

CRÓNICA SOBRE LA APLICACIÓN JUDICIAL DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO EN ESPAÑA (ENERO-JUNIO DE 2013)

Asier Garrido Muñoz*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. PERSONALIDAD JURÍDICA INTERNACIONAL. III. DERECHO DE LOS TRATADOS. IV. DERECHO DEL MAR. V. JURISDICCIÓN UNIVERSAL DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES. ARTÍCULO 23.4 DE LA LOPJ. VI. DERECHOS HUMANOS. ARTÍCULO 10.2 CE. VII. ASILO Y EXTRADICIÓN. VIII. RELACIONES CONSULARES

I. INTRODUCCIÓN

La presente crónica comprende la jurisprudencia de los Tribunales españoles dictada entre el 1 de enero y el 5 de junio de 2013. La variedad de temas escogidos es mayor que en otras ocasiones al haberse pronunciado algún fallo que abarca materias inhabituales ante el juez nacional, lo cual se sitúa, por un lado, en la línea general de elevada utilización del Derecho internacional público que caracteriza a nuestra jurisprudencia.

Podemos comenzar destacando la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 31/2013, de 11 de febrero de 2013, analizada en el epígrafe “personalidad jurídica internacional”. No es frecuente que un recurso de amparo presentado ante el Alto Tribunal plantee cuestiones relativas al estatus jurídico-internacional de una entidad regional que ejerce funciones paraestatales, como es el caso en relación a Hong Kong. Ahora bien, como tendremos la ocasión de exponer, a nuestro juicio el TC responde adecuadamente a una problemática de complejas dimensiones que planteaba interrogantes de nada fácil solución.

En materia de Derecho de los tratados, la sentencia núm. 40/2012 de la Audiencia Provincial de Madrid ofrece una interesante discusión –en este caso, de fácil solución– relativa a la interpretación de la Convención de Montreal de 1999 para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional. La decisión merece comentario no sólo por el uso de las reglas interpretativas del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados, sino también por la manera en que se acomete la relación entre la Convención de Montreal y su predecesor, el Convenio de Varsovia de 1929.

* Profesor Ayudante, Área de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales (Universidad de Salamanca). La presente crónica se ha elaborado en el marco del proyecto de investigación europeo 10-ERP-028: *International law through the national prism: the impact of judicial dialogue*.

Por su parte, el Derecho del Mar suele entrar ocasionalmente en escena en el contexto de esta crónica. Aquí evaluaremos cómo el Tribunal Constitucional descarta la noción *ius internacional* de “Estado archipelágico” del art. 46 de la Convención de Montego Bay sobre Derecho del mar a la delimitación competencial entre el Estado y la Comunidad Autónoma de Canarias. Y es que la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 8/2013 (Pleno), de 17 de enero de 2013, concluye que la referida definición es totalmente ajena a los problemas territoriales internos, rechazando así el planteamiento canario cuyo objetivo era vincular ciertas facultades ejecutivas ejercidas sobre el mar territorial canario al ámbito competencial de la Comunidad.

La aplicación por el juez español del principio de jurisdicción universal ha ofrecido en estos últimos seis meses menos pronunciamientos de lo que suele ser habitual. Estudiaremos aquí únicamente la sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional núm. 9/2013, de 4 de abril de 2013, relativa a uno de esos delitos competencia de la Audiencia que no constituyen *como tales* crímenes internacionales regulados por tratado alguno de derecho penal internacional: la mutilación genital femenina. En ella se plantearán sugerentes interrogantes relativos a cómo el desconocimiento por la acusada - una mujer de origen senegalés- respecto de la prohibición de esta práctica en España puede ser incardinada en las causas de exoneración de responsabilidad del nuestro Código Penal.

El artículo 10.2 CE sigue ocupando un lugar central en esta crónica. Aquí sí, el material jurisprudencial es abundante, por lo que se ofrece una selección de aquellos pronunciamientos que hemos estimado más relevantes. Se abarcan, pues, las siguientes materias: persecución de crímenes internacionales cometidos durante la guerra civil, la aplicación de la *Doctrina Parot* antes de que la Gran Sala del TEDH resuelva el asunto *Del Río Prada c. España*, la interpretación del art. 10.2 y el control de legalidad del Derecho europeo por el juez español, dos casos relacionados con el derecho a la libertad religiosa (uno de ellos, planteando una problemática inédita ante el Tribunal Supremo como la de la prohibición del *burka* en lugares públicos), así como otros dos asuntos relacionados, respectivamente, con la no discriminación de parejas de hecho en pensiones de viudedad y la protección de los menores en procesos relativos al delito de abuso sexual.

Para terminar, se toma nota de un Auto de la Audiencia Provincial de Madrid que explica una serie de principios relativos a las funciones notariales de los miembros de las Oficinas consulares (art. 5 Convenio de Viena sobre relaciones consulares de 1963) relativa al derecho consular. Y por último, aunque no por ello menos importante, se exponen tres sentencias de la AN en materia de asilo y extradición. Una de ellas, el Auto de la Audiencia Nacional 8/2013, reviste un particular interés al situar al juez español en la tesitura de resolver una solicitud de extradición rusa dirigida contra un nacional ruso acusado de crímenes aparentemente políticos, y al que en 2010 Finlandia había reconocido el estatuto de refugiado. La respuesta de la AN evidenciará una positiva actitud proteccionista, basada en el Derecho internacional de los derechos humanos y la pertenencia de España a un espacio común europeo en materia de asilo.

En definitiva, esperamos que la crónica de jurisprudencia española en materia de Derecho internacional público que aquí presentamos interese al lector no tanto por la cantidad de pronunciamientos abordados, sino por las indudables novedades que aportan algunos de ellos. Lo cual es aún más importante.

II. PERSONALIDAD JURÍDICA INTERNACIONAL

Extradición pasiva de un ciudadano a la Región Administrativa Especial de Hong-Kong. Tutela judicial efectiva

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 31/2013 (Sala Segunda), de 11 de febrero de 2013. Ponente: D. Ramón Rodríguez Arribas. *RTC\2013\31*

F.: Aranzadi (Westlaw)

Tal y como reconoce el mismo TC, la sentencia que comentamos plantea una problemática inédita en sede constitucional. Ciertamente, bien podría haber sido presentada bajo un epígrafe dedicado a “extranjería”, sin embargo, entendemos que la singularidad del caso reside en la influencia que el estatus jurídico-internacional de la Región Especial Administrativa de Hong Kong planteó a efectos de su resolución.

El demandante de amparo, de nacionalidad portuguesa, fue detenido en territorio español el 8 de noviembre de 2010, a consecuencia de una orden internacional de detención emitida por las autoridades de la citada Región. El Juzgado Central de Instrucción núm. 5 dio audiencia al reclamado, que se opuso a su entrega. El 24 de febrero de 2011 dictó Auto elevando el expediente a la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. El demandante de amparo presentó escrito de alegaciones en el que manifestaba que la solicitud de extradición no contaba con el respaldo de ningún Estado parte (requirente) como establece la Ley 4/1985 de extradición pasiva¹. Recordemos que la citada Ley se refiere constantemente al “Estado requirente” (arts. 1, 3.2, 4.3, 4.6 y 7, 5.2, 7.1.c), 9.5, 10, 14.1, 15.1, 19.1 y 2, 22) y a la representación diplomática “del país” que formula la solicitud de extradición (arts. 2 y 18.2). Sin embargo, la Audiencia Nacional, mediante Auto de 26 de mayo de 2011, acordó acceder a la solicitud de extradición por hechos constitutivos de robo y estafa según la legislación del lugar de comisión. La Sala asumió que la extradición solicitada se regía por la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción de 31 de octubre de 2003, firmada y ratificada por España y la República Popular de China, mientras que el Convenio de Naciones Unidas contra la corrupción dispone en su art. 44.8 que “la extradición estará sujeta a las condiciones previstas en el derecho interno del Estado parte requerido o en los tratados de extradición aplicables...”.

En recurso de súplica el Pleno de la Sala de lo Penal asumió que Hong Kong era un “casi Estado, al que la comunidad internacional le viene reconociendo, de facto, facultades sólo posibles a los auténticos Estados”, al disponer de una “amplísima

¹BOEnúm. 73, de 26 de marzo de 1985, pp. 7842-7845.

autonomía otorgada por la República Popular de China para entablar relaciones internacionales”. Luego de un sucinto repaso a algunos hitos del proceso descolonizador del territorio, subraya el Pleno que su Derecho constitucional (formado por la Declaración Chino-Británica de 1984 y su Ley Básica de 1997) le faculta expresamente, por un lado, a establecer acuerdos con otros estados para la asistencia judicial mutua; y por otro, a mantener, por sí mismo, relaciones exteriores con otros Estados y a concluir tratados utilizando la denominación “Hong Kong China” (art. 151 de la Ley Básica). Por todo ello entendió la AN que las autoridades competentes de Hong Kong estaban autorizadas para solicitar al Estado español la extradición, ya se entendiera que intervenían como parte del Estado chino, ya que lo hicieran en el ejercicio de sus facultades de actuar autónomamente en el ámbito internacional. En el primer caso la norma jurídica aplicable sería la Convenio bilateral de extradición hispano-chino², acompañado de las normas específicas invocadas (el Convenio de las Naciones Unidas contra la corrupción y la Ley de extradición pasiva). En el segundo caso, y a falta de convenio de extradición específico, la cobertura legal vendría dada por el Convenio de las Naciones Unidas contra la corrupción, cuyo art. 44 habilita la extradición a los delitos tipificados en la misma.

El Tribunal Constitucional optó por la solución contraria, concediendo el amparo al recurrente. La discusión se articuló en torno a los arts. 24.1 CE (tutela judicial efectiva), 13.3 CE (principio de legalidad extradicional) y 25.1 CE (legalidad). El TC comenzó recordando que las decisiones de la AN son revisables desde la óptica del canon reforzado de constitucionalidad de la tutela judicial efectiva en relación con otros derechos fundamentales, lo cual implica analizar que la resolución impugnada esté motivada (aplicándose un deber de motivación más riguroso) y que no sea arbitraria. La aplicación de esta doctrina al caso concreto sería cuestionada en Voto particular por el Magistrado Pablo Pérez-Tremps, que negó que la constitucional fuera la sede adecuada para acometer una revisión en profundidad de las decisiones de la AN.

Para el TC, el hecho de que la comunidad internacional le viniera reconociendo a Hong Kong facultades sólo posibles en los auténticos Estados no era compatible con el principio *nullatraditio sine lege*. Dedujo el Alto Tribunal que los arts. 12 y 13 de la Ley Básica de Hong Kong³, por un lado; y el art. 96, por otro⁴, sólo pueden llevar a una conclusión: que

²BOE núm. 75, de 28 de marzo de 2007, pp. 13402-13405.

³ Disponible en http://www.basiclaw.gov.hk/en/basiclawtext/chapter_2.html, visitado por última vez el 8 de junio de 2013. La versión inglesa de ambas disposiciones determina lo siguiente:

Article 12. The Hong Kong Special Administrative Region shall be a local administrative region of the People's Republic of China, which shall enjoy a high degree of autonomy and come directly under the Central People's Government.

Article 13. The Central People's Government shall be responsible for the foreign affairs relating to the Hong Kong Special Administrative Region. The Ministry of Foreign Affairs of the People's Republic of China shall establish an office in Hong Kong to deal with foreign affairs. The Central People's Government authorizes the Hong Kong Special Administrative Region to conduct relevant external affairs on its own in accordance with this Law.

“para solicitar la extradición de cualquier persona, la Región Administrativa de Hong Kong necesita bien de la autorización del Gobierno Popular Central de la República Popular China, o bien la existencia de un tratado internacional, cuya celebración presupone el previo consentimiento de China. Dicha autorización no puede suplirse en virtud de razonamientos que apelan bien a reconocimientos de facto por la “comunidad internacional”, bien a que el “Estado español” reconozca a Hong Kong la “facultad de establecer directamente relaciones extradicionales” (...)” (FJ nº 5).

Añadió a ello que es incompatible con la garantía institucional básica del proceso extradicional que se sustente la decisión en la Ley de extradición pasiva, porque esta es un “acto de soberanía en relación con otros Estados” que “confiere la posición de parte a los Estados (...) ciertamente la exigencia de asistencia o autorización del Gobierno Popular Central de China para acuerdos con Estados extranjeros (art. 96 de la Ley básica) priva a Hong Kong de soberanía, cualidad inherente al propio concepto de Estado” (FJ nº 6).

Finalmente, apuntó *ad abundantiam* la declaración efectuada por la Autoridad de Hong Kong en relación con este caso, y que por su carácter ilustrativo conviene transcribir aquí en su integridad:

“La República Popular de China y el Reino de España tienen suscrito un Tratado de extradición del año 2005. Este tratado no es aplicable a Hong Kong en virtud del principio “un país, dos sistemas”. En su lugar el Gobierno Popular de China ha autorizado al Gobierno de Hong Kong a que comience negociaciones con el Gobierno de España para un acuerdo bilateral formalizado entre Hong Kong y el Reino de España para la entrega de fugitivos criminalmente perseguidos conforme al artículo 96 de la Ley básica. De esta forma, la petición de entrega (...) no fue formalizada con base a un acuerdo bilateral entre los dos territorios. Tampoco fue hecha en base al Tratado Bilateral de Extradición existente entre la República Popular de China y el Reino de España, por no ser de aplicación a Hong Kong, según quedó expuesto anteriormente”

Téngase en cuenta, además, que en fecha de 11 de octubre de 2012 (es decir, durante la evacuación del proceso constitucional) la oficina del Comisionado del Ministerio de Asuntos Exteriores chino confirmaría la exigencia previa de autorización de la República Popular de China para que Hong Kong pueda instar un procedimiento de extradición.

Los argumentos del TC presentan cierta ambigüedad desde la óptica jurídico-internacional, si bien resultan comprensibles dada la dificultad de clasificar a Hong Kong en las categorías clásicas descriptivas de la personalidad jurídica internacional. En efecto, la necesidad de autorización china para la celebración de Tratados internacionales en materia de extradición –art. 96 de la Ley básica- no empece la *para estatalidad* de Hong Kong cuando celebra un tratado internacional de extradición, en la medida en que éste se convierte en un sujeto parte del mismo. De acuerdo con una opinión autorizada, las obligaciones contraídas son obligaciones de Hong Kong, y *en*

⁴Article 96. With the assistance or authorization of the Central People's Government, the Government of the Hong Kong Special Administrative Region may make appropriate arrangements with foreign states for reciprocal juridical assistance.

esta medida es Hong Kong una persona jurídica internacional⁵. Esta personalidad es *plena* en el caso de los numerosos acuerdos sobre servicios aéreos celebrados por la Región, donde se prevé el acceso directo a la negociación y el arbitraje internacional sin necesidad de autorización china. Sin embargo, no es baladí contrastar que los acuerdos bilaterales en materia de cooperación judicial dejan la solución de controversias en manos de los “canales diplomáticos” adecuados cuando no hay acuerdo entre “las autoridades centrales”⁶, lo que no aclara gran cosa sobre la *inmediatez* del acceso por parte de Hong Kong a dichos medios, y por ende, de la *plenitud* de su personalidad (inmediatez apuntada por no pocos autores como la prueba de fuego de la subjetividad internacional⁷).

Se podría argumentar que la firma de un eventual acuerdo bilateral con Hong Kong no terminará de encajar del todo con la interpretación formalista propuesta por el TC para la Ley de Extradición pasiva, en el sentido de que sólo los Estados pueden participar del proceso extradicional en tanto que sujetos soberanos de Derecho internacional. De hecho, el futuro acuerdo supondría precisamente lo contrario: esquivar el filtro chino para permitir la solicitud directa por las autoridades de la Región Especial. La obvia objeción a este planteamiento es que detrás de cada futura solicitud de extradición por parte de la autoridad pertinente de Hong Kong se encontraría la autorización China de celebrar un tratado internacional que así lo prevea, tratado que especificaría las conductas sometidas a extradición y las condiciones de entrega. La AN intentó evitar las dificultades derivadas del lento cauce de la negociación diplomática, interpretando extensivamente el artículo 7 de la Ley de Extradición Pasiva (procedimiento de solicitud de extradición), pero las mismas autoridades chinas, en la citada comunicación de octubre de 2012 –es decir, con posterioridad a la sentencia de la AN– se encargarían de descartar dicha posibilidad al exigir autorización para toda solicitud de extradición. Menos posible aún es que el Convenio de Naciones Unidas contra la corrupción constituya una base jurídica suficiente para habilitar una extradición sin la participación de las autoridades centrales.

III. DERECHO DE LOS TRATADOS

1. Responsabilidad de una compañía aérea por pérdida de equipaje: interpretación de los Convenios relevantes.

Sentencia núm. 40/2012 de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª), de 8 de febrero de 2013. Ponente: Ilmo. Sr. D. Pedro Gómez Sánchez. *JUR*2013\97581
F.: Aranzadi (*Westlaw*)

⁵CRAWFORD, J.: *The creation of States in International Law*, 2nd Ed., OUP, 2006, p. 250.

⁶*Vid.* la lista de 117 convenios bilaterales celebrados por Hong Kong en la base de datos *UN Treaty Collection* (<http://treaties.un.org>).

⁷*Cfr.* portodos DISTEFANO, G.: «Observations éparées sur les caractères de la personnalité juridique internationale», *AFDI*, Vol. LIII, 2007, pp. 105-128 y las numerosas referencias allí incluidas.

En fecha de 10 de noviembre de 2006 se presentó demanda contra la compañía aérea Spanair, solicitando indemnización civil por la pérdida del equipaje de un particular en un vuelo que tuvo lugar el 12 de agosto de 2004. En primera instancia se desestimó la acción, en aplicación del art. 35 de la Convención de Montreal (CM) para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional. Bajo el título “plazo para las acciones”, la disposición afirma lo siguiente:

- 1. El derecho a indemnización se extinguirá si no se inicia una acción dentro del plazo de dos años, contados a partir de la fecha de llegada a destino o la del día en que la aeronave debería haber llegado o la de la detención del transporte.*
- 2. La forma de calcular ese plazo se determinará por la ley del tribunal que conoce el caso.*

El afectado recurrió la sentencia ante la Audiencia Provincial de Madrid. En su argumentación expuso que el art. 35 CM impone un plazo de prescripción, y no de caducidad. Para ello se apoyó no sólo en una determinada interpretación de este artículo, sino también en el predecesor de la citada disposición, el art. 29 de la Convenio de Varsovia de 19 de octubre de 1929 (CV), según el cual

- (1) La acción de responsabilidad deberá intentarse, bajo pena de caducidad, dentro del plazo de dos años, a partir de la llegada a su destino o del día en que la aeronave hubiere debido llegar o de la detención del transporte.*
- (2) La forma de efectuar el cálculo del plazo se determinará por la ley del Tribunal que entiende en el asunto.*

Fue sobre todo la desaparición del término “caducidad” en el art. 35 CM, así como la remisión a la “ley del tribunal” que conoce del caso para el cálculo del plazo, lo que motivó la argumentación del recurrente.

En realidad, la AP ya había resuelto la problemática en sentencia anterior (aunque el documento no ofrece la referencia del pronunciamiento), por lo que bastó con transcribir la exhaustiva argumentación de la misma. En ella es posible apreciar cómo el juez español se refiere a los arts. 31, 32 y 33.3-4 del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados (CVDT), para determinar, por un lado, cuáles son las reglas aplicables a la interpretación de tratados; y por otro, cómo resolver las posibles divergencias idiomáticas (en el contexto concreto se manejaron las versiones inglesa y española). La AP tiene en cuenta cómo el nuevo art. 35 CM, en su versión española, se ha adaptado a la versión inglesa, evitando las divergencias existentes entre ambas en el precepto equivalente de la antigua CV. Junto a ello, no duda en citar abundante jurisprudencia – principalmente, de tribunales estadounidenses, aunque también del TJUE⁸ - que acredita

⁸ Lamentablemente, la AP sólo se refiere a una sentencia de 6 de mayo de 2006 que nos ha resultado imposible localizar en el buscador del Tribunal de Justicia. Podemos intuir que en realidad se trate de la sentencia *International Air Transport Association* (C-344/04, de 10 de enero de 2006), pero no podemos afirmarlo con seguridad. En todo caso, la AP hizo bien en no abundar en la argumentación de la compañía aérea relativa a la sentencia *Clickair* (*Walz c. Clickair*, C-63/09, de 6 de mayo de 2010), cuya problemática de fondo es bien diferente. Y es que no es necesario acudir al TJUE para afirmar que la Convención de Montreal debe ser interpretada a la luz de las reglas del CVDT... Sobre esta última decisión, *vid.* ARMENGOL FERRER. F.: “Sobre las consecuencias de la aplicación ultra vires de la

la interpretación propuesta, es decir, la que sostiene que no hay prescripción sino caducidad en el art. 35 CM, y por ende, la interrupción del cómputo del plazo de dos años no es posible en ningún caso.

Dos puntualizaciones son posibles a la discusión acometida por la AP. En primer lugar, no se concreta el método de interpretación elegido. A nuestro entender, los criterios hermenéuticos seguidos se corresponden con la interpretación literal (al escudriñarse las diferencias idiomáticas siguiendo “el sentido corriente de los términos” en cada una de las versiones), la teleológica (al subrayarse que el objetivo último de la CM es evitar las divergencias interpretativas entre los diferentes sistemas procesales nacionales) y la sistémica, a la que vendremos enseguida. Por otro lado, la referencia a la abundante práctica jurisprudencial se acerca más a “la práctica seguida ulteriormente en la interpretación del tratado” *ex art. 31.3.b*), aunque no se ajuste del todo al no quedar claro que dicha práctica manifieste “el *acuerdo de las partes* en la interpretación del tratado” en el sentido de esta disposición.

En segundo lugar, la interpretación del art. 35 CM a la luz del art. 29 CV se hubiera beneficiado de una referencia al art. 30 CVDT (tratados sucesivos sobre la misma materia), dado que el art. 55 CM dispone la prevalencia del Convenio de 1999 respecto de la Convención de Varsovia de 1929. Ciertamente, el art. 55 CM no se ajusta exactamente a la solución ofrecida por el art. 30.2 CVT (tratado que indica su subordinación a otro), pero sí que puede ser reconducido al supuesto recogido por los arts. 30.3 y 30.4 CVDT (tratados posteriores cuando las partes no son exactamente coincidentes)⁹. La AP parece incluso apuntar a esta disposición al afirmar que “la entrada en vigor del Convenio de Montreal de 1999 no suprime el sistema derivado del Convenio de Varsovia de 1929, aunque la ratificación del primero por los principales países que participan en la aviación comercial dará lugar a su práctica desaparición”, pero un reenvío expreso no habría estado de más. Ahora bien, si lo que se deseaba era subrayar que la ratificación de la CM por todos los Estados partes en la CV supondrá la terminación ésta, entonces la referencia debe ser el art. 59.1.a) CVDT (terminación de un tratado por celebración de otro posterior del que se desprende que las partes desean que la materia se rija por el último).

interpretación prejudicial del TJUE sobre el Convenio de Montreal”, *RGDE*, Vol. 26, 2010, <http://www.iustel.com/v2/revistas>).

⁹ Ciertamente es que en el caso concreto no había tanto una relación clara “entre las partes” (porque el vuelo era de carácter exclusivamente nacional, y por lo tanto, la situación no tenía un componente transnacional). En otras palabras, la pérdida de equipaje de un vuelo Madrid-Ibiza no entra en la definición de “transporte aéreo internacional” exigido por el art. 1 CM para que ésta sea aplicada. Ahora bien, si se opta por aplicar la Convención al caso, entendemos que se debe hacer con todas las consecuencias. Sobre el art. 30 CVDT, *vid.* las contribuciones de A. J. RODRIGO HERNÁNDEZ, P. A. SÁEZ DE SANTAMARÍA Y J. CARDONA LLORÉNS en RODRIGO HERNÁNDEZ, A. J.; GARCÍA, C. (Eds.): *Unidad y pluralismo en el Derecho Internacional Público y en la Comunidad Internacional. Coloquio en homenaje a Oriol Casanovas*, Tecnos, Madrid, 2011.

IV. DERECHO DEL MAR

1. Noción de “Estado archipelágico” en Derecho internacional: no aplicable a la división interna de competencias entre el Estado y Canarias

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 8/2013 (Pleno), de 17 de enero de 2013.

Ponente: Doña Encarnación Roca Trías. *RTC 2013/8*

F.: Aranzadi (Westlaw)

En abril de 2008 se planteó por parte del gobierno canario un recurso de inconstitucionalidad contra el artículo único apartado primero de la Ley 12/2007, de 2 de julio, por la que se modifica la Ley 34/1998, del sector de hidrocarburos, con el fin de adaptarla a la Directiva 2003/55/CE sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural, y en virtud de la cual se modificó el apartado *b)* del art. 3.2 de la Ley mencionada. La discrepancia se fundamentaba en los términos de redacción del artículo único de la Ley 12/2007.

La disposición cuestionada afirmaba que:

2. Corresponde a la Administración General del Estado, en los términos establecidos en la presente Ley: b) Otorgar autorizaciones de exploración, permisos de investigación y concesiones de explotación en las zonas de subsuelo marino a que se refiere el Título II de la presente Ley[es decir, aquellas en las que existe un elemento de extraterritorialidad, que por lo tanto exceden del ámbito de una Comunidad autónoma]. Asimismo, otorgar las autorizaciones de exploración y permisos de investigación cuando su ámbito comprenda a la vez zonas terrestres y del subsuelo marino

La disputa se articuló en torno a la extensión del territorio canario y las competencias del Estado sobre éste, en la medida en que Canarias entendía que, de acuerdo con la nueva redacción del art. 3.2.*b)*, el otorgamiento de autorizaciones de explotación y permisos de investigación es una competencia ejecutiva que corresponde a la Comunidad autónoma. Se trataba, pues, de determinar si el mar territorial forma parte del territorio de esta comunidad. Si así fuere, la competencia del Estado *ex* Ley 34/2007 no podría alcanzar ni el subsuelo marino que también forma parte de su territorio ni los espacios que afecten conjuntamente a su zona terrestre y su subsuelo marino.

Para ello argumentó (sin negar la competencia estatal sobre régimen minero y energético) que el Estado debía tener en cuenta el elemento de insularidad canaria para no asumir la competencia sobre las citadas actividades administrativas en el espacio en cuestión, dado que la atribución del Estado no encuentra cobertura en la titularidad del Estado sobre el principio general de dominio público marítimo terrestre. Con el fin de apoyar el recurso, acudió al sentido etimológico del término archipiélago y a su definición tanto en el ordenamiento jurídico español como el internacional (artículo 46.*b)* de la Convención de Montego Bay).

De acuerdo con el Gobierno y el Ministerio Fiscal, la definición del Derecho internacional se adoptó a efectos del mencionado convenio, y en concreto, para definir

los Estados archipelágicos. Obviamente ése no es el caso de las islas Canarias, territorio insular perteneciente a un Estado que no lo es. Para ello citaron ambos un informe del Consejo de Estado 2/2005, que explica cómo la Convención de Montego Bay terminó rechazando la aspiración de los Estados mixtos de dar a los archipiélagos dependientes de los Estados el mismo trato que a los Estados archipelágicos.

El TC desestimó el recurso por razones obvias. Desde la perspectiva del Derecho internacional, podemos destacar la respuesta aportada al argumento canario basado en la definición propuesta por el art. 46 de la Convención de Montego Bay. Así, en primer lugar, se aceptaron las alegaciones del Gobierno y Ministerio Fiscal relativas a la exclusividad de la noción de “archipiélago” a efectos de la Convención, añadiendo que

“debemos descartar la utilización de un concepto propio del Derecho internacional en un ámbito absolutamente ajeno al mismo como es, en definitiva, la distribución de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas” (FJ nº 7).

Y en segundo lugar, el Alto Tribunal explicó que

“no es posible aplicar para la interpretación del Estatuto canario la Convención de Derecho del Mar y la definición contenida en su art. 46, que la propia Convención distingue claramente entre territorio y otros espacios sobre los que los Estados ejercen soberanía, siendo así que las aguas, aunque sean archipelágicas, no forman parte del territorio. La soberanía del Estado ribereño –dice el art. 2– se extiende más allá de su territorio y de sus aguas interiores y, en el caso del Estado archipelágico, de sus aguas archipelágicas, a la franja de mar adyacente designada con el nombre de mar territorial” (ibid).

Es comprensible el intento canario de acudir al Derecho internacional para extender sus competencias ejecutivas sobre el mar territorial adyacente, pero la respuesta del TC no lo es menos. Y es que la distribución de competencias dentro de un Estado descentralizado nada tiene que ver con la delimitación internacional de espacios, sean estos marítimos o terrestres.

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

1. Mutilación genital femenina cometida en Senegal. Error vencible

Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 9/2013 (Sala de lo Penal, Sección Segunda), de 4 de abril de 2013. Ponente: Excm. Sra. Carmen Paloma González Pastor. *ARP\2013\240*
F.: Aranzadi (Westlaw)

En agosto de 2010, durante una inspección rutinaria llevada a cabo en un centro sanitario catalán, fue descubierta la extirpación de clítoris a una niña senegalesa. Tanto madre como hija acababan de llegar a España después de que el padre obtuviera el permiso de reagrupación familiar tras diez años de residencia en la citada Comunidad

autónoma. Los padres reaccionaron con naturalidad, llegando la madre incluso a reconocer ante el enfermero que en su momento había sido objeto de la misma operación, habitual en las zonas rurales de Senegal.

En agosto de 2010 el Juzgado de Instrucción nº 3 de Mataró incoó diligencias por un aparente delito de lesiones por mutilación genital regulado en el art. 149.2 CP. El procedimiento terminó siendo remitido a la Audiencia Nacional. Durante la investigación judicial la madre terminaría cambiando su actitud ante la ablación genital, afirmando tanto que desconocía el autor de la operación como su profundo pesar hacia ella.

La relevancia iusinternacional del asunto radica en el fundamento de la jurisdicción universal de los Tribunales españoles sobre el delito de mutilación genital *ex art. 23.4 LOPJ*, tras la reforma operada por la Ley 3/2005, de 8 de julio. Y es que al no constituir dicha conducta delito en el país de origen, la Audiencia Nacional debió indagar en la dificultad que para la acusada suponía conocer que los hechos constituían un delito en la legislación española.

Como era inevitable, la AN huyó de relativismos culturales alejados del sentido de la jurisdicción universal española sobre la mutilación genital femenina. Bastaba a este respecto con relevar las raíces de la Ley de extranjería 4/2000, de 11 de enero, así como de la citada Ley 3/2005, que se sitúan en el Derecho internacional de los derechos humanos. En efecto, como recuerda la AN, el art. 3.2 de aquella estipula que

“Las normas relativas a los derechos fundamentales de los extranjeros serán interpretadas de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias vigentes en España, sin que pueda alegarse la profesión de creencias religiosas o convicciones ideológicas o culturales de signodiverso para justificar la realización de actos o conductas contrarios a las mismas”

Por otro lado, la Exposición de Motivos de ésta prevé que

“El hecho de que las mutilaciones sexuales sean una práctica tradicional en algunos países de los que son originarios los inmigrantes en los países de la Unión Europea no puede considerarse una justificación para no prevenir, perseguir y castigar semejante vulneración de los derechos humanos. La Convención de las Naciones Unidas para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, en su artículo 2.f prevé que los Estados parte adopten medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan una discriminación contra las mujeres”.

Se ha de anotar que la mutilación genital femenina es una conducta no proscrita *como tal* –es decir, en tanto que conducta aislada, al margen de su inclusión en el tipo de otros *delicta iuris gentium* como los crímenes de lesa humanidad¹⁰ o la tortura- por tratado universal alguno de Derecho internacional penal. Todo lo más –y no es poco- existe un

¹⁰*Vid. art. 7.g) del Estatuto de Roma sobre la Corte Penal Internacional: “Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable”.*

amplio abanico de recomendaciones, guías directrices y declaraciones relativas a esta práctica procedentes de diferentes órganos de control y otros organismos internacionales¹¹, que en 2003 tuvieron un importante eco vinculante en el Protocolo de Maputo a la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, dedicado a los derechos de la mujer en África (en el que, por cierto, Senegal es parte desde el 30 de enero de 2005¹²). Así, en su versión inglesa, el artículo 5 dispone que

“States Parties shall prohibit and condemn all forms of harmful practices which negatively affect the human rights of women and which are contrary to recognised international standards. States Parties shall take all necessary legislative and other measures to eliminate such practices, including:

b) prohibition, through legislative measures backed by sanctions, of all forms of female genital mutilation, scarification, medicalisation and para-medicalisation of female genital mutilation and all other practices in order to eradicate them”.

Ahora bien, si parece claro que el Derecho internacional de los derechos humanos en materia de discriminación de la mujer y derechos de los niños aporta un apoyo sólido a la opción legislativa del juez español en materia de jurisdicción universal, la AN tuvo en cuenta el factor de ignorancia de la procesada respecto de la legislación penal española en materia de mutilación genital femenina, al disminuir su responsabilidad por la existencia de un error *vencible* en el sentido del art. 14 del CP. *Vencible* porque, habiendo residido su marido diez años en España, debió ser asesorada por su marido al respecto de la punibilidad de la conducta antes de exponer a la menor al riesgo de ser objeto de ella. Será interesante evaluar en el futuro en qué medida esta jurisprudencia es aplicada por la AN a otros casos en los cuales ninguno de los progenitores haya residido previamente en España. En este sentido, factores como la posible membresía del Estado de origen respecto del Protocolo de Maputo deberían ser considerados por el juez español.

VI. DERECHOS HUMANOS. ARTÍCULO 10.2. CE

1. Crímenes de lesa humanidad cometidos durante la guerra civil española por la aviación italiana

Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 10ª), de 22 de enero de 2013. Ponente: desconocido. ARP\2103\20

F.: Aranzadi (Westlaw)

Meses después de la sentencia del Tribunal Supremo 101/2012 en el conocido asunto *Garzón-Memoria Histórica* (de la que ya se ha dado cuenta en esta y otras crónicas¹³),

¹¹ Para una completa, lista, *vid.* <http://www.endvawnow.org/en/articles/645-sources-of-international-human-rights-law-on-female-genital-mutilation.html>

¹² <http://www.achpr.org/instruments/women-protocol/ratification/>, consultado el 9 de junio de 2013.

¹³ GARRIDO MUÑOZ, A.; LASO PÉREZ, J.; SANTOS VARA, J. (*REEI* núm. 23, pp. 18 y ss.); así como el comentario de QUESADA ALCALÁ en la Crónica de jurisprudencia en materia de Derecho internacional público de la *REDI*, Vol. LXIV, núm. 2, 2012. *Vid.* también, recientemente, SALSENCHI LINARES, S.:

la AP reabre la causa relativa a los bombardeos italianos sobre la ciudad de Barcelona en marzo de 1938, volviendo en parte a los argumentos ya desestimados por el Tribunal Supremo.

En efecto, subráyese de inicio que se califican los bombardeos italianos como crímenes de lesa humanidad acudiendo al derecho consuetudinario existente en el momento, tal y como la AP lo deduce de varias disposiciones de los Convenios de La Haya (1899 y 1907) que prohíben los ataques contra la población civil, así como de la conocida cláusula Martens, que en la traducción ofrecida por la AP, afirma que

“Hasta que un Código más completo de las Leyes de guerra se emita, las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno declarar que, en los casos no incluidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, las poblaciones y los beligerantes quedan bajo la protección y el imperio de los principios del derecho internacional, tal y como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de humanidad y las exigencias de la conciencia pública”.

Se añaden referencias, entre otros, al Estatuto del Tribunal de Núremberg y la jurisprudencia del TEDH, principalmente las sentencias *Kolk* y *Kislylyy* la más reciente *Janowiec y otros c. Rusia*¹⁴, y a la aplicación directa del Derecho internacional recogida en los arts. 7 y 65 de la Constitución republicana de 1932.

La argumentación seguida por la AP es bastante farragosa, y en la mayoría de sus vertientes no aporta novedades. Cierto, defiende con lógica que la Ley de Amnistía no es aplicable al caso concreto, al tratarse de querellas interpuestas contra altos mandos militares italianos (cuyo fallecimiento deberá en todo caso comprobarse a fin de determinar la extinción de la acción penal); también explica que la querella no adolece del problema competencial que se presentara en su momento ante el Juzgado de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional (es decir, la necesidad de vincular los delitos cometidos por las autoridades franquistas con el elenco de crímenes del art. 65 LOPJ que son competencia de la AN¹⁵). Y aunque no lo discute de manera expresa, los crímenes cometidos se encuentran claramente vinculados a un conflicto armado interno *internacionalizado*, lo que *prima facie* permite ajustarnos al tipo penal de crímenes contra la humanidad considerado en los juicios de Núremberg¹⁶.

Sin embargo, la gran dificultad jurídica de fondo sigue siendo la misma: la posibilidad para un juez español de conocer de crímenes que no se encontraban tipificados en el Código penal español de 1932. En este punto la AP revisa la jurisprudencia del TS y considera que el derecho penal consuetudinario de la época formaba parte del ordenamiento español, por lo que “los crímenes contra la Humanidad previstos en la

“Francoism facing justice: enforced disappearances before Spanish Courts”, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 11, núm. 2, 2013, pp. 463-483.

¹⁴ Sentencia de 16 de abril de 2012, núm. 55508/07 y 29520/09.

¹⁵ Recordemos en este sentido que el Auto de 16 de octubre de 2008 del Juez Garzón vinculaba las desapariciones forzadas cometidas por el franquismo a un delito contra los altos organismos de la Nación y forma de gobierno (art. 65.1.a) LOPJ).

¹⁶ Contrariamente, otra vez, a lo que sucedió en el asunto *Garzón – Memoria Histórica*.

Convención internacional de La Haya de 18 de octubre de 1907” no constitución “acciones permitidas por el derecho interno”. Esta posibilidad, recordémoslo, fue expresamente rechazada por el Supremo en términos bastante claros.

Ello no significa que ningún aspecto jurídico del pronunciamiento merezca ser comentado. Y es que la gran novedad del caso radica en el manejo de la más reciente jurisprudencia del TEDH, no tanto de *Kolk y Kislyly c. Estonia*¹⁷, sino sobre todo de la importante sentencia de Sala del TEDH en *Janowiec y otros c. Rusia*.

En efecto, en esta última el Tribunal aplicó el test subsidiario, excepcional (y discrecional) de la “necesidad de asegurar que las garantías y los valores del Convenio sean protegidos de manera real y efectiva”, para declarar su competencia *ratione temporis* sobre la investigación y reparación por las autoridades rusas de la masacre del bosque de Katyin que tuvo lugar en 1940 (cometida por el Ejército Rojo), al estimar que este criterio permite al Tribunal conocer de hechos aunque no gocen de vínculo alguno de conexión con la entrada en vigor del CEDH. Pendiente de recurso ante la Gran Sala, la sentencia fue dictada poco después de que la demanda *Gutiérrez Dorado y Dorado Ortiz c. España* fuera desestimada, al entenderse que la desaparición forzada de un político español a principios de la guerra civil excedía la competencia *ratione temporis* del TEDH¹⁸. A primera vista, pues, podría haber contradicción entre ambas decisiones. De todas formas, está por verse lo que finalmente determina la Gran Sala sobre este caso, y sus posibles consecuencias –si las hubiere– sobre la investigación judicial de crímenes cometidos durante la guerra civil española.

2. *Nullum crimen sine lege* derecho a la libertad personal: legalidad de la “doctrina Parot”.

Auto del Tribunal Constitucional (Sala Segunda), de 28 de enero de 2013. Ponente: desconocido. *JUR\2013\56368*

F.: Aranzadi (Westlaw)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 8 de febrero de 2013. Ponente: Excmo. Sr. Manuel Marchena Gómez. *RJ 2013\2320*

F.: Aranzadi (Westlaw)

¹⁷En su momento nos mostramos contrarios al uso que el Tribunal Supremo había realizado de esta sentencia, al operar una interpretación tergiversada de los términos del razonamiento del Tribunal de Estrasburgo. Aquí, por el contrario, la AP efectúa una interpretación más acorde con el sentido de aquel fallo. Y es que la participación de Rusia en la redacción de los principios de Núremberg no exige que todo crimen internacional cometido durante la Segunda guerra mundial (o antes) deba haberse producido, para no violar el art. 7 CEDH (*nullum crimen sine lege*) en caso de ser enjuiciado por un tribunal nacional, que el Estado que lo considera fuera miembro de las Naciones Unidas en ese momento, para así salvar el requisito de “accesibilidad” del principio de legalidad.

¹⁸ Decisión de inadmisibilidad de 27 de marzo de 2012, núm. 30141/09. Comentarios muy críticos en CHINCHÓN, J.: “El Tratamiento judicial de los Crímenes de la Guerra Civil y el Franquismo. Una Visión de Conjunto desde el Derecho Internacional”, *Cuadernos de Deusto de Derechos Humanos*, 2012, p. 130 ss.

Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera), de 11 de febrero de 2013.

Ponente: Don Fernando Valdés Dal-Ré. *RTC 2013\28*

F.: Aranzadi (Westlaw)

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª), de 21 de febrero de 2013. Ponente: Excmo. Sr. Juan Saavedra Cruz. *RJ\2013\2028*

F.: Aranzadi (Westlaw)

Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera), de 11 de marzo de 2013.

Ponente: Don Fernando Valdés Dal-Ré. *RTC 2013\54*

F.: Aranzadi (Westlaw)

Auto de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección Primero, Servicio Común de Ejecutoria), de 17 de mayo de 2013. Ponente: desconocido

Dábamnos cuenta en una crónica anterior de los primeros pronunciamientos judiciales posteriores a la sentencia *Del Río Prada c. España* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, condenatoria de España al considerar que la “doctrina Parot” viola los artículos 7 y 5.1 CEDH (*nullum crimen sine lege* libertad y seguridad personales)¹⁹.

Salvo una, todas las decisiones presentadas abundan en los argumentos que en su momento justificaran la modificación del mecanismo de redención de penas por beneficios penitenciarios, bien desde la óptica de la casación penal, bien desde la del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (con la reiteración, en el caso de la sentencia de 8 de febrero, de un Voto particular formulado por el Magistrado Joaquín Jiménez García, en su momento discrepante con la inicial STS 197/2006). Igualmente, insisten en el carácter provisional de la citada decisión del TEDH. A este respecto el Auto de 28 de enero de 2013 es el que mejor refleja la posición del juez español respecto de la liberación inmediata de las personas beneficiadas por la sentencia de Estrasburgo:

“no resulta procedente la puesta cautelar en libertad del recurrente por implicar una perturbación grave de un interés constitucionalmente protegido (...) se trata del cumplimiento de penas graves cuyo límite se ha establecido en treinta años y su concesión supondría la puesta en libertad del recurrente (...) sin que la circunstancia sobrevenida de la sentencia estimatoria dictada por el TEDH en el asunto Del Río Prada contra España (...) altere el juicio de ponderación de intereses”.

La excepción es el Auto de la Audiencia Nacional de 17 de mayo de 2013. La decisión supone el primer cambio en la línea jurisprudencial defendida unánimemente por el juez

¹⁹ Sobre esta decisión y sus consecuencias procesales para el ordenamiento jurídico español, *vid.* ALCÁCER GUIRAO, R.: “La “doctrina Parot” ante Estrasburgo: *Del Río Prada c. España* (STEDH 10.7.2012. N° 42750/09). Consideraciones sobre la aplicación retroactiva de la jurisprudencia y la ejecución de sentencias del TEDH”, *RDCE*, núm. 43, septiembre/diciembre 2012, pp. 929-952. Sobre la ejecución de las sentencias del TEDH, véase entre otros muchos, FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A.: “Naturaleza jurídica de las sentencias del TEDH y del TJCE”, en GARCÍA ROCA, J./*Idem* (Coords.): *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, CEPC, Madrid, 2010, pp. 171 ss.; así como el *Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho Europeo en el ordenamiento español*, 14 de febrero de 2008, E 1/2007, especialmente pp. 306 ss.

español desde la STS 197/2006 e inadmite sus planteamientos desde una doble óptica: lesión del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes (art. 24.1 CE), lesión del derecho a la libertad personal (art. 17.1 CE, con referencia a la STEDH de 10 de julio de 2003 en el asunto *Grava c. Italia*). En lo que concierne a la primera, el Pleno de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal argumenta, en relación con el cambio de criterio de cómputo de beneficios penitenciarios seguido por el TS desde 2006 que

“(…) los cambios de criterio jurisprudencial no pueden poner en cuestión la firmeza de la resolución anterior, ni justificar el desconocimiento de su eficacia y la vulneración del derecho a la intangibilidad de la realidad jurídica conformada por ella” (FJ nº 11).

El resultado del nuevo planteamiento de la Audiencia Nacional es una parte operativa con una propuesta al centro penitenciario de origen para que reconsidere el cómputo aplicado a los beneficios penitenciarios, volviendo al límite de treinta años en lugar de insistir en la vía del total de la pena impuesta contra el reo. Sorprende apreciar cómo el órgano judicial omite toda referencia a *Del Río Prada c. España*, quizás para evitar la obvia objeción relativa al carácter provisional de la sentencia de la Sala del TEDH. En todo caso, dado que muy posiblemente habrá fallo de la Gran Sala antes del mes de diciembre, resulta prudente predecir que números venideros de esta Crónica volverán a dedicar más líneas a esta problemática.

3. Libertad religiosa: prohibición de vestir *burka* en espacios públicos mediante ordenanza municipal

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 4118/2001 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª), de 14 de febrero de 2013. Ponente: Excmo. Sr. Vicente Conde Martín de Hijas.

F.: Aranzadi (*Westlaw*)

Voici una controvertida sentencia sobre lo que a su vez es un delicada problemática en las sociedades europeas: la prohibición de llevar *burka* en los espacios públicos. Se trata del primer asunto sobre esta concreta vestimenta que llega al TS, y su argumentación reviste el máximo interés en la medida en que recientemente ha sido remitida a la Gran Sala del TEDH la decisión en el caso *S.A.S. c. Francia*²⁰, igualmente el primer asunto sobre el *burka* sobre el que se tiene que pronunciar el Tribunal de Estrasburgo. Está por ver, pues, si el TS anticipa o no argumentos que en el futuro considere la Gran Sala.

El caso ha de ser entendido en sus justos términos: no se trataba de pronunciarse *in abstracto* sobre la legalidad constitucional del *burka* a la luz de los arts. 16 (libertad religiosa) y 14 (igualdad) de la Constitución, sino simplemente de valorar si la Sentencia de 7 de junio de 2011 dictada por la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Cataluña valoró correctamente la normativa municipal aprobada en octubre de 2010 por el Ayuntamiento de Lérida. En este contexto, la clave

²⁰ Nota de prensa de 30 de mayo de 2013 disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/sites/frac/press/pages/search.aspx?i=003-4379920-5257771>.

de bóveda residió en determinar si un ente local goza de potestad normativa para regular el ejercicio de un derecho fundamental en el sentido del art. 16.1 CE. Nada más, pero nada menos. *En teoría*, pues, las consideraciones del TS respecto de la necesidad de la medida en una sociedad democrática y respecto de la perturbación de la tranquilidad social defendida por el TSJ de Cataluña (a los que vendremos enseguida) no deberían predeterminar una eventual opción del legislador (improbable) de regular el uso del *burka* en los espacios públicos, tal y como ya se ha hecho en Francia y Bélgica. Ello es reconocido por el mismo TS en su fundamento jurídico nº 10. *En la práctica*, sin embargo, entendemos que será muy difícil para el legislador desentenderse de los argumentos esgrimidos por el Alto Tribunal.

Desde el punto de vista técnico, la decisión maneja –como no podía ser de otra forma– legislación comparada, así como un abundante aparato jurisprudencial internacional relativo a la legalidad de la prohibición del velo islámico o *hiyab*, tanto del TEDH como el Comité de Derechos Civiles y Políticos. Se añade igualmente una referencia a la Recomendación del Consejo de Europa 1927(2010) sobre Islam, islamismo e islamofobia en Europa. No puede tampoco pasar desapercibida la fallida moción presentada en el Senado el 21 de junio de 2010, que pese a ser aprobada dos días más tarde, no se formalizó en iniciativa legislativa alguna sobre la materia.

En lo que respecta al fondo de la cuestión, no resulta sencillo separar los elementos de Derecho constitucional (determinar quién corresponde en España la competencia para regular el uso del *burka*) de los que interesan en el contexto de esta crónica (la aplicación al caso de la jurisprudencia del TEDH por la vía del art. 10.2 CE). En todo caso, se ha de anotar que las referencias a esta última son más bien genéricas, es decir, se centran en los principios generales elaborados pretorianamente por el TEDH, y no en las soluciones ya ofrecidas por éste. Ello es así, no sólo por la diferencia contextual entre *hiyab* y *burka*, sino también porque destaca el Alto Tribunal

“el énfasis marcado en la consagración de laicismo en las diferentes Constituciones (Turquía y Francia), lo que relativiza en grado sumo el valor jurisprudencial de la solución de dichos casos en el marco de otros modelos constitucionales” (FJ nº 2).

Este punto de partida está muy vinculado al marcado relativismo que se deduce de una visita al Derecho comparado, que muestra soluciones muy divergentes en el espacio jurídico europeo.

Llegados a este punto, conviene destacar los principales argumentos que a juicio del TS descartan el encaje constitucional de la sentencia del TSJ de Cataluña. El primero se refiere a la imposibilidad de regular el ejercicio de un derecho fundamental por Ordenanza municipal. Esta aseveración reviste en principio un carácter meramente constitucional, pero a juicio del TS adquiere una dimensión jurídico-internacional en la medida en que la sentencia del TSJ de Cataluña engarzó las decisiones del TEDH en *Ley la Sahin c. Turquía* y *Kervanci c. Francia*²¹ con el requisito del art. 9.2 CEDH de

²¹TEDH, *Ley la Sahin c. Turquía*, sentencia de 10 de noviembre de 2005, nº 44774/98; *Kervanci c. Francia*, sentencia de 4 de diciembre de 2008, nº 31645/04.

que toda limitación a la libertad religiosa se encuentre regulada por ley. Para rechazar esta vinculación entre “Ley municipal” y “Ley” en el sentido del CEDH, el TS acudió al auxilio del art. 53 CEDH para exponer que

“en modo alguno puede entenderse que el Convenio Europeo aludido rebaje las expectativas de nuestra Constitución, lo que sin decirlo parece considerar la Sentencia recurrida en el punto que nos ocupa” (FJ nº 10).

Está claro que, de aceptarse el argumento de fondo del TS relativo a la intromisión por el Ayuntamiento de Lleida en la esfera reguladora de un derecho fundamental, la Ordenanza recurrida viola una garantía constitucional como es la necesidad de ley estatal que regule el ejercicio de derechos fundamentales (art. 53 CEDH). Hace bien, pues, el TS, en apoyarse en la cláusula *de minimis* del art. 53 CEDH para evitar referencias abusivas.

En segundo lugar, la opción municipal de considerar el *burka* como elemento perturbador de la tranquilidad en nuestra cultura occidental (debido al ocultamiento del rostro en la realización de actividades cotidianas) fue también rechazada. Citando los principios generales de la sentencia *Ley la Sahin c. Turquía*²², el TS estimó con indudable rigor garantista que

“(…) la realidad de esa perturbación de la tranquilidad en nuestra cultura occidental, a que alude la sentencia, carece de una demostración convincente en cuanto simple constatación sociológica (...)” (FJ nº 10).

La referencia a *Ley la Sahin c. Turquía* refuerza claramente el convencimiento de que el TS prioriza la neutralidad del Estado en el ejercicio del derecho a la libertad religiosa, por encima del mantenimiento de la *neutralidad religiosa* (laicidad) en los espacios públicos.

En tercer lugar²³ se valoró si la prohibición del *burka* es necesaria en una sociedad democrática. Sin utilizar estos términos -pues son nuestros-, el TS acusó de exceso de celo proteccionista (*i.e.*, de “paternalismo”) al TSJ catalán al entender que éste presumió que toda mujer cubierta por un *burka* es objeto de coacción. Y es que

“por grande que sea, y lo es, el choque de esa vestimenta con las concepciones culturales de nuestro país, no resulta aceptable prescindir (...) de que su uso sea voluntario o no” (FJ nº 11).

Estos son, pues, los principales trazos de una controvertida decisión, que insistimos, aunque no debiera predeterminar la eventual opción que pudiera adoptar el legislador de

²² FF.JJ. 106-108.

²³ Dejamos aparte la problemática imposibilidad para el TS de esgrimir el argumento de la protección de derechos y libertades ajenos. La cuestión fue resuelta con el recuerdo de que la prohibición del *burka* no protege derechos de terceros, sino de las propias portadoras del mismo, lo cual es una cuestión diferente, a juicio del Supremo.

regular el *burka* en los espacios públicos, sí que la orientaría de una manera bastante marcada. Lo que no sería fácil de distinguir en la práctica.

4. Libertad religiosa: retirada del llamado “Cristo de Monteagudo” (Murcia) Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª) de 4 de marzo de 2013. Ponente: Excmo. Sr. José Díaz Delgado. *RJ\2013\3203*
F.: Aranzadi (Westlaw)

La polémica relativa al llamado “Cristo de Monteagudo” (estatua de gran tamaño situada a unos 4 km de Murcia, y construida por el régimen franquista sobre una fortaleza medieval musulmana), fue cerrada por el Tribunal Supremo mediante sentencia de 4 de marzo. Una organización de juristas laicos había interpuesto un recurso de casación contra la sentencia dictada por el TSJ de Madrid en la que se rechazó la incompatibilidad entre la estatua y el deber de neutral religiosa el Estado (art. 16 CE), así como el principio de igualdad (art. 14 CE). Recordemos, para mejor presentación de los hechos, que una versión anterior de la estatua había sido derruida por el régimen republicano en 1936, y que en la actual esta se encuentra emplazada en un terreno que forma parte del patrimonio del Estado.

La sentencia del TS muestra la *vis expansiva* de la conocida sentencia del TEDH en *Lautsi c. Italia*, dictada, como expone el TS, en un contexto más exigente con la neutralidad e imparcialidad del Estado *ex art. 9 CEDH* como es el de los símbolos en las aulas públicas²⁴. Es decir, que el amplio margen de discrecionalidad del Estado reconocido por la Gran Sala del Tribunal de Estrasburgo en la situación que dio lugar a aquella repercute inevitablemente sobre la interpretación de los derechos 16 y 14 CE por parte del juez español, de tal manera que será bastante complicado probar que una manifestación religiosa es contraria a las garantías constitucionales del Capítulo II Sección 1ª de la Constitución Española.

Así, en el asunto que comentamos, la Sala de lo Contencioso-Administrativo comenzó recordando, al hilo de la laicidad positiva que fundamenta el Derecho eclesiástico español, que

“la doctrina de nuestro Tribunal resulta coincidente con la exigencia formulada en la mencionada sentencia del TEDH [se refiere, evidentemente, a Lautsi c. Italia] del deber de neutralidad e imparcialidad que ha de exigírsele al Estado en materia de libertad religiosa, de conciencia y religión amparada por el artículo 9 del CEDH” (FJ nº 7).

Por ello, no hay incompatibilidad

“si conforme a la sentencia del TEDH la muestra de símbolos religiosos en aulas de educación es compatible con los derechos de libertad religiosa en sus vertientes positiva y negativa, con mayor razón lo será en espacios en los que en principio no se desarrolla una actuación del Estado más allá del mantenimiento en su caso de un patrimonio histórico, artístico o cultural preexistente” (ibid).

²⁴ TEDH, *Lautsi y otros c. Italia*, sentencia de 18 de marzo de 2011, nº 30814/06.

Posteriormente hace referencia a la STC 34/2011, de 28 de marzo²⁵, que concurre con la tan citada *Lautsi c. Italia* en un aspecto muy relevante de la percepción subjetiva respecto de la dimensión social de los símbolos cristianos:

“no basta simplemente con un planteamiento subjetivo de la aconfesionalidad del Estado para entender que la mera presencia de un símbolo religioso pueda vulnerar el derecho subjetivo a la libertad ideológica o religiosa” (ibid)

Y por ello, en definitiva, en el caso concreto del Cristo de Monteagudo, entiende el TS que éste se incardina en la propia tradición cultural y social de Murcia, constante a pesar de la secularización de la sociedad española. Ello es evidente, según el órgano judicial, en el hecho de que su construcción fuera anterior al régimen franquista y haya sobrevivido a éste.

5. Igualdad y no discriminación de parejas de hecho – Art. 10.2 CE y Derecho de la UE

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 41/2003 (Pleno) de 14 de febrero de 2013. Ponente: Doña Adela Asua Batarrita. *RTC\2013\41*
F.: Aranzadi (Westlaw)

Tomamos nota de la Sentencia del Pleno del TC, cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona respecto de la Disposición Adicional 3ª de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social²⁶. La problemática del asunto es la siguiente: el apartado c) de la citada Disposición Adicional establece la exigencia de «que el causante y el beneficiario hubieran tenido hijos comunes» para poder causar derecho a la pensión de viudedad en supuestos de parejas de hecho estables en las que el fallecimiento del causante se hubiere producido antes de la entrada en vigor de dicha Ley. Es decir, que si el fallecimiento del causante tuvo lugar antes del 1 de enero de 2008, resultaba muy difícil para las parejas de hecho entrar en el ámbito de aplicación de esta causa, dado que hasta 2005 no se reconoció en Cataluña el derecho de este tipo de parejas a adoptar. En el caso enjuiciado, la muerte de la pareja tuvo lugar antes incluso de 2005, por lo que en ningún caso habría podido beneficiarse de una pensión de viudedad.

El asunto es relevante para nuestros propósitos por la aplicación de la doctrina constitucional relativa al art. 10.2 CE al control de legalidad de una norma española con el Derecho de la UE. Y es que el Juzgado que remitió la cuestión de inconstitucionalidad acudió a la Directiva 2000/78/CE²⁷ y a la sentencia del TJUE en el asunto *Versorgungsanstalt der Deutschen Bühnen* para apoyar su razonamiento, dictada

²⁵ Anotada en *REEI*, Vol. 22, 2011, pp. 13-14.

²⁶ *BOE* núm. 291, de 5 de diciembre de 2007, pp. 50186-50200.

²⁷ Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, *DOUE* n° L 303 de 02/12/2000 p. 0016 – 0022.

en un supuesto similar²⁸. Pues bien, tanto el Abogado del Estado como el propio TC rechazarían la aplicabilidad de la citada normativa y jurisprudencia al caso. Por un lado, porque el art. 3.3 de la Directiva excluye de su ámbito de aplicación los pagos de cualquier tipo efectuados por los regímenes públicos de Seguridad Social (como lo confirma la propia sentencia citada). Y por otro,

“porque resulta ajeno a la jurisdicción del Tribunal Constitucional controlar la compatibilidad de un precepto legal (...) con el Derecho de la Unión Europea, toda vez que este ordenamiento no integra en sí mismo el canon de constitucionalidad bajo el que hayan de examinarse las Leyes del Estado español, ni siquiera en el caso de que la supuesta contradicción sirviera para fundamentar la pretensión de inconstitucionalidad de una Ley por oposición a un derecho fundamental, atendiendo a lo dispuesto en el art. 10.2 CE (...), pues en tal supuesto la medida de la constitucionalidad de la Ley enjuiciada seguiría estando integrada por el precepto constitucional de derecho o libertad, si bien interpretado, en cuanto a los perfiles exactos de su contenido, de conformidad con los tratados o acuerdos internacionales de que se trate (por todas, SSTC 28/1991, de 14 de febrero [RTC 1991, 28], F. 5; 128/1999, de 1 de julio [RTC 1999, 128], F. 9; 208/1999, de 11 de noviembre [RTC 1999, 208], F. 4; 45/2001, de 15 de febrero [RTC 2001, 45], F. 7; 38/2002, de 14 de febrero [RTC 2002, 38], F. 11; y 173/2005, de 23 de junio [RTC 2005, 173], F. 9), incluidos, en su caso, los Tratados de la Unión Europea y la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, que tienen la misma eficacia jurídica vinculante que los Tratados, en virtud de lo dispuesto en el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007 (RCL 2009, 2299 y RCL 2010, 362)”.

Así pues, la normativa cuestionada sería declarada inconstitucional, pero por motivos ajenos al Derecho de la UE.

6. Derechos de defensa del acusado y protección de víctimas objeto de abusos sexuales

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 57/2013 (Sala Segunda), de 11 de marzo. Ponente: D. Ramón Rodríguez Arribas. *RTC\2013\57*
F.: *Aranzadi (Westlaw)*

Mediante sentencia de dos de mayo de 2011, la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de La Rioja desestimó el recurso de apelación presentado contra una sentencia previa del Juzgado de lo Penal nº 2 de Logroño, condenatoria de un profesor de escuela por un delito de abusos sexuales cometido contra varias menores de entre cuatro y seis años. Según se expone de las sentencias impugnadas, la afirmación de los hechos que dio lugar a la condena se basa en la exposición de estos efectuada por las menores, en fase sumarial, ante los miembros del equipo psicossocial del Juzgado que dirigieron la exploración y la grabaron en soporte audiovisual que fue posteriormente reproducido en el acto de juicio oral.

Esta imposibilidad de poder contrastar la información con las declaraciones de las víctimas fue el motivo que justificó el recurso de amparo ante el Tribunal

²⁸ *Maruko c. Versorgungsanstalt der Deutschen Bühnen*, sentencia del TJUE de 1 de abril de 2008, C-267/2006.

Constitucional. Los derechos invocados fueron los derechos a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia (arts. 24.1 y 2 CE). A juicio del recurrente, la condena de que fue objeto se basó en pruebas que, por falta de contradicción, estaban viciadas desde la fase de instrucción.

En la decisión final del TC, desestimatoria del amparo, influyó decisivamente la pasividad de la defensa durante toda la fase de instrucción y posterior juicio oral, en el sentido de que las posibles carencias de los medios probatorios utilizados por los Magistrados instructor y de instancia no fueron recurridas en ninguna de dichas fases. Ahora bien, lo que desde nuestra óptica resulta relevante es la recurrente utilización de la jurisprudencia del TEDH en materia de protección de menores que son objeto de abusos sexuales durante los procesos penales. Acudiendo a sentencias relevantes en la materia como *S.N. c. Suecia*²⁹, *Gani c. España*³⁰, *A.S. c. Finlandia*³¹ o *Bocos Cuesta c. Países Bajos*³², el TC continuó de la siguiente manera la línea jurisprudencial marcada en la sentencia 174/2011³³, que pondera el interés del menor con los intereses de la defensa:

“En los delitos de abuso sexual, usualmente, la declaración del menor es la única prueba directa sobre los hechos, pues las restantes suelen limitarse a relatar lo que el menor ha narrado a analizar las condiciones en las que narró los hechos o, por fin, a evaluar la credibilidad de su relato (...). En tal medida, el centro de atención del debate jurídico recaenaturalmente sobre las garantías que han de rodear la exploración del menor y la forma en la que lamisma puede introducirse en el debate del juicio oral. En la delimitación precisa de cuáles hayan de seresas precauciones mínimas que han de establecerse en favor de la defensa para, al mismo tiempo, darprotección a la víctima y garantizar al acusado un juicio con todas las garantías, hemos asumido en lacitada STC 174/2011 el canon a que se refiere la STEDH de 28 de septiembre de 2010 (PROV 2010, 332112), casoA.S. contra Finlandia, § 56, conforme a la cual «quien sea sospechoso de haber cometido el delito debe ser informado de quese va a oír al menor, y debe tener una oportunidad de observar dicha exploración, bien en el momento enque se produce o después, a través de su grabación audiovisual; asimismo debe tener la posibilidad dedirigir preguntas al menor, de forma directa o indirecta, bien durante el desarrollo de la primeraexploración o en una ocasión posterior». Conocer la existencia de la exploración, acceder a su contenido mediante su grabación audiovisual y tener la posibilidad procesal de cuestionarla, durante su realización en un momento posterior (ya sea en fase de investigación o en el juicio oral), indicando aquellos aspectos adicionales sobre los que la defensa considera deben ser interrogados, son las tres claves de la contradicción debida en estos casos, pues no cabe olvidar que la contradicción que es posible ejercer encada caso «se articula atendiendo a las peculiaridades de la prueba de que se trate» (...), es decir, varía en función de la naturaleza de la prueba que se pretende contradecir” (FJ nº 5).

En este mismo contexto, otro de los problemas planteados fue el de la protección de la presunción de inocencia en relación con las declaraciones indirectas o de referencia; es decir, aquellas realizadas durante la fase oral del juicio por las personas que

²⁹ TEDH, *S.N. c. Suecia*, sentencia de 2 de julio de 2002, nº 34209/96.

³⁰ TEDH, *Gani c. España*, sentencia de 19 de febrero de 2013, nº 61800/08.

³¹ TEDH, *A.S. c. Finlandia*, sentencia de 28 de septiembre de 2010, nº 40156/07.

³² TEDH, *Bocos Cuesta c. Países Bajos*, sentencia de 10 de noviembre de 2011, nº 54789/00.

³³ STC núm. 174/2011, de 7 de noviembre, RTC 2011/174.

interrogaron a los menores. El TC admitió la trascendencia de este tipo de testimonio, aunque con las debidas cautelas:

“A partir de la constatación de que existía una causa legítima para que las menores no asistieran al juicio oral como testigos de la acusación, el testimonio de referencia de sus progenitores, de sus tutoras y el de las mismas expertas que las exploraron, en cuanto narran la manifestación incriminatoria que a ellos les hicieron las niñas, puede ser legítimamente valorado, aunque sólo tenga como función argumental reforzar o restar credibilidad a dicha incriminación, pero no sustituirla. Si en relación con el testimonio de referencia hemos advertido (...) sobre los «recelos o reservas a su aceptación como medio apto para desvirtuar la presunción de inocencia», es precisamente para evitar que a su través se sustituya u obvie el contenido del testimonio directo (...), eludiendo así la inmediación y el propio debate sobre la realidad del hecho que conforma la acusación. Dichas cautelas y precauciones decaen cuando las manifestaciones del testigo directo acceden al juicio oral en cualquiera de las formas permitidas en Derecho, como ha ocurrido en este caso, pues dichas manifestaciones, cuando son incriminatorias, constituyen la mínima y suficiente actividad probatoria que, en el proceso de amparo, permite dar por desvirtuada la presunción de inocencia del demandante (...). En tales supuestos, el testimonio de referencia sobre lo que el testigo directo manifestó no cumple otra función probatoria que conformar el debate y formar convicción sobre la credibilidad del testimonio directo, que -como dijimos- es la verdadera prueba de cargo (SSTEDH caso P.S. contra Alemania [TEDH 2001, 881], § 30; caso W. contra Finlandia [PROV 2007, 108858], § 47; caso D. contra Finlandia [PROV 2009, 338381], § 44)” (FJ nº 6).

En suma, el proceso judicial que terminó en la condena del acusado por abusos sexuales no estaba viciado por carencia alguna en materia de derechos de defensa. Para ello, la abundante jurisprudencia del TEDH relativa a protección de testigos ofreció un importante anclaje al Alto Tribunal.

VII. ASILO Y EXTRADICIÓN

1. Determinación del estatuto de refugiado: valoración de los elementos de prueba

Sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de marzo de 2013 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª). Ponente: Excmo. Sr. Juan Carlos Fernández de Aguirre Fernández. *JUR\2013\120075*
F.: Aranzadi (Westlaw)

Sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de enero de 2013 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª). Ponente: Excma. Sra. Ana Isabel Gómez García. *JUR\2013\53159*
F.: Aranzadi (Westlaw)

Si hay un ámbito tratado habitualmente por esta crónica en el que la casuística juega un papel determinante en la definición del resultado final del proceso, ése es el de la determinación del estatuto de refugiado. Y es que dado que, como ha afirmado en repetidas ocasiones el Tribunal Supremo, no es exigible que el interesado aporte una

prueba acabada de las circunstancias que justifican la solicitud de asilo o refugio, es innegable compartir la afirmación pretoriana de que

“la petición de asilo o de refugio está siempre motivada por una causa subjetiva, el temor o miedo de verse perseguido, difícilmente acreditable, al ser un estado anímico. De ahí que en cada caso concreto haya de estarse a las circunstancias personales y sociológicas concurrentes, sin que quepa establecer criterios de general aplicación, debiendo ponderarse cada situación, con sus particulares circunstancias, para llevar a la convicción precisa y necesaria para otorgar el régimen solicitado”³⁴.

Las dos sentencias que aquí referimos evidencian estas complejidades derivadas de la difícil objetivación de los relatos indiciarios aportados por los demandantes de asilo. En el primer caso, una persona que se declaraba homosexual argumentó que en 2007 fue detenido por la policía de Silet (Bangladesh) por mantener relaciones sexuales con otro hombre. Agredido y torturado, consiguió escapar del hospital en el que se encontraba ingresado a causa de las heridas, trasladándose a Dakka desde donde emprendió viaje a Europa. En Bangladesh la condena por homosexualidad es de dos años de prisión. El Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados informó favorablemente sobre las alegaciones del interesado, por lo que recomendó la admisión a trámite del expediente. Sin embargo, el Subsecretario de Interior consideró, por un lado, que el relato carecía de verosimilitud, y por otro, que no concurrían los requisitos previstos en la Ley de asilo para la concesión del derecho a la protección subsidiaria³⁵.

En la segunda de las sentencias, una mujer de origen nigeriano presentó una declaración en parte incompleta en relación con la alegada durante el recurso de reposición. Así, en un primer momento explicó que cuando cumplió 20 años fue obligada a casarse con un hombre anciano que la maltrataba y torturaba. De esta situación le quedaron abundantes cicatrices en su cuerpo, que serían utilizadas como elemento probatorio. En fin, durante el mes de octubre de 2008 conoció a un cooperante estadounidense que le ayudó a abandonar el país “en coche hasta Marruecos”, donde embarcó un mes más tarde hacia la costa española. En España presentó solicitud de refugio. ACNUR informó a fecha de 3 de febrero de 2009 de que ésta podía ser inadmitida a trámite, dadas las carencias de su relato. Como reacción, una vez rechazada la solicitud por la Instructora del expediente, la solicitante añadiría a su exposición de los hechos la mutilación genital a la que, siempre según su versión, fue sometida antes de contraer matrimonio.

Así pues, dos casos en los que la solicitud fue inadmitida por la autoridad ministerial. E igualmente dos casos en los que la Audiencia Nacional revertió la decisión al considerar suficientemente creíbles los relatos expuestos, incluso con la opinión desfavorable de ACNUR en el segundo de ellos (lo que no quedaría exento de consecuencias, como veremos). En el supuesto del solicitante bangladesí, fueron determinantes la ausencia de contradicciones en el relato y el nivel de detalle de éste, así como la aportación de un informe médico de la organización Médicos del Mundo y la constatación de que el país de origen perseguía a los homosexuales por debido a su condición.

³⁴ TS, sentencia de 28 de septiembre de 1988, RJ 1988\6945, FJ nº 2.

³⁵ Ley 12/2009, reguladora del asilo y de la protección subsidiaria (BOE núm. 263, de 31 de octubre de 2009, Sección I, pp. 90860-90884).

En lo que respecta a la mujer nigeriana, la evaluación de los hechos fue más compleja. Y es que durante la instrucción del proceso ante la Audiencia Nacional se demostró que la ablación genital había sido operada al poco de nacer la demandante, y no antes del matrimonio. La prueba de la mutilación genital contribuyó a corroborar la nacionalidad de la demandante, pero motivó también a la AN a concluir, de manera discrecional – es decir, sin aportar argumento suplementario alguno- que

“aún cuando la presentación deducida en la demanda se concrete en el reconocimiento del derecho de asilo, en aplicación de la legislación vigente, atendidas las circunstancias concurrentes en el presente caso, parece más adecuado el reconocimiento del derecho de la actora a la protección subsidiaria, con los efectos previstos en los artículos 5 y 36 de la Ley 12/2009” (FJ nº 6).

En definitiva, por dos veces la AN construye sus sentencias apoyándose en los precarios elementos indiciarios del expediente. *Da mihi factum, dabo tibi ius.*

2. Extradición de un refugiado a Rusia por delitos de desorden público: Denegación.

Auto de la Audiencia Nacional núm. 8/2013 de 11 de febrero de 2013 (Sala de lo Penal, Sección 2ª). Ponente: Excmo. Sr. José Ricardo Juan de Prada Solaesa. *JUR\2013\93458*
F.: Aranzadi (Westlaw)

El interesante Auto de la AN de 11 de febrero de 2013 imbrica estrechamente las instituciones de la extradición y el refugio desde la óptica de la denegación de la primera por delitos políticos. El afán garantista que rezuma encuentra una expresa justificación, suficientemente razonada en los fundamentos jurídicos, en la necesidad de cumplir con las obligaciones internacionales y europeas en materia de derechos humanos en general, y de derecho de los refugiados en particular.

En agosto de 2012 fue detenido en Granada un ciudadano de nacionalidad rusa reclamado en busca y captura internacional por un delito de “gamberrismo” (art. 213 del Código Penal ruso). Los hechos se remontan a julio de 2010, cuando un grupo de personas no identificadas –entre las que se encontraba el reclamado- se personaron frente al edificio del Ayuntamiento de la ciudad de Jimki (Rusia), donde según las autoridades rusas “utilizaron armas traumáticas: botellas de vidrio, medios pirotécnicos, etc.”; con los que causaron daños materiales a las instalaciones.

Se deduce de los documentos de autos que en la investigación meramente policial que da lugar a la emisión de órdenes de detención también meramente policiales no se hace constar más que la sospecha de que el encausado, que ostenta un papel político protagónico por su condición de periodista, hubiera participado en ella atribuyéndole un papel de organizador. Además, en marzo de 2012 el reclamado fue reconocido como refugiado por Finlandia, precisamente por la posible persecución política a la que sería sometido por las autoridades rusas en caso de retornar a su país. Y es que, además de labores de periodismo, había fundado en 2006 un grupo antifascista que luego

participaría en protestas públicas cuya represión fue denunciada en su momento por varias organizaciones no gubernamentales y organismos públicos (entre ellos, el Departamento de Estado de los EE.UU.).

Todos estos elementos apuntaban a que principios como el de doble incriminación (art. 2.1 del Convenio Europeo de Extradición, aplicable al caso³⁶) o de no extradición por motivos políticos (art. 3 del mismo Convenio) impedían la extradición. Dicho de otra forma, tanto el contexto de la solicitud como el reconocimiento del reclamado como refugiado por motivos políticos en Finlandia aportaban indicios suficientes para la no entrega.

Sin embargo, la AN no se quedó ahí. En un loable FJ nº 4, se refiere al carácter doblemente convencional y consuetudinario del *non refoulement*, que estima pieza clave de un estatuto de refugiado “integrado en otras convenciones y tratados internacionales”. Por ello, “resulta obligado respeto (*sic*) para todos los Estados”. La relevancia de dicho principio es tal que, a juicio de la AN,

*“El hecho de que haya sido España u otro país de nuestro entorno cultural y jurídico, respecto del que no quepa ninguna desconfianza en cuanto su motivación (*sic*), el que haya concedido la condición de refugiado al reclamado es indiferente en lo que se refiere al cumplimiento de las obligaciones internacionales de no entrega (...)”*

Aún más, este deber supremo de cumplir con el principio de no devolución encuentra su corolario en los arts. 4-8 de la Ley de Extradición Pasiva (ya citada anteriormente), que prohíbe el reenvío de asilados. Por eso interpreta el órgano judicial que, aunque la Ley de Extradición Pasiva sólo parece referirse a la prohibición de extraditar un refugiado reconocido como tal *en España*, la pertenencia de España al sistema común europeo de asilo impide jurídicamente llevar a cabo la extradición. Una solución que no podemos sino compartir.

VIII. RELACIONES CONSULARES

1. Relaciones consulares. Poder general para pleitos otorgado al Encargado Jefe de la Embajada de Catar

Auto núm. 67/2013 de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21ª), de 5 de febrero de 2013. Ponente: Ilmo. Sr. Don Guillermo Ripoll Olazábal. *JUR*\2013\92602
F: Aranzadi (Westlaw)

Si bien la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid sólo implica el reenvío del caso al Juzgado de Primera Instancia nº 37 de Madrid, creemos necesario siquiera sea anotar la problemática de este asunto. Su origen se sitúa en el procedimiento monitorio iniciado por una empresa que realizó unas obras de acondicionamiento del residencial del Embajador de Catar. Ante el impago de estas, se

³⁶BOE núm. 136, de 8 de junio de 1982, pp. 15454-15462.

iniciaron acciones legales en el contexto de las cuales se planteó un recurso de reposición contra el poder general para pleitos otorgado al Encargado Jefe de la Sección Consular de la Embajada de Catar en España, en funciones notariales. De la exposición de los hechos ofrecida por la AP de Madrid no podemos deducir detalles concretos sobre las condiciones en que dicho poder fue otorgado. Sin embargo, el Auto de la AP de Madrid recuerda las posibilidades que se abren a la luz del art. 5.f) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963³⁷:

“a) Poder general para pleitos otorgado por un ciudadano español ante el consulado de su país en el extranjero.

b) Poder general para pleitos otorgado por un ciudadano extranjero ante el consulado de su país en el extranjero.

c) Poder general para pleitos otorgado por un ciudadano extranjero ante el Consulado de su país en España”

³⁷ Que dispone los siguiente: “Las funciones consulares consistirán en: f) actuar en calidad de Notario; en la de funcionario del Registro civil y en funciones similares y ejercitar otras de carácter administrativo, siempre que no se opongan las leyes y reglamentos del Estado receptor”.