaba a “una mera actuación de documentación de un indocumentado con la expresa finalidad humanitaria de poder desplazarse”. La nacionalidad, como recuerda nuestro Alto Tribunal,

*es el vínculo jurídico entre una persona y un Estado, según se establece en la legislación del Estado, y comprende derechos políticos, económicos, sociales y de otra índole, así como las responsabilidades del Estado y del individuo; más todo ello, como venimos señalando, en el marco de una relación de voluntariedad y mutua aceptación*³³.

Podríamos conectar esta afirmación con la clásica definición de nacionalidad aportada por el Tribunal Internacional de Justicia en su sentencia de 6 de abril de 1955 en el *asunto Nottebohm* (Liechtenstein c. Guatemala), en virtud de la cual esta es

³²Cf., por todas, la STS de 19 de diciembre de 2008.

³³STS de 19 de diciembre de 2008, FJ 3.º.

un vínculo jurídico que tiene su base en un hecho social de vinculación, una solidaridad efectiva de existencia, de intereses, de sentimientos, junto a una reciprocidad de derechos y de deberes.

En lo relativo a la protección de los saharauis por la MINURSO, tras recordar que esta Misión tiene competencias muy específicas, señala que entre ellas no se encuentra la de otorgar a los saharauis la protección y asistencia que la Convención de Nueva York requiere para excluirlos del reconocimiento del estatuto de apátridas. Ello ha de ponerse en conexión con el art. 1.2.i de la Convención de Nueva York, que recoge una excepción en cuya virtud no podrán beneficiarse del estatuto de apatridia quienes reciban actualmente “protección o asistencia de un órgano u organismo de las Naciones Unidas distinto del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, mientras estén recibiendo tal protección o asistencia”. Como vemos, la jurisprudencia española considera, correctamente a nuestro modo de ver, que la MINURSO no puede entenderse incluida en esa excepción, por razón de sus particulares objetivos, tendentes, en lo esencial, a la organización de un referéndum para determinar el estatuto final del Sahara Occidental.

La sentencia de la Audiencia Nacional, en fin, y tras constatar de la Embajada de Argelia que el citado Estado no considera nacional suyo a la recurrente, entiende cumplido el requisito por el cual queda acreditada la ausencia de nacionalidad (FJ 5º), por lo que estima el recurso y reconoce la condición de apátrida a la solicitante (FJ 6º).

Daniel González Herrera