

II. JURISPRUDENCIA

A) JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Coordinación a cargo de

Francisco Javier QUEL LÓPEZ*

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

SUMARIO

I. RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO ESPAÑOL.—II. COMPETENCIAS DEL ESTADO Y DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS.—III. ESTATUTO INTERNACIONAL DEL ESTADO.—IV. DERECHO DEL MAR.—V. ASILO Y REFUGIO.—VI. DERECHOS HUMANOS.

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

2008-1

EJECUCIÓN DE SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

II. *Fundamentos jurídicos*

1. *Se insta de este Tribunal la declaración de nulidad del ATC 220/2001, de 18 de julio (RTC 2001, 220 AUTO), por medio del cual se inadmitió la demanda de amparo formulada frente a la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 28 de septiembre de 1999*

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

(RJ 1999, 7931), que desestimó el recurso de casación deducido contra la de la Audiencia Nacional, de fecha 14 de febrero de 1995, a su vez desestimatoria del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la denegación por el Ministerio de Justicia de la indemnización solicitada como compensación por el tiempo de prisión sufrido en causa penal por la que finalmente resultó absuelto al apreciarse vulneración su derecho a la presunción de inocencia. En justificación de tal pretensión se aduce que no ha obtenido en el ámbito interno la reparación del derecho fundamental a la presunción de inocencia cuya vulneración ha sido declarada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), reparación que exige dejar sin efecto el Auto 220/2001, de 18 de julio (RTC 2001, 220 AUTO), y la continuación de la tramitación del recurso de amparo al que le puso fin hasta dictarse Sentencia estimatoria del mismo.

2. De acuerdo con la doctrina de este Tribunal (recogida últimamente en la STC 197/2006, de 3 de julio [RTC 2006, 197], en la que se resalta la especificidad de la STC 245/1991 [RTC 1991, 245], que el demandante cita en apoyo de su solicitud), «de la propia regulación del Convenio, y de su interpretación por el Tribunal Europeo, se deriva que las resoluciones del Tribunal tienen carácter declarativo y no anulan ni modifican por sí mismas los actos, en este caso Sentencias, declarados contrarios al Convenio. [...] Desde la perspectiva del Derecho internacional y de su fuerza vinculante (art. 96 CE [RCL 1978, 2836]), el Convenio ni ha introducido en el orden jurídico interno una instancia superior supranacional en el sentido técnico del término, de revisión o control directo de las decisiones judiciales o administrativas internas, ni tampoco impone a los Estados miembros unas medidas procesales concretas de carácter anulatorio o rescisorio para asegurar la reparación de la violación del Convenio declarada por el Tribunal». «[E]l Convenio europeo de derechos humanos no obliga a dar efecto interno a las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos mediante la anulación de la autoridad de cosa juzgada y de la fuerza ejecutoria de la decisión judicial nacional que dicho Tribunal haya estimado contraria al Convenio, ni tampoco confiere al justiciable un derecho para ampliar los motivos previstos en el Derecho interno para la reapertura del procedimiento judicial que ha dado lugar a una Sentencia firme y ejecutoria».

Por lo demás la lesión del derecho constatada en la STDEH no resulta ya actual, en la medida en que el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos incluyó en su Sentencia un pronunciamiento indemnizatorio que repara equitativamente la lesión declarada. Tal como advierte el Fiscal en su informe, ya en el ATC 96/2001, de 24 de abril (RTC 2001, 96 AUTO), el Pleno de este Tribunal aceptó que cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos establece una indemnización equitativa a cargo del Estado español como forma de reparación no cabe sino tener por ejecutada con dicha indemnización la Sentencia del indicado Tribunal. De ahí que, habiendo versado el proceso a quo sobre la procedencia de indemnizar al demandante por la prisión sufrida en una causa en la que luego es absuelto, con mayor motivo ha de considerarse que la lesión ha sido reparada y que, en consecuencia, la lesión que se aduce no es actual sino pasada.

Por todo ello la Sección

Acuerda

Desestimar la solicitud de nulidad del ATC 220/2001, de 18 de julio, dictado en el presente recurso de amparo.

Auto Tribunal Constitucional (Sala Primera), núm. 129/2008 de 26 mayo.

F.: Aranzadi (Westlaw), RTC 2008\129 AUTO.

II. COMPETENCIAS DEL ESTADO Y DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

2008-2

COMPETENCIA EXCLUSIVA DEL ESTADO: «Relaciones Internacionales» (art. 149.1.3 de la Constitución Española).

Fundamentos de Derecho

Primero. En los siguientes apartados de este primer fundamento de derecho daremos cuenta del objeto del recurso Contencioso-Administrativo ahora en grado de casación, del debate trabado en él y de la decisión adoptada por la Sala de instancia en la sentencia aquí recurrida (JUR 2005, 208625); todo ello como paso previo dirigido a conocer los elementos de juicio que son necesarios para resolver el primero de los motivos de casación formulados.

A) En el Boletín Oficial del País Vasco correspondiente al día 1 de abril de 2003 se publicó un acuerdo denominado «Protocolo General entre el Departamento de Sanidad del Gobierno Vasco, el Ministerio de Sanidad del Gobierno Federal del Kurdistan Sur (Irak) y la Fundación Kawa», que el día 30 de octubre de 2002 habían suscrito el Consejero de Sanidad del Gobierno Vasco, el Ministro de Sanidad y Asuntos Sociales del Gobierno Federal del Kurdistan Sur (Irak) y el Presidente de la Fundación Kawa. A su vez, por acuerdo del Gobierno Vasco de fecha 12 de noviembre de 2002 se autorizó la suscripción de dicho Protocolo y, también, que el Consejero de Sanidad lo suscribiera prestando el consentimiento en nombre del Gobierno.

El texto del Protocolo en cuestión, además de su denominación, de la identificación de las personas reunidas con indicación de la cualidad en que lo firman y suscriben, y de la fecha en que lo hacen, tiene dos únicos apartados: uno bajo el epígrafe «considerando»; y otro bajo el de «acuerdan».

En el primero de ellos se lee lo siguiente:

«Que Kurdistan es una nación sin Estado localizada en la intersección de Irak, Irán, Turquía, Siria y Armenia.

Que la población kurda en Irak está viviendo situaciones precarias debido, entre otros motivos, a las dificultades políticas que tiene el pueblo kurdo con los países colindantes, la falta de reconocimiento por parte de la comunidad internacional a las instituciones democráticas del Kurdistan como país y las secuelas consecuencia de los conflictos bélicos que ha sufrido provocando los múltiples embargos injustos sobre la población del Kurdistan.

Que el objetivo político del desarrollo de los pueblos en cualquiera de sus facetas consiste, en esencia, en la mejora general de las condiciones de vida y del bienestar de las personas, de lo que la salud es un componente fundamental.

Que las experiencias en materia de formación de personal sanitario en distintas especialidades han sido positivas durante los dos últimos años, como consecuencia de los Convenios de colaboración suscritos entre el Departamento de Sanidad y la Fundación Kawa. Lo mismo que la asistencia sanitaria a niños y niñas del Kurdistan aquí dentro del marco del convenio de cooperación para la prestación de asistencia sanitaria en Euskadi suscrito en su momento entre el Departamento de Sanidad, la Secretaría General de Acción Exterior y Osakidetza».

Y lo que «acuerdan» quienes lo suscriben es:

«Suscribir el presente Protocolo con el propósito de seguir manteniendo y estrechando los vínculos entre el sistema sanitario de Euskadi y del Kurdistan Sur al objeto de que la cooperación entre las partes contribuya a mejorar la asistencia sanitaria del pueblo kurdo.

Seguir manteniendo la colaboración, bien directamente bien a través de la Fundación Kawa, en materia de formación en Euskadi del personal sanitario del Kurdistán así como la asistencia sanitaria a niños y niñas de dicho país en hospitales de Osakidetza.

El presente Protocolo se formula con base en el máximo respeto, no solo de los firmantes, sino a las competencias concurrentes en la materia que a ambas partes correspondan.

El presente Protocolo entrará en vigor a partir de su ratificación por el Gobierno Vasco y tendrá vigencia durante un año, prorrogable automáticamente por períodos iguales, a menos que, con anterioridad, una de las Partes firmantes manifieste su intención en contrario con un aviso previo de tres meses».

B) *El 15 de abril de 2003, la Administración del Estado interpuso recurso Contencioso-Administrativo contra el referido Protocolo, argumentando en su escrito de demanda que éste incurre en vicio de nulidad de pleno derecho por afectar a competencias propias del Estado reguladas en el artículo 149 de la Constitución (RCL 1978, 2836), cuales son las de los apartados 1.3ª, sobre relaciones internacionales, y 1.16ª, sobre sanidad exterior, respecto de las cuales carece la Comunidad Autónoma del País Vasco de competencia alguna en la materia; por tanto, el acto administrativo que se manifiesta en la firma de aquel Protocolo General es nulo de pleno derecho «ex» artículo 62.1.b) de la Ley 30/1992 (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246).*

En concreto, por lo que hace a la primera de esas «materias», relaciones internacionales, atribuida a la competencia exclusiva del Estado por el citado artículo 149.1.3ª, única sobre la que subsiste la controversia en este grado de casación, razonaba la Administración demandante en aquel escrito de demanda que el Protocolo «afecta al ámbito de las relaciones internacionales, máxime cuando, como ocurre en este caso, aparece como firmante el Ministro de Sanidad y Asuntos Sociales de una Entidad (el Gobierno Federal del Kurdistán Sur) de difícil reconocimiento internacional».

C) *La representación procesal de la Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco formuló escrito de contestación a la demanda en el que, dando por buena aquella frase de la actora de que aquel Ministerio de Sanidad y Asuntos Sociales lo es de «una Entidad de difícil reconocimiento internacional», argumentaba que, por ello, «estamos ante una organización que no responde a ningún Estado independiente y soberano»; razón por la que, a su juicio, no se invade aquella competencia exclusiva del Estado atribuida por el artículo 149.1.3ª, pues «el elemento preciso para que se pueda afirmar que se ha suscrito una relación internacional, es la existencia de un sujeto independiente y soberano, lo que no sucede en este supuesto, como reconoce el propio recurrente». «En definitiva –concluía el argumento– no toda acción exterior emprendida por una Comunidad Autónoma, debe ser encuadrada en relaciones internacionales, a los efectos de desplazar la competencia autonómica hacia la competencia estatal».*

D) *La Sala de instancia, en su sentencia de fecha 11 de marzo de 2005 (JUR 2005, 208625), rechaza el argumento referido a la invasión de la competencia exclusiva del Estado en materia de «sanidad exterior», pues aquel Protocolo «establece dos actuaciones, que se realizan en España, a saber, formar personal sanitario kurdo en el País Vasco y atención sanitaria a niños y niñas kurdos en hospitales de Osakidetza»; lo cual, «carece de proyección exterior que en nada incide en la materia propia de sanidad exterior».*

Pero en cambio, acoge el otro motivo de impugnación, de invasión de la competencia estatal exclusiva en materia de «relaciones internacionales»; razón por la que estima el recurso Contencioso-Administrativo y declara la nulidad de pleno derecho del Protocolo recurrido.

[...]

Segundo. El primero de los motivos de casación formulados por la representación procesal del Gobierno Vasco denuncia al principio, en su enunciado, la infracción del artícu-

lo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892), relativo, según se dice, «a la exhaustividad y congruencia de las sentencias (motivación)»; y concluye finalmente citando como infringido el artículo 120.3 de la Constitución (RCL 1978, 2836), que «se integra como una de las garantías protegidas en el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), entendida como el derecho a obtener una resolución razonablemente fundada en Derecho».

El argumento que en él se desarrolla es doble y se limita sólo a lo siguiente: Se dice, de un lado, que el primero de aquellos tres últimos párrafos del fundamento de derecho tercero de la sentencia recurrida «no puede sino causar perplejidad, que inevitablemente conduce a la indefensión», pues «el juicio de intenciones que manifiesta, así como la expresión “concreta intencionalidad política” son, sin duda, conceptos propios de otras jurisdicciones». Y se afirma, de otro, que son contradictorios entre sí e inducen a confusión acerca de la sustentación del fallo, el razonamiento que se plasma en el último de esos tres párrafos, en el que se habla de la posibilidad de afectar a la política exterior y se atribuye al Protocolo la naturaleza jurídica de disposición de carácter general, y aquél en el que se dice que las dos actuaciones previstas en el Protocolo se realizan en España y carecen de proyección exterior.

Tercero. El motivo carece de fundamento serio y debe ser desestimado.

El deber de motivación que a las sentencias de los Tribunales de Justicia impone el artículo 120.3 de la Constitución (RCL 1978, 2836) no equivale a un deber de acierto. Significa tan sólo, y con ello queda satisfecho o cumplido, que el fallo o pronunciamiento al que llegan se sustente en razones que quepa calificar de jurídicas; que además sean entendibles y por ello susceptibles de ser rebatidas por quien discrepe y de ser analizadas por el Tribunal que haya de revisarlas al conocer de los recursos legalmente previstos; y, también, que conduzcan en sí mismas, de modo congruente, al fallo que se adopta.

Todo eso, todas y cada una de esas exigencias, están presentes y claramente presentes en la sentencia que dictó la Sala de instancia, cuya sola lectura pone de relieve con toda nitidez que el pronunciamiento al que llega se sustenta en la consideración de que un Protocolo como el recurrido invade el ámbito reservado a la competencia exclusiva del Estado por el artículo 149.1.3.º de la Constitución, al incidir, al afectar, a la materia «relaciones internacionales». Que esto sea así, que tal consideración sea o no jurídicamente acertada, no es ya un problema de motivación, sino uno de recta interpretación y aplicación de las normas jurídicas que permiten resolver la cuestión en controversia.

Y ya por lo que se refiere a los concretos argumentos en los que la parte sustenta el motivo de casación, tampoco podemos compartirlos:

El juicio sobre la intención con que la Administración actúa cuando adopta una concreta resolución, no es en modo alguno ajeno al ámbito que el propio ordenamiento prevé para el enjuiciamiento que atribuye a este orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo. Tan es así, que la Ley Reguladora de esta Jurisdicción, tanto la vigente como la anterior, contempla como infracción capaz de determinar la nulidad o anulación de la actuación administrativa la que denomina «desviación de poder» (art. 70.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio [RCL 1998, 1741]), consistente, según esa misma norma, en el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico. Juzgar sobre la intención de la disposición, actuación o acto administrativo, sobre el fin al que realmente obedece, no es así algo anormal o que esté fuera de lugar en éste orden jurisdiccional. Es, por el contrario, una conquista más del Estado de Derecho en la permanente aspiración del ciudadano de que la Administración se someta plenamente, como dice el artículo 103.1 de la Constitución, a la Ley y al Derecho.

Que la calificación o naturaleza jurídica del Protocolo recurrido sea o no la propia de una disposición de carácter general, ni introduce un elemento anómalo o extraño en aquel hilo argumental de la sentencia recurrida, que por ello fuera capaz de crear confusión sobre la

auténtica razón de decidir; ni en realidad es jurídicamente relevante, pues si el repetido Protocolo invadiera competencias atribuidas en exclusiva al Estado, su nulidad de pleno derecho vendría determinada o sería consecuencia de lo que dispone la norma ya invocada en el escrito de demanda, esto es, la reflejada en el artículo 62.1.b) de la Ley 30/1992 (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246), que impone tal grado de invalidez para los actos «dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio».

Y en fin, que en uno de los razonamientos de la sentencia afirme la Sala de instancia que el Protocolo puede afectar a la política exterior, y en otro afirme que las actuaciones previstas en él se realizan en España y carecen de proyección exterior, ni pueden reputarse afirmaciones contradictorias, ni son en sí mismas origen de posible confusión. La primera afirmación se hace cuando se enjuicia el motivo de impugnación referido a la invasión de la competencia exclusiva del Estado en «materia» de «relaciones internacionales», siendo al hilo de la interpretación de este concepto y de la precisión de lo que está en juego en esa materia, cuando la Sala explica con total claridad la razón por la que entiende que el Protocolo sí puede afectar a la política exterior del Estado. En cambio, la otra se hace al enjuiciar el otro motivo de impugnación, referido a la invasión de la competencia exclusiva del Estado en «materia» de «sanidad exterior», siendo aquí, y precisamente porque las actuaciones de contenido propiamente sanitario previstas en el Protocolo se van a realizar en España, cuando se afirma, desde esa perspectiva de la sanidad, no desde la otra de las relaciones internacionales, que ello carece de proyección exterior.

Cuarto. El segundo de los motivos de casación, que también es el último, denuncia como infringida la doctrina de Tribunal Constitucional relativa a cómo han de entenderse las relaciones internacionales. Con cita de las SSTC números 165/1994, de 26 de mayo (RTC 1994, 165), y 175/1995, de 5 de diciembre (RTC 1995, 175), se reiteran aquellos argumentos ya expuestos en el escrito de contestación a la demanda, según los cuales: «el elemento preciso para que se pueda afirmar que se ha suscrito una relación internacional, es la existencia de un sujeto independiente y soberano, lo que no sucede en este supuesto, como reconocía en su demanda el propio recurrente»; y «no toda acción exterior emprendida por una Comunidad Autónoma, debe ser encuadrada en relaciones internacionales, a los efectos de desplazar la competencia autonómica hacia la competencia estatal». Motivo de casación que termina afirmando que, «para concluir, si el Tribunal a quo entendió que el Protocolo firmado encerraba un conflicto positivo de competencias, debió inhibirse de su conocimiento».

Quinto. El motivo debe correr la misma suerte que el anterior; no sin señalar o advertir ya de entrada que no cabe plantear en un recurso de casación, por impedirlo su singular naturaleza jurídico-procesal, cuestiones que no hubieran sido oportunamente planteadas ante el Tribunal de instancia; razón por la que huelga aquí toda consideración sobre esa afirmación o conclusión última que acabamos de transcribir en el inciso final del fundamento de derecho anterior.

El motivo deja en pie, ya que no llega a combatirlas, a negarlas o a ponerlas en entredicho, las consideraciones más relevantes de la sentencia recurrida: la que concluye que el Protocolo impugnado «fija una concreta intencionalidad política que no es otra que la de considerar, de hecho, que el Kurdistán debería ser una Nación con Estado»; y la que valora que esta situación «puede no ser compartida por otros Estados soberanos en los que el Kurdistán puede tener incidencia (Turquía, Siria, Irak, Irán) lo que puede llevar a posiciones difíciles para el Estado español respecto de estos otros Estados soberanos al ser fácilmente considerable el Protocolo como reconocimiento de una Nación kurda que no ha sido asumido ni por los Estados afectados ni por la Comunidad Internacional». Por tanto, si no han sido combatidas, negadas o puestas en entredicho, de ellas hemos de partir en el análisis de ese segundo y último motivo de casación.

Así las cosas, aquellos dos argumentos en los que se sustenta no pueden ser compartidos: De un lado, porque si el Protocolo fija, exterioriza a modo de partida una concreta intención de naturaleza política consistente en considerar que el Kurdistan debería ser una Nación con Estado, y si además se suscribe, como la propia parte recurrente no deja de reconocer, con quien es tenido por Ministro de un inexistente Gobierno de un inexistente Estado, habrá que concluir que el Protocolo firmado no es un instrumento que sólo plasme y quiera plasmar una relación desligada, ajena, que nada tenga que ver con el estricto sentido de lo que se entiende por relaciones internacionales, sino, más bien, que situándose aparentemente en el campo propio de éstas, es él el que se presenta a sí mismo como un instrumento más de tales relaciones, al atribuir al Kurdistan la condición de sujeto de derecho internacional y ser firmado por un miembro de su Gobierno. Y, de otro, porque en el Protocolo, no en lo que se conviene, pero sí en lo que se dice que constituye una de las razones determinantes de su suscripción, lejos de haber sólo una mera dimensión o incidencia exterior que en sí misma carezca de relevancia real para el normal desenvolvimiento de las repetidas relaciones internacionales, hay más bien una inequívoca toma de postura sobre una concreta cuestión de política exterior con influjo potencial en ellas. [...]

Fallamos

Por lo expuesto, en nombre de su Majestad el Rey, y en ejercicio de la potestad de juzgar que emana del pueblo español, nos confiere la Constitución,

No ha lugar al recurso de casación que la representación procesal de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco interpone contra la sentencia que con fecha 11 de marzo de 2005 (JUR 2005, 208625) dictó la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el recurso número 1107 de 2003.

[Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª), Sentencia de 10 junio 2008. Ponente: Ilm. Sr. D. Segundo Menéndez Pérez.]

F.: Aranzadi (Westlaw) RJ 2008/6362.

III. ESTATUTO INTERNACIONAL DEL ESTADO

2008-3

INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN.—Denegación de la inmunidad de jurisdicción a la Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura (OEI). Inaplicación del artículo 12.1 del Acuerdo sede de 24 de junio de 2004.

Fundamentos de Derecho

[...]

Quinto. Varios son los argumentos de que se valen los actores para tratar de enervar la inmunidad de jurisdicción apreciada en la instancia. Uno de ellos, el fundamental, radica en hacer valer que del contenido del ordinal quinto de la versión judicial de los hechos se infiere que la OEI renunció en su día a la expresada inmunidad. Dice este hecho probado que: «El personal de la organización demandada en Madrid está afiliado a la Seguridad Social

desde 1.1.2002, inscribiéndose el organismo como empresa desde entonces, hasta cuya fecha suscribían convenios especiales con la Seguridad Social, como se reconoce por las partes y consta igualmente de la vida laboral unida a los folios 9 y ss. de autos». No podemos comparar el criterio expuesto, pues si bien esa filiación y alta de los demandantes en el Régimen General del Sistema español de la Seguridad Social supuso, sin duda, una renuncia a la inmunidad de jurisdicción de la OEI, la misma sólo puede entenderse como parcial y atinente, en exclusiva, a la relación de Seguridad Social de su personal, tanto desde un prisma administrativo, cuanto prestacional. Pero no se observa razón alguna para extender implícitamente la citada renuncia al ámbito estricto de la relación contractual de la OEI con sus empleados.

Sexto. Sin embargo, quedarnos aquí supondría tanto como dar una respuesta superficial, por formal, a la cuestión que se somete a nuestra consideración. Pocas veces la jurisprudencia social se ha enfrentado a cuestiones atinentes a la inmunidad de jurisdicción, y cuando lo ha hecho ha sido siempre en relación con Estados extranjeros y sus legaciones representativas, en tanto que la civil ha abordado en ocasiones la prerrogativa de inmunidad jurisdiccional de los agentes diplomáticos acreditados en nuestro país. Aunque en este caso se trate de una Organización internacional radicada en España no parece que los criterios interpretativos elaborados por dicha doctrina resulten ajenos a la cuestión que nos ocupa. En tal sentido, la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 1986 señala que: «(...) Por ello, debemos de acudir para resolver el problema a los siguientes preceptos: a) Artículo 24-1 de la Constitución, que representa un cambio favorable, al romper con la presunción anteriormente imperante de “in dubio pro inmunitate”, ya que establece el derecho de toda persona a obtener la tutela efectiva de sus derechos e intereses legítimos, sin que pueda producirse su indefensión. Derecho equivalente a la afirmación que el texto constitucional hace de que en ningún supuesto puede producirse la denegación de justicia, al ser la voluntad del constituyente el reconocer con carácter general el derecho a la jurisdicción. Precepto al que la doctrina del Tribunal Constitucional y la de esta Sala han dado un alcance amplísimo, que dificulta, si no impide, que algún órgano jurisdiccional pueda acceder a la solicitud de inmunidad de jurisdicción invocada por un Estado extranjero en base a textos legales del ordenamiento positivo vigente (ver sentencias de la Sala de 10 de febrero y 4 de junio del presente año). b) La exposición de motivos del Real Decreto 1654/1980, de 11 de julio, sobre Servicio Contencioso del Estado en el extranjero, afirma que “la doctrina de la inmunidad absoluta de jurisdicción puede considerarse ya en su etapa final”, y que “hoy en día la mayor parte, si no la totalidad de los Estados, aceptan la teoría restringida de la inmunidad de jurisdicción, lo que ha producido un aumento de litigios en los que el Estado o sus órganos, son parte de una jurisdicción extranjera”. En su articulado establece las normas de defensa y de actuación del Estado español cuando es demandado ante Tribunales extranjeros. c) El artículo 25-1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985, dispone que en el orden social los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes en “materia de derechos y obligaciones derivados de contrato de trabajo, cuando los servicios se hayan prestado en España o el contrato se haya celebrado en territorio español». En sentido parejo, la sentencia de igual Sala del Alto Tribunal de 10 de febrero de 1986, a cuyo tenor: «(...) la vigencia de ese principio básico, que fue históricamente aceptado, está siendo cuestionada en la actualidad por la doctrina científica en base a la realidad internacional que permite comprobar cómo los Tribunales de Estados extranjeros vienen decidiendo en la esfera de los “acta iure gestioni”, aunque no en la de los “acta iure imperi”, cuestiones que afectan (al margen, por tanto, de los litigios entre Estados como sujetos de Derecho Internacional Público, sometidos a los Tribunales internacionales) a otros Estados soberanos y concretamente al español».

Séptimo. En síntesis, tenemos una tendencia dominante según la cual el principio de inmunidad de jurisdicción no tiene carácter absoluto, sino relativo, debiendo considerarse restringido por regla general a los actos de imperio, que no a los de gestión, desde el mismo

momento que su razón de ser no es otra que la expresada a través del «brocárdico ne impediatur legatio» o, en otras palabras, contribuir a garantizar el ejercicio eficaz de las funciones que, en este caso, competen a la OEI. Con base en cuanto antecede, no es ocioso recordar ahora que si bien para nuestro Tribunal Constitucional mereció un juicio positivo de constitucionalidad la inmunidad de jurisdicción de la que, a título personal, gozan los agentes diplomáticos acreditados en nuestro país, la razón de llegar a esta conclusión, contraria, en suma, a la lesión que se aducía del artículo 24.1 de nuestra Carta Magna, fue, precisamente, la existencia de otras vías jurisdiccionales para la defensa de los legítimos intereses del demandante de amparo, aunque hubieran de seguirse ante los Tribunales del Estado acreditante.

Octavo. Así, el Tribunal Constitucional, en su sentencia 140/1995, de 28 de septiembre, proclama que: «(...) A los fines de este examen conviene comenzar recordando que desde la primera de sus sentencias, la de 16 de enero de 1981, este Tribunal ha afirmado con reiteración la plenitud jurisdiccional de los Jueces y Tribunales españoles en cuanto exigencia que se deriva del derecho a la justicia o derecho a la tutela jurisdiccional, “que se califica por la nota de efectividad”. Pero también ha declarado reiteradamente que el artículo 24.1 CE no reconoce un derecho incondicional o absoluto a la prestación jurisdiccional, sino un derecho a obtenerla por las vías procesales existentes y con sujeción a una concreta ordenación legal (SSTC 19/1981, 49/1983, 113/1990 y 172/1991). Por ello, este Tribunal ha declarado que, en cuanto se trata de un derecho prestacional, “el de la tutela judicial efectiva, en sus distintas vertientes, (...) es conformado por las normas legales que determinan su alcance y contenido concretos y establecen los requisitos y condiciones para su ejercicio” (STC 107/1992). De suerte que el legislador, dentro de su ámbito de configuración legal, puede establecer límites al pleno acceso a la jurisdicción, al igual que al pleno acceso a la ejecución de sentencias, siempre y en el bien entendido de que dichos límites sean razonables y proporcionados respecto de los fines que lícitamente puede perseguir en el marco de la Constitución (STC 107/1992). A lo que cabe agregar, por último, que confrontados a normas legales que pueden limitar o dificultar el acceso a la jurisdicción, hemos dicho que su interpretación ha de llevarse a cabo, cuando la norma así lo permita y sin violentar sus términos, de forma que no se menoscabe o excluya el acceso a la justicia (SSTC 294/1994, 37/1995, 55/1995 y 58/1995); pues a diferencia de lo que ocurre con la interpretación de las normas que limitan la admisibilidad de un recurso contra una sentencia dictada en un proceso celebrado con todas las garantías, en este caso puede quedar afectado el contenido esencial del derecho constitucional al acceso a la justicia que el artículo 24.1 CE garantiza».

Noveno. La citada sentencia continúa así: «(...) Y aun cuando esta consecuencia haya hoy desaparecido en las legislaciones, sin embargo la ratio de la inmunidad de jurisdicción en materia civil continúa siendo la misma, como es generalmente reconocido: Permitir el libre y eficaz ejercicio de las funciones de la misión diplomática en el Estado receptor (...). En efecto, esta limitación ha de reputarse legítima desde un punto de vista constitucional pues posee un doble fundamento objetivo y razonable (...)», finalizando del modo que sigue: «(...) tampoco cabe olvidar que el reconocimiento de la inmunidad jurisdiccional al Agente diplomático no priva al particular con el que contrata (...) de la protección judicial, ya que el artículo 31.4 del Convenio de Viena de 1961 ha determinado un Tribunal competente para hacer valer su pretensión, aun cuando éste sea el de otro Estado, al disponer que “La inmunidad de jurisdicción de un Agente diplomático en el Estado receptor no le exime de la jurisdicción del Estado acreditante”. Lo que implica, en las circunstancias del presente caso, que la recurrente de amparo pudo hacer valer su pretensión dirigida al pago de la renta ante los Tribunales italianos. Lo que lleva a estimar, en suma, que el obstáculo que se deriva del artículo 31.1 del Convenio de Viena de 1961 no es desproporcionado o excesivo para el particular, dado que éste puede lograr en ciertos supuestos el acceso a los órganos jurisdiccionales españoles y, en todo caso, puede recurrir a los del Estado acreditante».

Décimo. Sin embargo, en el caso enjuiciado dicha alternativa no es posible, habida cuenta que el artículo 12.5 del Acuerdo de Sede de 24 de junio de 2004 impide por completo al personal que presta sus servicios para la OEI el acceso a la jurisdicción, tanto española, como de cualquier otro Estado miembro e, incluso, de ámbito internacional, lo que mal puede casar con el artículo 24.1 de la Constitución española. Según aquel precepto internacional cualquier controversia que surja entre las partes «deberá ser sometida al arbitraje de equidad, para su resolución definitiva». Es decir, no es que se obstaculice o limite el acceso a la justicia, sino que se niega radicalmente. Como expresa el Tribunal Constitucional en su sentencia 352/2006, de 14 de diciembre, con cita de la 174/1995, de 23 de noviembre: «(...) Con ello se planteaba si resultaba “conforme con la Constitución, concretamente con sus artículos 24.1 y 117.3 CE un precepto que establece un sistema de arbitraje institucional e imperativo, en virtud del cual el acceso a la jurisdicción queda condicionado al consentimiento expreso, formalizado en un pacto, de todas y cada una de las partes implicadas en una controversia”. Para resolver la cuestión se partía de la premisa de que “el derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce y consagra el artículo 24.1 CE se refiere a una potestad del Estado atribuida al poder judicial consistente en la prestación de la actividad jurisdiccional por Jueces y Tribunales”, es decir, como señala el ATC 701/1988, “por los órganos jurisdiccionales del Estado integrados en el Poder Judicial”. Esta actividad prestacional en que consiste el derecho a obtener la tutela judicial efectiva, permite al legislador, como hemos declarado reiteradamente, su configuración y la determinación de los requisitos para acceder a ella, pero también hemos dicho que esa facultad legislativa no puede incidir en el contenido esencial de ese derecho, “imponiendo para su ejercicio, como declaramos en la STC 185/1987, obstáculos o trabas arbitrarios o caprichosos que lo dificulten, sin que tal dificultad esté en modo alguno justificada por el servicio a un fin constitucionalmente lícito”. Y añadíamos seguidamente que “del precepto cuestionado no puede decirse, ciertamente que imponga un obstáculo arbitrario o caprichoso para acceder a la tutela judicial efectiva”, pues responde, como destacan el Fiscal General y el Abogado del Estado, a la plausible finalidad de fomentar el arbitraje como medio idóneo para, descargando a los órganos judiciales del trabajo que sobre ellos pesa, obtener una mayor agilidad a la solución de las controversias de menor cuantía; pero al hacerlo de forma que no pueda eludirse más que a través de un convenio entre los interesados, establece un impedimento para el acceso a la tutela judicial contrario al derecho de todas las personas “a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos”. Sobre esta base concluíamos que el sistema establecido en el primer párrafo del artículo 38.2 LOTT entonces enjuiciado resultaba contrario al derecho a la tutela judicial efectiva pues: (...) La norma entonces declarada inconstitucional “al exigir un pacto expreso para evitar el arbitraje y acceder a la vía judicial, estaba supeditando el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva de una de las partes al consentimiento de la otra” y este “tener que contar con el consentimiento de la parte contraria para ejercer ante un órgano una pretensión frente a ella” quebrantaba “la esencia misma de la tutela judicial”, vulnerando así las exigencias del artículo 24.1 CE en relación con el artículo 117.3 CE».

Undécimo. Si esto era así en aquel supuesto, cuánto más en el que ahora se somete a nuestra consideración, en el que toda controversia surgida entre la OEI y el personal a su servicio tiene que ser resuelta, necesaria y definitivamente, por un árbitro «designado de común acuerdo», lo que supone que sus empleados carezcan, sin más, del derecho de acceso a la jurisdicción o, en otras palabras, que se les haya privado de obtener justicia ejerciendo en sede judicial sus derechos e intereses legítimos, no ya en España, sino en cualquier otro Estado. Precisamente por ello, si la inmunidad de jurisdicción debe entenderse con carácter relativo, que no absoluto; si los actores tienen nacionalidad española y prestan servicios para la Organización demandada en España, donde están domiciliados; si la sede central de la OEI radica también en nuestro país, concretamente en Madrid; si la materia a que se anuda su

reclamación ninguna relación guarda con los actos de imperio propios de aquel Organismo internacional, sino simplemente con la gestión de los recursos humanos y económicos de que está dotado; y si, por último, de ninguna manera cabe admitir el impedimento absoluto de acceder a la tutela judicial efectiva que, en su literalidad, conlleva el artículo 12.5 del Acuerdo de Sede de 24 de junio de 2004, nada cabe objetar a hacer una interpretación del artículo 5.1 de dicho Tratado internacional más favorable a hacer realidad un derecho constitucionalizado como fundamental como es el de acceso a la jurisdicción, debiendo entenderse, por todo lo expuesto, que los Tribunales españoles del orden social sí tienen competencia judicial internacional para conocer de la controversia material que se plantea en la demanda rectora de autos, lo que, como es obvio, no significa, como acertadamente razona el Magistrado de instancia al final del tercer fundamento de su sentencia, anticipar nada «sobre cuál deba ser la legislación sustantiva aplicable, y eventualmente también sobre la aplicabilidad o no del Estatuto de los Trabajadores, así como cuál deba ser la normativa reguladora de la relación de servicio de los demandantes y sus efectos sobre el caso planteado».

Duodécimo. Lo anterior hace que este motivo deba acogerse y, con él, el recurso en su integridad, sin que haya lugar por ello a la imposición de costas, y con declaración de nulidad de la sentencia recurrida retro trayendo las actuaciones al momento en que la misma recayó, para que por el Juzgador a quo, con absoluta libertad de criterio, mas partiendo del rechazo de la excepción de inmunidad de jurisdicción opuesta por la Organización internacional demandada, se dicte otra nueva en la que entre a resolver las demás cuestiones promovidas en la instancia.

Fallamos

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto conjuntamente por don Juan Ignacio, don Diego, don Matías, don Carlos Miguel, doña Estefanía y don Bruno, contra la sentencia dictada en 26 de octubre de 2007 por el Juzgado de lo Social núm. 30 de los de Madrid, en los autos núm. 681/07, seguidos a instancia de los citados recurrentes, contra Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura (OEI), sobre modificación sustancial de condiciones laborales y, en su consecuencia, debemos anular y anulamos la resolución judicial recurrida con retroacción de actuaciones al momento en que la misma recayó, devolviendo las mismas al Juzgado de procedencia para que por el Juez a quo, con absoluta libertad de criterio, mas partiendo de que no concurre la excepción de inmunidad de jurisdicción opuesta por la demandada, se dicte otra nueva en la que entre a enjuiciar las demás cuestiones planteadas en la instancia. Sin costas.

[Sentencia TSJ Comunidad de Madrid, núm. 345/2008 (Sala de lo Social, Sección 1.ª), de 5 de mayo de 2008. Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Miguel Torres Andrés.]

F.: Aranzadi (Westlaw), JUR 2008/186954.

2008-4

INMUNIDAD DE EJECUCIÓN.—Bienes embargables. IVA pendiente de reembolso.

Fundamentos de Derecho

Primero. Estados Unidos de América recurre en suplicación, ante esta Sala, el auto del Juzgado de lo Social núm. 3 de Bilbao, de 4 de octubre de 2007, que ha confirmado sus resoluciones de 27 de marzo y 29 de mayo del mismo que, en trámites de la ejecución que se sigue contra dicho Estado para hacer frente a una deuda pendiente de pago por importe de 91.421

euros de principal y 20.112,67 euros para intereses y costas, habían acordado, respectivamente, embargar el IVA que tuviera pendiente de reembolso por parte de la Agencia Tributaria, así como el reparto del dinero obtenido en su parcial cumplimiento (34.894,97 euros) y entrega de los mandamientos de pago a los ejecutantes.

[...]

Antes de acometer su examen señalemos, porque no es baladí, que el título ejecutivo se constituyó en abril de 1996, despachándose ejecución el 10 de febrero de 1997, con trámite ejecutivo totalmente estéril hasta el embargo que nos ocupa, habiéndose dictado auto de insolvencia de Estados Unidos de América el 8 de marzo de 2005, existiendo en las actuaciones ejecutivas documentación reveladora del tratamiento diplomático seguidos sobre el cumplimiento de esta sentencia, en la que constan, entre otros extremos: 1) que la razón por la que Estados Unidos de América se niega a dar cumplimiento voluntario a la sentencia es porque considera que es propio de su soberanía la decisión de cerrar su Consulado de Bilbao y, por ello, no tiene por qué hacer frente a más indemnización que la propia de un despido por amortización de puesto de trabajo procedente; 2) que la Agencia Tributaria, al cumplir la orden de embargo del IVA, ha señalado su criterio de considerarlo bien no embargable porque su devolución deriva de la exención fiscal que gozan los Estados extranjeros en la actividad de imperio propia de sus actividades diplomáticas y consulares; 3) que el Abogado del Estado también hizo saber al Juzgado que estimaba no embargable ese bien, al amparo del artículo 22-3 del Convenio de Viena de Relaciones Diplomáticas.

[...]

Cuarto. A) No todos los bienes de un deudor son embargables, aunque ello suponga no poder hacer efectiva una sentencia. El derecho a una tutela judicial efectiva de quienes han obtenido un pronunciamiento firme de condena al pago de una cantidad a su favor, no necesariamente quiebra por ello, ya que en la ponderación de intereses en juego, cabe estimar preferente la protección de otros valores. Los artículos 605, 606 y 607 LECiv (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) contienen supuestos de bienes inembargables, admitiéndose, entre ellos, los declarados así por alguna otra disposición legal o por Tratados ratificados por España, siendo nulo el embargo trabado sobre un bien inembargable (art. 609 LEC).

Nuestro Tribunal Constitucional, en su sentencia 107/1992 (RTC 1992, 107) fijó pautas importantes en esta materia, relacionada con los bienes de los Estados extranjeros deudores, en criterios reiterados en sus sentencias 292/1994 (RTC 1994, 292) y 176/2001 (RTC 2001, 176) (ya citadas) y en 18/1997, de 10 de febrero (RTC 1997, 18): 1) es compatible con ese derecho fundamental la existencia de inmunidad de ejecución sobre determinados bienes de los Estados contemplada en normas legales o tratados, pero no lo es una indebida extensión o ampliación de sus normas; 2) los bienes de las misiones diplomáticas y consulares de los Estados son absolutamente inmunes a la ejecución, ya que están protegidos por los Tratados de Viena mencionados en el recurso, alcanzando esa garantía a los locales de la misión u oficina consular, su mobiliario y demás bienes situados en ellos, así como sus medios de transporte, estimándose incluido entre esos bienes, conforme a la práctica internacional, las cuentas corrientes bancarias adscritas a su funcionamiento, incluso aunque pudieran servir para operaciones no directamente vinculadas a actos de soberanía (ante la imposibilidad de deslindar sus saldos e investigar sus movimientos); 3) en cuanto al resto de bienes de un Estado, no son embargables los bienes afectos al derecho de soberanía del Estado, pero sí los vinculados a sus actos de gestión; 4) la actividad ejecutiva destinada a lograr el cumplimiento de la sentencia debe abarcar, si es preciso, la colaboración de los Ministerios de Hacienda y Asuntos Exteriores, acudiendo incluso a que éste realice las oportunas gestiones por vía diplomática.

Doctrina que ni el recurrente ni los demandantes cuestionan. Su discrepancia se contrae a determinar si el IVA embargado está afecto de esa inmunidad.

B) *La Sala comparte el criterio del Juzgado, que ha estimado su carácter embargable, siendo varias las razones que nos llevan a esa conclusión.*

Señalemos, con carácter previo, que ni la resolución recurrida ni aquéllas de las que trae causa tienen por acreditado que el IVA a devolver derive, exclusivamente, de las exenciones contempladas en el artículo 3 del RD 3485/2000 (RCL 2000, 3040), sin que el recurso trate de incorporar ese extremo, de inequívoco carácter fáctico, por cauce adecuado. Ciertamente es, no obstante, que en el recurso se invoca el escrito remitido por la Agencia Tributaria a las actuaciones el 4 de junio de 2007 (folios 551 a 553 de autos), en el que el Delegado Ejecutivo de la Agencia sí viene a señalarlo así, por lo que una lectura del alcance de su denuncia guiada, como procede, por criterios favorables a la dispensa de tutela judicial puede permitirnos tomarlo en consideración. Ahora bien, en tal caso, surge inapelable, a juicio de esta Sala, una razón para negar el carácter no embargable de ese bien, al tratarse de un derecho de crédito que deriva únicamente, como acertadamente lo razona el Juzgado en la resolución recurrida, de un privilegio tributario, que no es equiparable al de los bienes protegidos con la inmunidad absoluta de ejecución por los Convenios de Viena, cuya razón de ser deviene de que son bienes propios de las Misiones Diplomáticas o Consulares del Estado extranjero y afectos al desarrollo de las mismas. Resulta revelador de esa falta de equiparación no sólo la distinta naturaleza de unos y otros bienes (en un caso, derecho de propiedad de unos bienes que el propio Estado ha vinculado al ejercicio de su soberanía; en otro, derecho de crédito que se tiene por reconocimiento del Estado en donde se ejerce la soberanía y que éste condiciona, además, a criterios de reciprocidad, según revela el art. 3 del citado RD). Entra aquí en juego ese criterio constitucional anteriormente expuesto, sobre el carácter no extensivo de la inmunidad de ejecución a la hora de interpretar o aplicar sus normas, precisamente para no perjudicar el derecho a la tutela judicial efectiva de quienes han obtenido una sentencia favorable que no logran hacer que se cumpla por quien fue condenado a ello.

Conclusión reforzada aún más cuando se advierte cuál es la auténtica razón por la que el recurrente se niega a cumplir voluntariamente con el pago a que fue condenado en sentencia firme, como es la puesta en cuestión que hace del mismo título ejecutivo, negándose a acatarlo por razones que revelan su negativa a someterse a nuestra soberanía a la hora de interpretar el cumplimiento de la legislación laboral española, según ha revelado la respuesta dada por vía diplomática al Ministerio de Asuntos Exteriores, cuando el Juzgado ha acudido a éste para tratar de lograr, por tal cauce, el cumplimiento de la sentencia. Ante una actitud de esa naturaleza, que revela una actitud obstruccionista al cumplimiento de la sentencia, con una ejecución infructuosa seguida durante diez años ante un Estado del que resulta un sarcasmo sostener que es insolvente, el derecho a la tutela judicial efectiva de los demandantes debe ser protegido de manera eficaz, tal y como lo ha realizado el auto impugnado, en lo que constituye una segunda razón para ratificar el embargo acordado, siguiendo esa línea de defensa de dicho derecho fundamental que efectúa la sentencia del Tribunal Constitucional 18/1997 (RTC 1997, 18) en un caso en que también se prolongaba sin éxito una ejecución contra un Estado extranjero (Guinea Ecuatorial) y en el que, finalmente, se archivaba la ejecución (aún con el carácter provisional propio del orden laboral) sin agotar medios aún posibles, como era la continuidad de las vías diplomáticas intentadas o el embargo de cantidades que pudieran reconocerse por España a favor de dicho Estado en concepto de créditos, ayudas o subvenciones que no derivasen de tratados internacionales.

El recurso, por cuanto se ha expuesto, debe desestimarse.

[Sentencia TSJ Comunidad del País Vasco, Recurso de Suplicación núm. 3029/2007 (Sala de lo Social, Sección 1.ª), de 8 de abril de 2008. Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Díaz de Rábago Villar.]

F.: Aranzadi (Westlaw), JUR 2008/1685.

2008-5

INMUNIDAD DE EJECUCIÓN.—Ejecución de sentencias de contenido pecuniario contra una misión diplomática.*Fundamentos de Derecho*

Segundo. [...] A lo dicho hasta ahora cabe añadir dos datos relevantes en relación con el caso aquí enjuiciado: Que cuando el sujeto ejecutado es una Embajada o un Estado extranjero no puede presumirse su insolvencia y, sobre todo, que, en estos supuestos, cuando surgen dificultades en la ejecución de las resoluciones judiciales cobra vital importancia la colaboración de los poderes públicos del Estado del foro y, en especial, de su Ministerio de Asuntos Exteriores. Por ello el órgano judicial debe recabar sin desmayo esta colaboración cuya negativa puede producir el nacimiento de las pertinentes responsabilidades.

Tercero. Las conclusiones anteriores deben ser puestas en relación con el supuesto de hecho ahora examinado en el que el Juez no ha declarado la inmunidad absoluta de los bienes de la Embajada ejecutada, sino que sus intentos de embargo se han visto frustrados y no ha podido satisfacer el derecho del recurrente, razón por la que ha decretado el archivo por la supuesta insolvencia de la Embajada. El recurrente considera, ante esta decisión, que el Juez no ha impulsado el procedimiento de ejecución con el rigor que le impone el artículo 24.1 CE en el ámbito laboral pues, como señala el Tribunal Constitucional, «el órgano judicial viene obligado, por el propio ordenamiento, a utilizar todas las vías que objetivamente sean posibles y pertinentes para dotar de eficacia al contenido del derecho fundamental en litigio. De esta forma, la decisión judicial de interrumpir las actuaciones no debe responder a un principio de discrecionalidad o razonabilidad subjetiva sino a un principio imperativo objetivo marcado por el ordenamiento».

Desde esta perspectiva, tal y como se denuncia en el recurso, se aprecian ciertas carencias en la actividad de investigación. En efecto, el Juez a quo debe decretar el embargo de los saldos de la Embajada existentes en las cuentas corrientes de las entidades financieras solicitando ampliación informativa a otros organismos en los que previsiblemente puedan constar la relación de tales bienes (Ministerio de Asuntos Exteriores y otros Ministerios que pudieran tener constancia de esos bienes o derechos afectables), debe requerir a los Registros de la Propiedad y al Ayuntamiento de la capital, a fin de que remitan certificación de inmuebles inscritos a los que no alcance la inmunidad de ejecución, todo ello no solo a nombre de la ejecutada sino del Estado de la República de Indonesia que es en el último término el ejecutado, pues la Embajada no es sino un órgano de ese Estado y su representante en España.

Debe también requerir a la ejecutada para que efectúe manifestación sobre sus bienes o derechos con la precisión necesaria para garantizar sus responsabilidades y con necesaria indicación, además, de las personas que ostentaran derechos de cualquier naturaleza sobre sus bienes. Igualmente, como se indica en el recurso, debe requerir la información pertinente para averiguar los créditos, ayudas y subvenciones que pudieran haberse concedido a la República de Indonesia, acordando la retención y embargo, con el pertinente acceso a la vía diplomática, obteniendo respuesta y bajo los apercibimientos correspondientes, con depuración de responsabilidades individuales, en su caso, pues el cumplimiento de las Sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales es obligatorio, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto (art. 118 CE, 17 LOPJ y 410 CP).

En cuanto a la vía diplomática, en la que se exige la colaboración del Ministerio de Asuntos Exteriores el Juzgado no puede aquietarse ante la contestación recibida, debiendo insistir en el requerimiento al MAE para que adopte las medidas que el Derecho Internacional le

ofrece en el ámbito de las relaciones diplomáticas frente a la Embajada de otro Estado y frente al mismo Estado en el ámbito de las relaciones económicas y ello sin perjuicio de la responsabilidad de la Administración por su inactividad, caso de no continuarlas.

Todo lo expuesto, que no es sino reiteración de lo manifestado por el Tribunal Constitucional, lleva a concluir que el Juez declinó su obligación de utilizar cuantos cauces le brinda el ordenamiento para ejecutar una Sentencia firme puesto que, incluso, como establece dicho Tribunal «cabría pensar, no obstante, que en el ínterin el Juez asumió la respuesta de imposibilidad de embargo de aquellos bienes ofrecida por el mencionado Ministerio; pero ello, obligaba al órgano judicial a exteriorizar, mediante resolución motivada, cuáles eran los impedimentos que, a su juicio, concurrían para no proceder al embargo de las ayudas y subvenciones otorgadas al Estado».

[...]

Fallamos

Estimando el recurso de suplicación formulado por don Valentín contra el auto de 16 de octubre de 2007 dictada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de los de Madrid en autos 387/06, ejecución 5/07, seguidos a su instancia frente a la Embajada de la República de Indonesia, debemos declarar y declaramos la nulidad de las actuaciones a partir del auto de 11 de septiembre de 2007 y posterior 16 de octubre de 2007, continuando la ejecución de la sentencia hasta su total cumplimiento en sus propios términos, debiendo el Juzgado realizar las actividades de investigación pertinentes en orden al cumplimiento de la sentencia, en la forma que se especifica en la presente resolución.

[Sentencia TSJ Comunidad de Madrid, núm. 252/2008 (Sala de lo Social, Sección 2.^a), de 9 de abril de 2008. Ponente: Ilma. Sra. D.^a María del Rosario García Álvarez.]

F.: Aranzadi (Westlaw), JUR 2009/125226.

IV. ÓRGANOS DEL ESTADO PARA LAS RELACIONES INTERNACIONALES. DERECHO DIPLOMÁTICO Y CONSULAR

2008-6

MISIONES DIPLOMÁTICAS EXTRANJERAS EN ESPAÑA.—Notificación de las demandas.

Fundamentos jurídicos

Primero. [...]

La demandada se opone al recurso de apelación y, con carácter subsidiario, para el supuesto de estimarse que la cláusula tercera del contrato es válida, impugna la sentencia en lo que le resulta desfavorable alegando los motivos, principal y subsidiarios, siguientes: [...]
5. *Existe nulidad de actuaciones desde el momento de ser emplazada la Embajada de Irak para contestar la demanda toda vez que no fue practicada a través del Ministerio de Asuntos Exteriores español.*

Segundo. [...]

La Embajada de la República de Irak fue emplazada conforme a las normas procesales establecidas en la Ley de Enjuiciamiento civil y la pretendida irregularidad del emplazamiento

to, por vulneración del artículo 41.2 del Convenio de Viena, no fue denunciada por la demandada en el primer momento en que hubo de hacerlo, a saber, dentro del propio plazo concedido para comparecer y contestar la demanda, pues, en la tesis de la última, se trataría de un mero defecto relacionado con la forma en la realización del acto procesal de comunicación al no haberse cursado a través del Ministerio de Asuntos Exteriores de España y, por tanto, el acto sería meramente anulable, no nulo radical o absoluto, máxime cuando el emplazamiento, en la forma en que se llevó a cabo, directamente en la Embajada mediante entrega de cédula, copia de la demanda y documentos al Encargado de Negocios, no se rehusó, sino, antes bien, se aceptó plenamente el acto de comunicación procesal y este cumplió la finalidad de notificar a la destinataria la existencia del proceso y conminarle a comparecer en el mismo y contestar la demanda y producido tal conocimiento, tuvo plenos efectos la comunicación e intimación, por lo que la inicial rebeldía de la demandada y falta de contestación de la demanda se debió a su propia y voluntaria pasividad y aunque el acto de comunicación adoleciera de alguna irregularidad, debía producir plenos efectos, como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 13 julio de 1995. Tampoco denunció la pretendida irregularidad cuando declarada en rebeldía le fue notificada tal situación procesal y la convocatoria a la audiencia previa, limitándose a cursar comunicación escrita al Juzgado, por correo ordinario, manifestando que «no se hace cargo de las deudas del anterior Encargado de Negocios» porque en el período en que se produjeron los hechos entre la demandante y el antiguo Representante de la Embajada, el país se encontraba sumergido en una situación difícil, la cual produjo el cese inmediato del antiguo Encargado de Negocios como representante del país, el cual tuvo que abandonar España urgentemente sin poder avisar a Fulmacar, S. A., según lo establecido en el contrato de arrendamiento; y que, por ello, «la Embajada no acudirá a ninguno de los procesos en los que requiere su presencia, debido a que no se somete a las Leyes Españolas según los Convenios de Viena». Ni denuncia la irregularidad cuando, declarada en auto dictado por la Audiencia Provincial la competencia de los Tribunales españoles para el conocimiento del asunto, es convocada nuevamente a la celebración de la audiencia previa y se persona en las actuaciones, limitando su actuación a solicitar la suspensión de la audiencia previa, alegando razones insostenibles, para la que han sido convocadas las partes.

El artículo 166.2 de la Ley de Enjuiciamiento civil obliga a decretar la validez de las notificaciones, citaciones, emplazamientos y requerimientos, si el interesado se hubiera dado por enterado en el asunto, y no denunciase la nulidad de la diligencia en su primer acto de comparecencia ante el tribunal, surtiendo ésta desde entonces todos sus efectos, como si se hubiere hecho con arreglo a la ley.

No es cierto que la demandada no contestara la demanda por «el hecho de no considerar competentes a los Tribunales españoles y porque la misma no le fue notificada a través del Ministerio de Asuntos Exteriores español, como ha sido práctica habitual siempre que ha sido demandada». La única razón que alegó la demandada, tras ser emplazada en la propia Embajada, fue la que ya hemos transcrito: «no se hace cargo de las deudas del anterior Encargado de Negocios» porque en el período en que se produjeron los hechos entre la demandante y el antiguo Representante de la Embajada, el país se encontraba sumergido en una situación difícil, la cual produjo el cese inmediato del antiguo Encargado de Negocios como representante del país, el cual tuvo que abandonar España urgentemente sin poder avisar a Fulmacar, S. A., según lo establecido en el contrato de arrendamiento; y, por ello, «la Embajada no acudirá a ninguno de los procesos en los que requiere su presencia, debido a que no se somete a las Leyes españolas según los Convenios de Viena».

En definitiva, la validez del emplazamiento quedó consolidada desde el momento en que la demandada conoció el acto y no solicitó su nulidad en la primera oportunidad que tuvo, de modo que, dejando al margen otras cuestiones, como la propia interpretación del artículo 41.2 del Convenio de Viena, en esta segunda instancia la demandada-impugnante no podía alegar

infracción de normas o garantías procesales en la primera instancia por razón del emplazamiento de la demandada, ya que no podría cumplirse el primer requisito exigido para ello, cual era, según lo establecido en el artículo 459 de la Ley de Enjuiciamiento civil, la acreditación de que denunció «oportunamente» la infracción en la primera instancia.

[Sentencia Audiencia Provincial Madrid, núm. 96/2008 (Sección 14), de 19 de febrero de 2008. Ponente: Ilma. Sra. D.^a Amparo Camazón Linacero.]

F.: Aranzadi (Westlaw), JUR 2008/136053.

V. DERECHO DEL MAR

2008-7

ESPACIOS MARÍTIMOS.—Alta mar. Inspección de buque en alta mar. Ejercicio de la jurisdicción penal española.

II. Fundamentos de Derecho

Primero. El Tribunal de instancia rehúsa conocer de la acusación del delito por falta de jurisdicción de los Tribunales españoles, al no haberse adoptado medidas en Derecho interno para la eficacia de compromisos internacionales.

En la causa de que procede este rollo, el escrito de acusación, según da cuenta la sentencia recurrida, se dirige contra dieciocho ciudadanos extranjeros a los que se acusa de haber introducido en España a unos ciento cincuenta inmigrantes a bordo de un buque denominado MT Konakry, inspeccionado entre las 1550Z y 1638Z el 31 de enero de 2004, fuera de las aguas jurisdiccionales españolas.

El Tribunal de instancia excluyó la aplicación de las normas contempladas en los apartados 3 y 4 del artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1578, 2635), concretamente el apartado h) del citado artículo 23.4. A tal conclusión llega desde la consideración de que, para aplicar el artículo 15.2 c) i) de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (RCL 2003, 2326), se requiere que el Estado español dicte normas internas que le permitan hacer uso de la facultad atribuida en la Convención.

Segundo. El Ministerio Fiscal, además de alegar que el delito se puede tener por cometido en territorio español, estima que cabe aplicar aquellos instrumentos internacionales suscritos por España.

Por ello, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882, 16) denuncia la inaplicación del artículo 23.1 y, en su caso, del artículo 23.4 h) de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1578, 2635) en relación con el 318 bis 1.º, 2.º y 3.º del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777). Fundando la invocación del artículo 23.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en la estimación de que el delito se consuma o continúa ejecutando en territorio español, al haber provocado los acusados el acto de salvamento y, con él, la entrada en territorio español de los inmigrantes.

Además estima que la jurisdicción a los Tribunales españoles le viene atribuida para tales casos por las normas internacionales que cita.

Tercero. El Derecho interno español cuenta con las medidas necesarias para la eficacia de los pactos internacionales, en lo que atañe al Derecho Penal y en lo referente a la extensión de su jurisdicción.

El BOE núm. 295 de 10/12/2003 publicó el Instrumento de veintiuno de febrero de dos mil dos (RCL 2003, 2864) por el que se ratifica el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000 (RCL 2003, 2326), cuyo Protocolo firmó en Palermo el Plenipotenciario de España el día 13 de diciembre de 2000.

En el artículo primero del mismo se establece que el Protocolo complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y se interpretará juntamente con la Convención. Y se añade que las disposiciones de la Convención se aplicarán mutatis mutandis al presente Protocolo, a menos que en él se disponga otra cosa.

En lo que ahora interesa debemos destacar que en el apartado 3 del mismo artículo primero se establece que: Los delitos tipificados con arreglo al artículo 6 del presente Protocolo se considerarán delitos tipificados con arreglo a la Convención.

Por otra parte en el artículo 6 se asume por el Estado la obligación de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente y con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material: a) El tráfico ilícito de migrantes.

Y en el artículo 8 como medida contra el tráfico ilícito de migrantes por mar se autoriza, en su apartado 7 a que todo Estado Parte, que tenga motivos razonables para sospechar que un buque está involucrado en el tráfico ilícito de migrantes por mar y no posee nacionalidad o se hace pasar por un buque sin nacionalidad, pueda visitar y registrar el buque. Lo que puede considerarse reiteración de la previsión del artículo 110 de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 1982 (RCL 1997, 345), dada la equiparación efectuada en su apartado 5.

Si se hallan pruebas que confirmen la sospecha, ese Estado Parte adoptará medidas apropiadas de conformidad con el derecho interno e internacional, según proceda.

Entre esas medidas se encuentra la prevista en el artículo 5 de la Convención. aplicable por la remisión antes citada del artículo 1 del Protocolo, por la que se reitera la obligación de penalizar, mediante la correspondiente tipificación de la conducta de toda persona que, a sabiendas de la finalidad y actividad delictiva general de un grupo delictivo organizado o de su intención de cometer los delitos en cuestión, participe activamente en: a) Actividades ilícitas del grupo delictivo organizado; b) Otras actividades del grupo delictivo organizado, a sabiendas de que su participación contribuirá al logro de la finalidad delictiva antes descrita.

En su artículo 11.2. cada Estado Parte velará por que se ejerzan cualesquiera facultades legales discrecionales de que disponga conforme a su derecho interno en relación con el enjuiciamiento de personas por los delitos comprendidos en la presente Convención a fin de dar máxima eficacia a las medidas adoptadas para hacer cumplir la Ley respecto de esos delitos, teniendo debidamente en cuenta la necesidad de prevenir su comisión.

Y, finalmente, con más precisión en el artículo 15.2 se establece que, con el debido respeto a la soberanía de los demás Estados, un Estado Parte también podrá establecer su jurisdicción para conocer de tales delitos cuando:... c) El delito:... i) Sea uno de los delitos tipificados con arreglo al párrafo 1 del artículo 5 de la presente Convención y se cometa fuera de su territorio con miras a la comisión de un delito grave dentro de su territorio.

Cuarto. España tiene jurisdicción para juzgar el hecho imputado al acusado lo que acarrea la nulidad de la sentencia recurrida.

De lo anterior deriva que el hecho objeto del proceso en que el Tribunal de instancia declinó su jurisdicción, constituye un comportamiento tipificado en el Código Penal español

de 1995 (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), y ello es así por la introducción de tal tipo penal (art. 318 bis) por la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero (RCL 2000, 72, 209).

Y se trata también de un delito que, por previsto en el artículo 6 del Protocolo (RCL 2003, 2864), pasó a formar parte de los de referencia de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

En consecuencia el Estado español resulta facultado para la intervención, incluso fuera de aguas jurisdiccionales, mediante la visita e investigación de la embarcación, en la medida que concurrían motivos racionales para estimar probable la comisión del delito citado.

Y, además, según el citado Protocolo para «establecer su jurisdicción» en relación al enjuiciamiento del delito y ejercitar las facultades legales según su derecho interno, para el enjuiciamiento de los denunciados. El derecho interno faculta para la extensión jurisdiccional, según su artículo 23.4) de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1578, 2635) conforme a dicha cobertura jurídica de la citada Convención.

Tales disposiciones sustantivas (la tipificación de la conducta en el derecho interno a través del art. 318, bis del Código Penal) y orgánicas (art. 23.4.h) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, satisfacen la previsión de las medidas que el Estado español tenía que adoptar, o tener adoptadas, para la plena eficacia del compromiso internacional asumido por la ratificación de la Convención y Protocolos citados. Precisamente en ese particular se evidencia la falta de comprensión de la razón dada por la resolución recurrida, que, tras hacer protesta de la supuesta ausencia de tales medidas, omite indicar en qué otra cosa habrían de consistir.

Lo que es suficiente, sin necesidad de invocar los principios de territorialidad ni el de protección, para la estimación del recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal. Porque el comportamiento denunciado se asimila, ex Protocolo, a los descritos en la Convención, y resulta evidente que la migración tenía como objetivo la inmigración en territorio español, estando tal comportamiento tipificado y teniendo decidido el Estado español la extensión de su jurisdicción al enjuiciamiento de tal hecho.

No hay lugar pues a entrar a considerar las demás alegaciones sobre la naturaleza del delito en relación a la persistencia en la ejecución del comportamiento tipificado, cuando los inmigrantes son trasladados a territorio español, en el que, según el citado Ministerio Fiscal, cabría entender cometido el delito. Ni a invocar otros principios de extensión jurisdiccional.

No obstante, cabe añadir que, tratándose de un delito cuya estructura típica incluye la modalidad comisiva de actos de mero favorecimiento o promoción de los que son lesivos para el bien jurídico protegido, el tratamiento procesal de la competencia para su enjuiciamiento se asimila al de los supuestos de tentativa.

En relación a tales comportamientos delictivos, el lugar de comisión, que es el criterio de naturaleza procesal determinante de la competencia, «ex» artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882, 16), debe determinarse conforme a lo que hemos acordado en Sala General de 3 de febrero de 2005. Es decir, que el delito se comete en cualquiera de aquellos lugares en que se despliega la actividad del sujeto o se manifiesta el resultado típico. Y cuando se trata de una consumación interrumpida, como es el caso de la tentativa, o se estima consumado por el comportamiento meramente favorecedor de la lesión del bien jurídico, el lugar en que el resultado habría de producirse o la lesión habría de ocasionarse se erigen en criterios de atribución de competencia, concurrentes con el del lugar de la actuación del sujeto.

Esto último resulta especialmente indicado cuando, como en el presente caso, según dejamos antes expuesto, la jurisdicción se extiende por virtud de tratados internacionales que toman como criterio que el delito, cometido allende la frontera territorial del Estado, se concibe por el autor, como dice el artículo 15.2 del Protocolo citado «con miras a la comisión de un delito grave dentro de su territorio».

Lo dicho determina la nulidad de la sentencia dictada y recurrida según deriva del artículo 238 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que al sancionar con nulidad de pleno derecho la entrada a conocer de un asunto para el que se carece de competencia objetiva, debe implicar igual efecto en su contrapartida negativa, cuando se rehúsa conocer so pretexto de ausencia de jurisdicción si la misma está realmente atribuida al Tribunal.

Por todo ello dictamos el siguiente

III. Fallo

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, con fecha 23 de febrero de 2007, en los autos de que procede este rollo, sentencia que anulamos y mandamos reponer las actuaciones al momento de celebración de la vista del juicio oral que deberá reiterarse. Declarando de oficio las costas de este recurso.

VOTO PARTICULAR

Fecha: 03/01/2008

Voto particular concurrente que formula el Excmo. Sr. don Enrique Bacigalupo Zapater en relación a la Sentencia núm. 1121/07 recaída en el recurso de casación núm. 895/07.

El Magistrado que suscribe discrepa de la fundamentación de la sentencia de la mayoría en lo concerniente a las bases legales que determinan la jurisdicción española en este caso. En efecto, es equivocado sostener que la jurisdicción española en el presente caso se basa en el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional de 15.11.2000 (RCL 2003, 2326). La jurisdicción española, por el contrario, se fundamenta en el principio territorial y los criterios jurisprudenciales que establecen el lugar de comisión del delito (criterio de la ubicuidad, decisión del Pleno no jurisdiccional de la Sala de lo Penal de 3 de febrero de 2005) y no requiere que se recurra al artículo 23.4.g) LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635).

De acuerdo con lo establecido en el FJ segundo de la sentencia recurrida, se acusó en esta causa a «18 ciudadanos extranjeros de haber introducido en España a unos ciento cincuenta inmigrantes a bordo del buque MT Konakry», inspeccionado por autoridades españolas «fuera de las aguas jurisdiccionales españolas».

Es en primer lugar, al menos dudoso, que a la luz de tan escueto material fáctico se pueda sostener que estamos en presencia de un grupo delictivo organizado, toda vez que sobre la existencia de la organización no existe el menor elemento de juicio en la sentencia recurrida. Precisamente la existencia de la organización y su prueba constituyen un presupuesto procesal que debe ser acreditado para que resulte aplicable el citado protocolo y a través de él la Convención de la ONU contra la delincuencia organizada transnacional.

En segundo lugar, el Protocolo no contiene normas sobre el ámbito territorial de validez de las norma cuya tipificación se prevé. Y no las contiene porque es una materia que, en principio, corresponde a cada Estado. Conviene recordar que, por lo menos, desde que el Institut de Droit International en su reunión de Oxford de septiembre de 1880 comenzó a ocuparse del tema se entiende por derecho penal internacional (a diferencia del llamado derecho internacional penal), en primer término, «las normas que determinan el ámbito de validez del derecho penal nacional frente a los derechos penales extranjeros», para decirlo con palabras de uno de los fundadores de este ámbito del derecho penal.

Por lo tanto, una adecuada fundamentación de la jurisdicción española no debe ser deducida de donde no es posible deducirla y de donde, en todo caso, no es necesario hacerlo. Las disposiciones del Protocolo que autorizan legislar tipificando ciertos delitos, nada dicen sobre la jurisdicción y ésta no se deriva de la facultad para visitar y registrar el buque. La Convención de la ONU contra la delincuencia organizada en su artículo 15.c, i), por lo demás, no hace sino repetir, de una manera que permita unificar diferencias legislativas en la materia, la misma solución que se desprende de nuestro derecho interno, es decir, la que se basa en el principio territorial y la teoría de la ubicuidad. Su cita es, en consecuencia, superflua.

Dado en Madrid, a los tres días del mes de enero de dos mil ocho

[Sentencia Tribunal Supremo núm. 1121 (Sala de lo Penal, Sección 2.ª), 3 de enero de 2008.
Ponente: Ilmo. Sr. D. Luciano Varela Castro.]

F.: Aranzadi (Weslaw). RJ 2008/47.

VI. ASILO Y REFUGIO

2008-8

ASILO.—Improcedencia de la revocación de la condición de asilado. Interpretación de la causa de revocación contenida en el artículo 1.F.c): responsabilidad por realización de «actos contrarios a las finalidades y los principios de Naciones Unidas».

Fundamentos de Derecho

Primero. Se cuestiona en el presente recurso la legalidad del Acuerdo adoptado por el Consejo de Ministros, en su reunión de fecha 17 de marzo de 2006, por el que fue desestimado el recurso de reposición formulado por D. Augusto, de nacionalidad ecuatoguineana y asilado político en España desde el 13 de marzo de 1986, contra el anterior Acuerdo del citado Consejo de Ministros, adoptado en su reunión de 30 de diciembre de 2005, por el que le fue revocada la mencionada concesión del asilo.

Se citan en los Acuerdos del Consejo de Ministros como hechos determinantes de la decisión adoptada las «actividades realizadas desde España por el Sr. Augusto contra el régimen político actual de Guinea Ecuatorial, en concreto los intentos de golpe de Estado de mayo de 1997, de febrero y marzo de 2004, así como el desplazamiento a Croacia en marzo de 2005 para entablar diferentes contactos con empresarios vinculados con negocios petrolíferos y de compraventa de armas». [...]

Tercero. Pues bien, ambos preceptos convencionales son utilizados por los Acuerdos del Consejo de Ministros para fundamentar la decisión de revocación del derecho de asilo del recurrente, tal y como destacamos y extractamos separadamente:

A) En el primero de los Acuerdos (para justificar la aplicación del citado artículo 1.F.c) de la Convención [RCL 1978, 2290 y 2464]) se expresa que en los Informes de la Comisaría General de Información y del Centro Nacional de Inteligencia se «detallan las actividades de planificación y organización de varios intentos de golpe de Estado para derrocar al régimen de Guinea Ecuatorial, en las que se incluyen la recluta de mercenarios y el tráfico de armas», debiendo los mismos ser considerados como los «motivos fundados» exigidos en el artículo 1.F.c) de la Convención, destacándose tal consideración por parte de la Organización de las Naciones Unidas tanto, en concreto, en relación al reclutamiento de mercenarios como al

tráfico ilícito de armas, ya que ambas específicas actividades «están llamadas a tener consecuencias negativas sobre el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales». Por ello, se considera que las actividades del recurrente son contrarias a los principios y finalidades de las Naciones Unidas, al incluirse entre los mismos «el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales».

B) Por otra parte, y desde la segunda perspectiva (art. 33.2 de la Convención) en el primero de los Acuerdos de Consejo de Ministros se expresa que «existen motivos fundados para considerar al Sr. Augusto como un peligro para la seguridad de España». Y, la única justificación que, para tal afirmación, se contiene en el Acuerdo que se revisa es que «así lo señala el Centro Nacional de Inteligencia, cuyo criterio debe considerarse motivo fundado» para la aplicación del artículo 33.2 de la Convención de Ginebra, por ser órgano que ostenta en España la responsabilidad de facilitar al Presidente del Gobierno y al Gobierno de la Nación las informaciones, análisis, estudios o propuestas que permitan prevenir y evitar cualquier peligro, amenaza o agresión contra la independencia o integridad territorial de España, los intereses nacionales y la estabilidad del Estado de derecho y sus instituciones». [...]

Quinto. Sin embargo, hemos de acoger la argumentación relativa a la falta de concurrencia de los requisitos precisos para la aplicación del artículo 33.2 de la Convención de Ginebra (RCL 1978, 2290 y 2464), debiendo, en consecuencia, rechazarse la afirmación que se realiza en el primero de los Acuerdos de Consejo de Ministros cuando se expresa que «existen motivos fundados para considerar al Sr. Augusto como un peligro para la seguridad de España».

Como sabemos, el único respaldo de tal afirmación es que así lo expresa en su informe el Centro Nacional de Inteligencia; en dicho informe, tras relatar las actividades del recurrente desde 1997 (en concreto, de 17 de mayo de 1997 en Cabinda, Angola; verano de 1999 en Camerún; marzo de 2004 en Las Palmas de Gran Canaria y Malabo; y marzo y abril de 2005 en Croacia) concluye señalando que «España, ajena a cuantas maquinaciones ha organizado Augusto, se ha visto inmersa en numerosas ocasiones, en situaciones de crisis y de deterioro de relaciones hispano-guineanas y de riesgo para sus intereses y ciudadanos a causa de la ambición de este asilado. En suma, toda su actividad golpista acaba comprometiendo la política exterior española con Guinea Ecuatorial; tiene sus efectos y derivaciones en la política interna española y produce efectos negativos para la comunidad española residente en ese país africano».

Especialmente significativo resulta que, en ninguno de los dos informes jurídicos emitidos por el Abogado del Estado-Jefe del Ministerio del Interior y por la Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, se realice referencia alguna a esta argumentación jurídica del artículo 33.2 de la Convención de Ginebra; esto es, a la existencia de «razones fundadas (para considerar al recurrente) como un peligro para la seguridad del país (España) donde se encuentra». Y, por otra parte, tampoco en el Informe emitido por la Comisaría General de Información se contiene la más mínima referencia a que alguna de las actividades del recurrente que se narran en el mismo, hubiera implicado un peligro para la seguridad de España; y, por supuesto, tampoco se contiene en el citado Informe ningún tipo de valoración o especulación en dicho sentido.

Por ello, la argumentación, contenida en el Acuerdo inicial del Consejo de Ministros, de que la simple manifestación por parte del Centro Nacional de Inteligencia –en un informe emitido el mismo día que le es solicitado– debe de ser considerada como un «motivo fundado», determinante de la aplicación del precepto convencional 33.2 citado y de la revocación de la condición de refugiado del recurrente, no podemos, en modo alguno, acogerla; en primer término, porque el propio informe del Centro Nacional de Inteligencia no refleja la necesaria y fundada situación de peligro para España como consecuencia de las actividades que se relatan del recurrente (que es el concepto exigido por el precepto convencional que nos ocupa), y,

en segundo término, porque las afirmaciones, que en el mismo Informe se contienen, acerca de «situaciones de crisis y de deterioro de relaciones hispano-guineanas», o bien de situaciones «de riesgo para sus intereses y ciudadanos», o, en fin, de compromiso para «la política exterior española con Guinea Ecuatorial», con derivaciones en la política interna española y efectos negativos para la colonia española residente en Guinea, no han contado con la más mínima acreditación e incluso han carecido de soporte objetivo alguno para poder deducir, siquiera por la vía de los indicios, la conclusión o situación expresada. [...]

Sexto. Con mayor envidia cuenta la segunda de las argumentaciones de los Acuerdos del Consejo de Ministros que revisamos, con base, según sabemos, en el artículo 1.F.c) de la Convención de 1951 (RCL 1978, 2290 y 2464), esto es, con base en que «...existan motivos fundados para considerar:... c) que se ha hecho culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas» [...]

Hemos de adelantar, no obstante, que, concretadas dichas actividades del recurrente por los mencionados informes (1 y 2), sin embargo, las mismas no podemos considerarlas como suficientemente acreditadas entre los referidos hechos que se relatan, con la intensidad y en los concretos ámbitos que se destacan en la práctica generada por la Organización de las Naciones Unidas –ámbitos que podemos considerar especialmente sensibles–, al tratar de perfilar qué debe entenderse por «actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas». [...]

Séptimo. [...] Son –en síntesis– tres las actividades del recurrente a las que se pretende anudar la revocación de la condición de asilado por parte de los Informes (1 y 2) de la Comisaría General de Información y del Centro Nacional de Inteligencia, y que el primero de los Acuerdos del Consejo de Ministros que examinamos concreta en los términos que ya conocemos: «actividades realizadas desde España por el Sr. Augusto contra el régimen político actual de Guinea Ecuatorial, en concreto (i) los intentos de golpe de estado de mayo de 1997, (ii) de febrero y marzo de 2004, así como el (iii) desplazamiento a Croacia en marzo de 2005 para entablar diferentes contactos con empresarios vinculados con negocios petrolíferos y de compraventa de armas».

Podemos examinarlos por separado:

a) En relación con el que se califica de golpe de Estado de mayo de 1997 (i), los informes de los servicios policiales y de inteligencia españoles en ningún caso hacen referencia a la existencia de actividad alguna del recurrente en el territorio español, ya que la detención del mismo recurrente se produce en Cabinda (Angola), por parte de las autoridades angoleñas, en fecha de 17 de mayo de 1997, junto con tres españoles, la tripulación del barco «Sana I» y un grupo de mercenarios (rusos) contratados para propiciar el golpe de estado, pertrechados –estos últimos– de armamento y munición. En todo caso, lo cierto es que las autoridades angoleñas, en el avión del propio Presidente de Angola, procedió a la devolución a los pocos días del Sr. Augusto a España (conduciéndolo a la isla de Tenerife), siendo juzgado en rebeldía en Malabo, junto con los españoles, sin que las autoridades españolas accedieran a la solicitud de extradición formulada por la República de Guinea Ecuatorial.

Se tratan, pues, de unos antiguos hechos, definitivamente juzgados en Guinea Ecuatorial, realizados por el recurrente fuera de España, y en los que colaboraron tres españoles; nuestro país zanjó entonces las cuestión no autorizando su posterior extradición a Guinea, y aceptando su devolución –junto con dos de los españoles intervinientes– a España por parte de Angola; en los hechos relatados, no se acredita, sin embargo, ni la afirmación periodística del recurrente acerca del conocimiento de estos hechos y planes por parte de funcionarios del Gobierno español, ni la intervención de otros en la comunicación de los mismos al Gobierno de Guinea Ecuatorial.

En consecuencia, el tiempo transcurrido desde tales hechos –acaecidos íntegramente fuera de España–, y la propia actitud española aceptando la devolución del recurrente a nues-

tro país, por parte del país que lo había detenido, negando su extradición a Guinea, y no poniendo en marcha –entonces– el mecanismo de la revocación del status de refugiado político, convierten a dichos hechos, en 2005/2006, en irrelevantes a los efectos de ser considerados los mismos –ahora– como «actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas», y poder fundar en ellos la revocación de su condición de refugiado político.

b) Por lo que hace referencia a las actividades realizadas en los meses de marzo y abril de 2005 (iii), debemos señalar que, como los mismos informes expresan, se trataron de meros contactos con empresarios croatas relacionados con los negocios del petróleo y de compra-venta de armas, que, uno de los informes califica de «nueva maniobra publicitaria... en el marco de sus actividades de oposición a régimen», y que, el otro les atribuye «la intención nuevamente de recabar apoyos e incluso iniciar una nueva operación de golpe de Estado en Guinea Ecuatorial».

Se trató, pues, en su caso, de meros contactos empresariales, llevados a cabo en Croacia, y de los que resulta difícil poder deducir la expresada condición de «actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas».

c) En tercer lugar (ii) debemos analizar los hechos que parecen contar con mayor relevancia y que se desarrollaron en los meses de febrero y marzo de 2004, y que pudieran tener su principio y final en España, mas no su desarrollo esencial; podemos considerar acreditado el desplazamiento del recurrente, en líneas comerciales, desde el aeropuerto de Madrid-Barajas los días 17 de febrero y 5 de marzo de 2004 al aeropuerto de Gando en la isla de Gran Canaria, y desde éste, en las dos ocasiones, a un Hotel sito en la localidad de San Bartolomé de Tirajana, en el sur de la isla, no siendo cierta, pues, la afirmación, que en uno de los informes se realiza, acerca del traslado a la ciudad de Las Palmas de Gran Canaria, que carece de aeropuerto. En ambas ocasiones, su estancia en el sur de Gran Canaria coincide con el de otras personas llegadas en un bimotor privado, de matrícula sudafricana, que se alojan en un hotel distinto de otro municipio de la misma zona del sur de la isla, y que durante su estancia no mantienen contacto alguno con el recurrente y sus acompañantes. Igualmente es cierto que ambos grupos coinciden en fecha de 7 de marzo de 2004 en las pistas del Real Aeroclub de Gran Canaria, sito igualmente en el sur de la isla, en el que se encontraba el avión bimotor de referencia, y tras algunas dificultades –por la existencia de unas pruebas motociclistas en las pistas– despegan, sobre las 17,30 horas, todos juntos, a baja altura, con dirección a Bamako (Malí), regresando a las 5,30 del día siguiente al aeropuerto de Gando donde, tras ser interrogados por la Policía, que no adopta medida alguna contra los mismos, se alojan, por separado, los dos grupos, en sendos hoteles del sur de Gran Canaria, regresando el recurrente a Madrid en vuelo regular el mismo día 8 de marzo. [...]

Del análisis de estos hechos podemos deducir, al menos por la vía de los indicios, el conocimiento por parte del recurrente de la integridad de la actuación prevista y dirigida al derrocamiento del régimen ecuatoguineano: esto es, la llegada de un avión a Malabo desde el aeropuerto de Harare –Zimbabwe– pertrechado de armas y mercenarios; la intervención simultánea interna de un pequeño grupo de mercenarios y ecuatoguineanos que conducirían a los primeros en la búsqueda y localización de los objetivos previstos; y, la posterior llegada desde Canarias, vía Malí, del recurrente acompañado de los financiadores de la operación. Sin embargo, en modo alguno queda acreditada, ni siquiera por la expresada vía de los indicios, la planificación de la operación por parte del recurrente; ni su control, liderazgo o financiación; ni, siquiera, su contacto o relación previo con quienes –por motivos fundamentalmente económicos– actuaron como planificadores y financiadores de la misma; ni, por supuesto –siendo este el aspecto que nos interesa destacar– tampoco queda acreditada la relación directa del recurrente con el aspecto –que pudiéramos calificar de técnico– de la contratación de las armas y mercenarios. Debemos insistir en que el único contacto acreditado del recurrente con quienes habían diseñado, preparado y financiado la operación de derrocamiento

del Presidente de Guinea Ecuatorial es el vuelo conjunto desde el Aeroclub de Gran Canaria a Bamako (Malí) y regreso al aeropuerto de Gando en Gran Canaria con quienes, al parecer, se encontraban conectados con el grupo de Zimbabwe; en tal actuación (en todo momento controlada por los servicios de información españoles, como acreditan la fotografía del avión bimotor en el Aeroclub y el relato relativo a incidencia de la prueba motociclista y, por otra parte, el posterior control policial en el aeropuerto de Gando al regreso de Bamako), no se detecta la presencia de armas, ni de documentación propia de la preparación y planificación de la operación, ni tampoco signo alguno de ser dicho grupo, en el que se integró el recurrente, el que ejercía el mando superior y directo de la operación.

Da, mas bien, la sensación —a la vista de los informes con los que hemos contado— de un derrocamiento político por motivos económicos de unos denominados «inversores» que —conocedores de la oposición política permanente del recurrente con el régimen imperante en Guinea Ecuatorial— utilizan al mismo como elemento formal con el que poder camuflar su auténtica finalidad económica, pero sin tomar en consideración los proyectos políticos del recurrente, que, quizá imprudentemente y sin conocimiento íntegro de la operación, se limita a encabezar formalmente la misma, que no ha planificado, ni organizado, ni dirigido, ni liderado militarmente, ni, en fin, financiado.

En tal sentido, no deja de ser significativo que en la propia Sentencia de 26 de noviembre de 2004 (JUR 2005, 234391) del Pleno del Tribunal de Apelación de Malabo, que enjuició penalmente los hechos, al recurrente se le considera incurso en los hechos y delitos que se analizan en los Razonamientos Jurídicos 3 y 4, mas no en los contemplados en los Razonamientos 5.a, 5.b y 6, que son los Razonamientos en los que se condenan a quienes adquirieron armas y aviones así como a quienes contrataron mercenarios. Por estos hechos el propio Tribunal de Guinea Ecuatorial no condena al recurrente al no acreditarse la relación del mismo con tales actuaciones.

Octavo. Debemos concluir recreando dichos hechos en el marco de las resoluciones y actuaciones de las Naciones Unidas —en supuestos de golpes de estado— y la consideración de los mismos como «actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas», que, recordamos, serían los únicos hechos susceptibles de fundamentar una revocación de la condición de refugiado, de conformidad con el artículo 1.F.c) de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados (RCL 1978, 2290 y 2464).

En tal sentido resulta especialmente ilustrativo el Informe (4) elaborado por la Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación español, que se encuentra unido al expediente en relación con el alcance y significado del expresado artículo 1.F.c) de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, que regulan un grupo de cláusulas de exclusión de la condición de refugiados y en las que se recogen las categorías de personas a las que no se considera merecedoras de la protección convencional internacional; como en el informe se expresa, estas mismas cláusulas son utilizadas para proceder a la posterior revisión y, en su caso, eventual revocación de la condición de refugiado. En el apartado c) se incluyen, como ya sabemos, los «actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas».

La primera conclusión a la que se llega del estudio de los trabajos preparatorios de la Convención de Ginebra de 1951 es la de no poder deducir, de forma clara e inequívoca, una lista de comportamientos que habrían de entenderse incluidos bajo la categoría de «actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas»; concepto que, por otra parte, desde una perspectiva subjetiva, parecería estar reservado a los Estados, mas no a las personas físicas, en este caso refugiados.

Del análisis de los diversos trabajos y documentos realizados por el ACNUR se extraen en el informe una serie de conclusiones que hacen referencia a la problemática y la complejidad de la aplicación de dichas cláusulas de exclusión, motivo por el que las mismas deben inter-

pretarse restrictivamente y de manera que no menoscaben la integridad de la protección internacional, debiendo reservarse a aquellas personas que son culpables de los actos más graves e inaceptables, ante circunstancias extremas, o cuando un acto y sus consecuencias logran traspasar un umbral muy estrecho, que debería ser definido en relación con la gravedad del acto en cuestión, la forma como se organizó el mismo, su impacto internacional, etc. Por otra parte, expresan las conclusiones del ACNUR que dichas cláusulas no parecen estar pensadas para el «hombre común y corriente», sino «solamente para personas en posiciones de poder en un Estado o ente similar», si bien cita algún supuesto aislado de «individuos sin asociación a un Estado». Sin tampoco elaborar un listado, el ACNUR excluiría los actos relacionados con el tráfico de drogas y trata de emigrantes, incluyendo, por el contrario. «los actos de terrorismo, aunque sometidos a fuertes restricciones».

Conclusiones similares se obtienen del análisis de la Posición Común 96/1996, de 4 de marzo, del Consejo, relativa a la armonización de la definición del término «refugiado», pareciendo limitarse las cláusulas a «los titulares de altas funciones de los Estados» o a los que pertenezcan a las fuerzas de seguridad de los mismos.

Por su parte, del examen de la práctica internacional, escasa por cierto, se citan dos supuestos en los que Francia habría denegado la condición de refugiado a un integrado en un movimiento integrista en Marruecos que había participado en el tráfico ilegal de armas en relación con la organización de un golpe de Estado, así como a un particular (antiguo funcionario) que habría participado en un golpe de Estado contra el Presidente de Georgia. En todo caso, tampoco el Informe destaca de la citada práctica internacional conclusión alguna significativa. Ocurriendo algo parecido con la doctrina que se ha ocupado de la materia.

Aplicando lo anterior al supuesto concreto el Informe considera que tal cláusula sería de aplicación al supuesto del recurrente como consecuencia de los «actos de organización, preparación y participación en un golpe de Estado en Guinea Ecuatorial, siempre en estrecha relación y de forma acumulada con la presunta intervención del mismo en actos de tráfico ilegal de armamento y reclutamiento ilegal de mercenarios», destacándose en el Informe de la Asesoría Internacional estas dos concretas actuaciones –tráfico de armas y contratación de mercenarios– como las realmente determinantes de la exclusión de dichas cláusulas al deber de considerarse como «actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas», y, partiendo de la base de la expresada intervención del recurrente en dichas concretas actividades. En el Informe se afirma que «si tal como se manifiesta en el Informe de la Comisaría General de Información, el Sr. Augusto ha intervenido en la preparación, organización y ejecución de golpes de Estado contra el Gobierno de Guinea Ecuatorial y, simultáneamente y con tal ocasión ha participado igualmente en supuestos de tráfico de armas y en el reclutamiento de mercenarios a tal fin, cabe subsumir dichos comportamientos en el supuesto previsto en el artículo 1.F.c) de la Convención de Ginebra».

Sin embargo, como sabemos, la participación del recurrente en tales concretas actuaciones –tráfico de armas y contratación de mercenarios– no ha resultado acreditada, ni para nosotros, ni para el Tribunal ecuatoguineano que lo juzgó en rebeldía, tratándose, por otra parte, de actuaciones –organizadas sin la intervención directa del recurrente– que se desarrollaron en lugares muy lejanos al Reino de España, como ocurre con Zimbabwe.

Nos vemos, pues, obligados a proceder a la anulación de los Acuerdos impugnados del Consejo de Ministros por los que se decidió revocar la concesión del asilo al ciudadano de Guinea Ecuatorial Augusto; derecho de asilo que le había sido concedido mediante Resolución del Ministro del Interior de fecha 13 de marzo de 1986.

Noveno. No se aprecian circunstancias determinantes de un especial pronunciamiento en costas, de conformidad con el artículo 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio (RCL 1998, 1741), Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Fallamos

Por todo lo expuesto, la Sala ha decidido: 2.º Declaramos dichos Acuerdos del Consejo de Ministros contrarios a Derecho, y en consecuencia los anulamos.

[Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo contencioso Administrativo, Sección 5.ª), 27 de marzo de 2008. Ponente: Ilmo. Sr. D. Ramón Fernández Valverde.]

JUR 2008/105553.

2008-9

ASILO.–Reconocimiento: persecución en Turquía.*Fundamentos de Derecho*

Primero. Es objeto de impugnación en este recurso la resolución del Ministro de Interior de 25 de julio de 2006, que denegó la solicitud del recurrente, D. Ángel Daniel de concesión del derecho de asilo en España. [...]

En concreto, se razonaba en el FJ3.º: «Los hechos constitutivos de la persecución alegada no se derivan de los motivos recogidos en el artículo 1.A de la Convención de Ginebra de 1951, [...]

El recurrente solicitó el asilo el día 10 de abril de 2001 ante la Oficina de Asilo y Refugio del Ministerio del Interior, relatando que era perseguido por las siguientes razones: «El solicitante dice haber sido simpatizante del TKP/ML. Como consecuencia de su participación en la manifestación del 1 de mayo de 1996 a la que acudió con otros familiares fue detenido, torturado y posteriormente condenado por el Tribunal de Seguridad de Estambul a tres años y nueve meses de prisión. Al salir de prisión fue obligado a cumplir el Servicio Militar. Debido a los malos tratos que dice haber sufrido durante la fase de Instrucción del Servicio Militar, terminada la misma decide desertar. El solicitante dice que vivió con documentación falsa durante un año, hasta conseguir un pasaporte con el que abandona el país».

Por su parte el ACNUR en su extenso dictamen de fecha 29 de mayo de 2006 (folios 7.1 a 7.6) manifiesta: «La Delegación en España del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados hace constar en este informe que, la persona de referencia, tras el estudio de sus alegaciones y los demás datos que obran en su expediente de asilo abierto en la oficina de Asilo y Refugio, así como la información disponible sobre al situación actual en Turquía, alberga un temor fundado de persecución parte de las autoridades de dicho país por opinión política imputada, por lo que sería merecedor de la protección otorgada por el Estatuto de Refugiado.» (...)

Por tanto, e independientemente de la mayor o menor credibilidad de las alegaciones realizadas por el solicitante en su solicitud de asilo, o de su mayor o menor activismo político, de acuerdo con la información más arriba mencionada, existe un riesgo que el solicitante sea torturado por sus vínculos con un grupo considerado en Turquía como terrorista.

Sobre esta cuestión es importante señalar que otros parientes del solicitante alguno de ellos presente en España como solicitante de asilo, también han sido condenados por apología del TKP/ML y que, tal y como el solicitante indica su familia era simpatizante de este grupo,

con lo que la asociación que puedan hacer las autoridades turcas ente el interesado y el TKP/ML y por tanto, el riesgo de persecución es, a juicio de esta Delegación, mayor. [...]

Tercero. A la vista de la doctrina jurisprudencial expuesta y de las normas aplicables en materia de asilo, a juicio de la Sala, procede la estimación del presente recurso y la revocación de la resolución impugnada, pues de los autos y del expediente administrativo se desprende la concurrencia de las causas esgrimidas por el demandante para la procedencia de la solicitud de asilo formulada por el recurrente, y, cabe apreciar, según la interpretación prescrita jurisprudencialmente, el cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos para su otorgamiento.

En este sentido, cabe señalar que el recurrente ha aportado el material probatorio suficiente para acreditar que han sufrido en su entorno personal inmediato y directo una persecución de las características exigidas por la legislación vigente para que le sea concedido el asilo solicitado, en el sentido de existir un fundado y razonable temor de sufrir una represión en su propio país, Turquía, como consecuencia de la situación social existente.

Esta y no otra es la conclusión que, a juicio de la Sala, cabe alcanzar tras examinar la totalidad de las circunstancias concurrentes en el caso del demandante, pues, como apreció también en el detallado y exhaustivo Informe del ACNUR, el relato de persecución encaja en las causas de la legislación de asilo, pues en su narración hace referencia a los problemas originados y derivados de su actividad política que incluye una condena por el delito de apología a organización ilegal terrorista armada, situación que le acarreó graves problemas durante un período de tiempo prolongado como lo demuestra la Sentencia aportada a autos. Lo anterior unido a la ulterior desertión del ejército y las consecuencias que pueden devenir de tal situación y el riesgo derivado del regreso a su país guarda conexión con los motivos específicamente previstos en la legislación sobre el derecho de asilo. En suma, cabe compartir el criterio del ACNUR que en su dictamen hace una razonada y fundada referencia a la necesidad de protección en que se encuentra el demandante. Así, se concluye en dicho dictamen que:

«Por todo lo anterior esta Delegación considera que existe en el solicitante un fundado temor de persecución por parte de las autoridades turcas por imputación de opiniones políticas, en el sentido del artículo 1.A de la Convención de Ginebra de 1951 y por lo tanto debería ser reconocido como refugiado.»

También se aporta por el actor documentación relevante y veraz que viene a apoyar o a fundamentar su versión de los hechos, pues figura la Sentencia del Tribunal del Estado y demás documentación que fundamenta y da credibilidad a la versión de los hechos ofrecida en la demanda.

En consecuencia la Sala estima que en este caso aparece la necesidad de protección del recurrente ante la realidad y vigencia de una persecución personal en su país, Turquía, por causa prevista en la legislación aplicable en materia de asilo. Por lo expuesto, procede estimar el recurso interpuesto, revocar la resolución impugnada por no ser ajustada a Derecho y reconocer la procedencia del asilo solicitado.

[Sentencia Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 8.^a), 11 de junio de 2008. Ponente: Ilma. Sra. D.^a Isabel Perelló Domenech.]

F.: Aranzadi (Westlaw) JUR/2008/204255.

2008-10

ASILO.–Reconocimiento del derecho de asilo –previa anulación del derecho de permanencia por motivos humanitarios–. Persecución por motivos políticos (Venezuela).*Fundamentos de Derecho*

Cuarto. En cuanto a la cuestión de fondo enjuiciada y a la vista de la doctrina jurisprudencial expuesta y de las normas aplicables en materia de asilo es claro, a juicio de la Sala, que debe ser estimado el presente recurso y anulada la resolución impugnada, pues de los autos y del expediente, cabe apreciar, según la interpretación prescrita jurisprudencialmente, el cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos para el otorgamiento del asilo solicitado.

En este sentido, cabe señalar que en el expediente administrativo se ha aportado el material probatorio suficiente para acreditar que el recurrente ha sufrido en su entorno personal inmediato y directo una persecución de las características exigidas por la legislación vigente para que les sea concedido el asilo solicitado, padeciendo un fundado y razonable temor de sufrir persecución en su propio país, Venezuela, como consecuencia de la actividad desarrollada por su padre y que afecta y repercute gravemente en el grupo familiar.

Esta es la conclusión que, a juicio de la Sala, cabe alcanzar tras examinar la totalidad de las circunstancias concurrentes en el caso de el demandante, además de ofrecer un relato fáctico coherente y verosímil en sede administrativa (como apreció también en su momento la Instructora del expediente) y en esta instancia jurisdiccional, han traído a la causa numerosa documental que sirve con suficiencia para acreditar indiciariamente que el demandante sufrió junto al grupo familiar persecución, denunciando la situación de acoso padecida por causa de la oposición y crítica al gobierno por parte de su padre un alto cargo militar, hasta el punto de ser saqueado el domicilio familiar. Así se reconoce por la propia Instrucción del expediente (folios 5.1 a 5.4) en que admite la situación de persecución del grupo familiar y la afectación sólo de forma indirecta a todos los miembros. Pero frente a tal criterio entendemos que existe una situación de persecución que incide directamente en el demandante que padeció la expulsión y posterior saqueo de su domicilio perdiendo sus pertenencias y sufrió las consecuencias negativas de dicha situación y de la ulterior busca y captura de su padre. Por otra parte, también existe un temor de represalias en caso de volver a Venezuela, como también se reconoce por la Instrucción, país que abandonaron para pedir en España asilo político en septiembre de 2004.

En consecuencia, la Sala estima que en este caso aparece con toda evidencia la necesidad de protección del recurrente ante la realidad y vigencia de una persecución personal en su país de origen, Venezuela, por causa prevista en la legislación aplicable en materia de asilo, sin que frente a esta conclusión quepa oponer el criterio de la Administración que a pesar de aceptar la existencia de un temor razonable de represalia contra el actor en su país se limita a autorizar la permanencia del demandante en España por razones humanitarias, pero sin reconocer en todo su alcance el derecho del recurrente a obtener la protección a través del asilo.

Por lo expuesto, procede estimar el recurso interpuesto, anular la resolución impugnada por su disconformidad a Derecho en cuanto no reconoce el derecho del asilo del actor, y declarar el derecho del recurrente a que le sea otorgado el asilo solicitado.

[Sentencia Audiencia Nacional (Sala de lo contencioso Administrativo, Sección 8.ª), 31 de enero de 2008 JUR/2008/167780. Ponente: Ilma. Sra. D.ª Isabel Perelló Domenech.]

2008-11

ASILO.–Reconocimiento: persecución en Colombia.*Fundamentos de Derecho*

Primero. Se impugna en este recurso de casación núm. 10522/04 la sentencia que la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó en fecha de 21 de septiembre de 2004, en su recurso Contencioso-Administrativo núm. 597/02 (JUR 2005, 222537), por medio de la cual se desestimó el formulado por doña Sara, natural de Colombia, contra la Resolución del Ministerio del Interior, de fecha 17 de septiembre de 2001, por la que se denegó a la recurrente la concesión del derecho de asilo.

[...]

Tercero. Contra esa sentencia se ha interpuesto el presente recurso de casación, en el cual se esgrimen tres motivos de impugnación, articulados al amparo del artículo 88.1, apartado d), de la Ley 29/1998, de 13 de julio (RCL 1998, 1741), Reguladora de la Jurisdicción, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y la jurisprudencia que son aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate.

En el primer motivo, la recurrente denuncia la vulneración de los artículos 1.A.2 de la Convención de Ginebra y 3 de la Ley de Asilo 5/1984 (RCL 1984, 843), por entender la parte recurrente que los hechos alegados en su solicitud de asilo constituyen una persecución protegible, de la que, afirma, existe prueba indiciaria suficiente, pues han de tenerse por suficientes en tal sentido los numerosos secuestros que han sufrido sus familiares cercanos y las denuncias que ha presentado por amenazas de los terroristas de las FARC. Añade que según reconoce el ACNUR, el desplazamiento interno a otra zona de Colombia no constituye una defensa eficaz frente a las amenazas de ese grupo terrorista.

El segundo motivo denuncia la infracción de la jurisprudencia de la Sala sobre inexigibilidad de prueba plena en materia de asilo, con cita de la sentencias de este Tribunal Supremo de 23 de junio de 1994 (RJ 1994, 4972) y 2 de marzo de 2000 (RJ 2000, 2454). Insiste la actora en que en el presente caso existe prueba indiciaria suficiente para que se le conceda el asilo.

El tercer motivo denuncia la infracción del artículo 17.2 de la Ley de Asilo 5/84, pues, a juicio de la actora, existen circunstancias que justifican, al menos, que se autorice su permanencia en España por razones humanitarias.

Cuarto. Vamos a estimar el primer motivo, pues, por las razones que apuntaremos a continuación, entendemos que la recurrente expuso una persecución protegible, de la que ha aportado indicios suficientes [...].

Pues bien, en el caso que ahora nos ocupa hay unos hechos que la misma Administración y la Sala de instancia reconocen como ciertos y acreditados, a saber: que la familia de la solicitante de asilo ha sido azotada por numerosas actuaciones de la guerrilla terrorista de las FARC, quienes han secuestrado en varias ocasiones a familiares directos de la actora, habiendo fallecido alguno de ellos en el cautiverio. Consta asimismo, por la información facilitada por la actora, que diversos miembros de esa familia tenían una relevancia social que les situó en el punto de mira de ese grupo. Consta también, en fin, que la madre de la solicitante de asilo, Doña Victoria, denunció con fecha 15 de junio de 2000 ante la Fiscalía General de Colombia que tanto ella como sus dos hijos (entre los que se encontraba la ahora recurrente) venían sufriendo reiteradas amenazas de las FARC, por lo que habían tenido que abandonar sus tierras y dejarlas improductivas (folios 1.29 y 1.30 del expediente), y la misma Doña Victoria denunció ante la Defensoría del Pueblo de su país el 19 de junio de 2000 que ella y su

hija Sara habían tenido que salir de sus tierras en el departamento del Huila por causa de las amenazas de los terroristas.

Siendo estos unos hechos que podemos considerar acreditados, la Administración rechazó que sobre la base de los mismos pudiera concederse el asilo, con un triple argumento: primero, que los hechos relatados no eran constitutivos de una persecución protegible; segundo, que los elementos probatorios aportados no constituían indicios suficientes de una persecución contra ella misma sino sólo contra algunos familiares; y tercero, que podía haber eludido la persecución desplazándose a otra zona de su propio país. La Sala de instancia asume estas razones, y reprocha asimismo a la actora la vaguedad de su relato.

Sin embargo, ninguna de estas razones tiene consistencia suficiente para justificar la denegación del asilo.

Para empezar, el relato expuesto por la interesada en su solicitud no es tan vago e impreciso como para justificarse por tal razón la denegación del asilo, pues aun cuando dicho relato, en sí mismo considerado, es sucinto, ha de ponerse en relación con la abundante documentación que la solicitante de asilo adjuntó a su petición, donde se ilustran los casos de extorsión y secuestro sufridos por familiares directos, y las denuncias presentadas ante organismos públicos por amenazas sufridas por la misma solicitante. Esa documentación aporta una detallada información que permite descartar el reproche de vaguedad en la solicitud de asilo.

En segundo lugar, los hechos expuestos en la solicitud de asilo sí que constituyen una persecución inardinable entre las contempladas en la Convención de Ginebra de 1951 y en la Ley 5/84 (RCL 1984, 843), de asilo. En el informe desfavorable emitido por la instructora del expediente (folio 4.1) se apunta que «la extorsión con fines exclusivamente económicos no está relacionada con ninguno de los motivos que dicha norma [la Convención de Ginebra (RCL 1978, 2290, 2464)] contempla a efectos de reconocimiento de la condición de refugiado», pero aunque esa afirmación pueda ser compartible en línea de principio, no lo es cuando la extorsión no es un fin en sí mismo sino un medio para procurar dinero con el que financiar actividades terroristas que tienen por finalidad subvertir el orden político (pues en tales casos el delito común pasa a ser un instrumento para costear la realización de actos de terrorismo guiados por una ideología política), más aun cuando la actividad de extorsión se proyecta sobre un «grupo social» determinado, cual es el de las personas que gozan de una situación económica distinguida. Por eso, en SSTs de 26 de julio (RJ 2006, 4653) y 14 de diciembre de 2006 (RJ 2006, 8382) (RRC 2324/2003 y 8233/2003), ambas referidas a solicitantes de asilo colombianos, hemos dicho que en el contexto de la situación político-social de Colombia, sí existe un elemento, nota o característica que por cumplir lo exigido en la Convención de Ginebra de 1951 (RCL 1978, 2290, 2464) y en la Ley española de asilo 5/84 es susceptible de definir e identificar a un determinado grupo social, que es percibido como diferente en aquella sociedad y cuyos miembros están expuestos a actos de persecución de la gravedad indicada. Ese elemento, nota o característica es la condición de hacendados a quienes se atribuye una privilegiada situación económica; y tal es el caso que ahora nos ocupa, pues la familia de la solicitante tenía una destacada posición económica en su comunidad y además desarrollaba numerosas iniciativas sociales, de las que se da cuenta en las noticias de prensa y demás documentación que la actora adjuntó a su petición de asilo y a la demanda.

En tercer lugar, los elementos probatorios aportados por la actora hacen aflorar lo único que exige el artículo 8 de la Ley 5/84, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, para la concesión del derecho de asilo, que son «indicios suficientes», según la naturaleza de cada caso, para deducir que aquella cumple los requisitos a que se refiere el artículo 3-1 de la misma; pues habiendo sido varios y reiterados los secuestros sufridos por familiares cercanos a cargo de las FARC, este dato, puesto en relación con la relevancia social de su familia, es un indicio suficiente de la veracidad de su relato y de la realidad de la persecución sufrida, como se confirma por el informe del ACNUR sobre la situación social

y política de Colombia, incorporado a las actuaciones en período de prueba, donde se remarca que las personas con un alto perfil público/comunitario «están en la mira de la guerrilla y los paramilitares» (pág. 19).

En fin, la Administración sostuvo que la solicitante podría haber eludido el peligro desplazándose a otro lugar de Colombia, pero no razonó tal aseveración, la cual, por contra, está desmentida por el precitado informe del ACNUR obrante en las actuaciones, donde se dice, literalmente, lo siguiente (pág. 23): «el ACNUR generalmente no aconseja la aplicación de la alternativa de huida interna en el contexto actual de Colombia, el cual se caracteriza por: el conflicto permanente, que es además sumamente volátil y fluido, y que está alcanzando las zonas urbanas; la incapacidad de las autoridades colombianas de extender su poder y su autoridad, en cuanto a seguridad y aplicabilidad de la Ley, en áreas significativas del país; la falta de un sistema administrativo y judicial funcional y confiable; la violación generalizada de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario; la destrucción de la infraestructura socioeconómica y el desplazamiento interno generalizado; el hecho de que los grupos ilegales armados hayan establecido redes de comunicación sumamente eficaces y puedan rastrear y alcanzar a sus «objetivos» en cualquier parte del país» [...].

Fallamos

2.º Reconocemos a la actora la condición de refugiada y su derecho de asilo en España.

[Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª), de 29 mayo 2008. Ponente: Ilmo. Sr. D. Mariano de Oro Pulido y López.]

F.: Aranzadi (Westlaw), RJ 2008/3014.

2008-12

RECONOCIMIENTO.–Persecución en Colombia.

Fundamentos de Derecho

Primero. Se impugna en este recurso de casación núm. 7661/04 la sentencia que la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (Sección 1.ª) dictó en fecha 9 de junio de 2004, y en su recurso Contencioso-Administrativo núm. 31/03 (JUR 2004, 204336), por medio de la cual se desestimó el formulado por don José María contra la resolución del Ministerio del Interior de fecha 26 de noviembre de 2002, que le denegó el reconocimiento de la condición de Refugiado y el Derecho de Asilo.

[...]

Sexto. De las pruebas obrantes en el expediente y en las actuaciones judiciales se deduce la existencia, al menos, de indicios suficientes de la persecución alegada, pues el interesado presentó un informe de la Personería Municipal de San Carlos (Antioquia) de fecha 12 de agosto de 2001, haciendo constar su desplazamiento a Medellín por temores debidos a la situación de orden público que se vive en el municipio, cuyas deplorables circunstancias de inseguridad, coacciones y violencias han sido admitidas por el ACNUR en el informe referido y han resultado acreditadas por los documentos presentados con la demanda, la mayoría con las debidas legalizaciones; entre las cuales está el justificante de la posterior muerte violenta de su hermano, presumiblemente a manos de sus perseguidores, y todo ello por ser propietarios de fincas ocupadas por la guerrilla y no aceptar sus postulados o exigencias.

Este Tribunal Supremo cree que en el presente caso existen indicios suficientes de la persecución alegada [art. 8 de la Ley 5/84 (RCL 1984, 843)], y que por ello el solicitante merece la protección que solicita, pues estos indicios no pueden ser desconocidos por el hecho de que en el relato del Sr. José María existan contradicciones menores en cuanto a la fecha de ciertos hechos que la Administración, en contra del criterio del ACNUR, no se cuidó de aclarar.

Fallamos

Por todo ello, en nombre de SM el Rey y en el ejercicio de la potestad que, emanada del pueblo español, nos concede la Constitución.

Que declaramos haber lugar al presente recurso de casación núm. 7661/04 interpuesto por la Procuradora Sra. Gómez Hernández, en nombre y representación de D. José María contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (Sección 1.ª) en fecha 9 de junio de 2004, y en su recurso Contencioso-Administrativo núm. 31/03 (JUR 2004, 204336), y en consecuencia:

3.º Reconocemos a D. José María el derecho de asilo en España.

[Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª), 13 mayo 2008. Ponente: Ilmo. Sr. D. Pedro José Yagüe Gil.]

F.: Aranzadi (Westlaw): RJ 2008/4092.

2008-13

RECONOCIMIENTO: Persecución en Colombia.

Fundamentos de Derecho

Primero. Se impugna en el presente recurso de casación la sentencia que la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó en fecha de 21 de abril de 2004, en su recurso Contencioso-Administrativo núm. 447/2003 (JUR 2004, 184593), por medio de la cual se desestimó el formulado por D. Luis Enrique, natural de Colombia, contra la Resolución del Ministro del Interior, de fecha 8 de abril de 2003, por la que se decidió denegar el reconocimiento de la condición de refugiado y el derecho de asilo formulada por la recurrente, como consecuencia de que «no se aprecia la existencia de temores fundados de persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas que permitan reconocer la condición de refugiado, tal y como exige el artículo 1.A.2, párrafo primero, de la Convención de Ginebra de 1951 (RCL 1978, 2290, 2464), sobre el Estatuto de los Refugiados y conforme a lo dispuesto en el artículo 1.2 del Protocolo de Nueva York de 1967, sobre dicho Estatuto, Instrumentos Internacionales ambos a los que expresamente se remite el artículo 3 de la Ley de Asilo (RCL 1984, 843).»

[...]

Tercero. Contra esa sentencia ha interpuesto la representación de D. Luis Enrique recurso de casación, en el cual esgrime un único motivo de impugnación, articulado al amparo del artículo 88.1, apartado d), de la Ley 29/1998, de 13 de julio (RCL 1998, 1741), Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y la jurisprudencia que son aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, por cuanto, según se expresa, la sentencia de instancia infringe el artículo 1.A) de

la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, de 28 de julio de 1951 (RCL 1978, 2290, 2464), ratificado por España y con entrada en vigor el 12 de noviembre de 1978.

Pues bien, frente a ello la representación del recurrente hace referencia a las dificultades de un país como Colombia para hacer frente a determinados los grupos con los que se implican miembros de las Fuerzas de Seguridad del Estado; así como a la doctrina jurisprudencial que es flexible con la prueba de los conceptos indeterminados de los que se deduce la condición de refugiado político, tratándose solo de una prueba indiciaria. Y, desde tal perspectiva, llega a la conclusión –rechazando la valoración efectuada por la Sala de instancia– de que sí pueden apreciarse temores fundados de persecución en el recurrente, colaborador de una ONG dedicada a la defensa y promoción de los derechos humanos, que sufrió amenazas de muerte que luego se harían extensivas a su hermano, siendo acosado tanto en su domicilio como por vía telefónica; circunstancias, todas ellas, avaladas por los documentos aportados. Apela, por ello, a la prueba indiciaria, en cuya valoración deben de estar presentes criterios de racionalidad y no criterios de carácter restrictivo, ya que este tipo de interpretación haría imposible la concesión de la condición de asilado de personas, como el recurrente, que se ven obligadas a abandonar precipitadamente su país. Por otra parte, rechaza que el relato presentado pueda calificarse de genérico e impreciso, dados los términos del mismo y los documentos que lo corroboran. Y concluye señalando que, indiciariamente, ha quedado acreditada su persecución por grupos paramilitares colombianos, sin que solicitara antes el asilo político porque su intención era regresar a su país, decidiéndose a no hacerlo cuando las amenazas se centraron en su hermano.

[...]

Quinto. Pues bien, en el supuesto de autos, el motivo ha de ser estimado al poder considerarse infringido el artículo 1.ºA.2) de la mencionada Convención de Ginebra (RCL 1978, 2290, 2464), en relación con los artículos 3 y 8 de la LRDAR (RCL 1984, 843).

Sobre la interpretación del mencionado artículo 8 –que considera suficiente una prueba de indicios para la acreditación de la condición de refugiado– venimos poniendo de manifiesto (STS de 30 de noviembre de 2006 [RJ 2007, 420], que, a su vez, cita las de 4 de abril de 2000 [RJ 2000, 3261], 30 de mayo de 1993, 23 de junio de 1994 [RJ 1994, 4972] y 19 de junio de 1998 [RJ 1998, 5909]) que:

«... para la concesión del derecho de asilo no es necesaria una prueba plena de que el solicitante haya sufrido en su país de origen persecución por razones de raza, etnia, religión, pertenencia a un grupo social específico u opiniones o actividades políticas, o de cualquiera de las otras causas que permiten el otorgamiento del asilo, sino que basta que existan indicios suficientes, según la naturaleza de cada caso, para deducir que se da alguno de los supuestos establecidos en (...) la Ley 5/1984 (RCL 1984, 843). Es necesario, sin embargo, que, al menos, exista esa prueba indiciaria, pues de otro modo todo ciudadano de un país en que se produzcan graves trastornos sociales, tendría automáticamente derecho a la concesión del asilo y esta no es la finalidad de la institución» [...].

Desde la perspectiva de la anterior –y particular– doctrina acerca de la valoración probatoria, en la que, como hemos expuesto, toma especial relevancia la prueba de indicios, debemos poner de manifiesto que, valorados conjuntamente los documentos que se relacionan pormenorizadamente en el sentencia de instancia (cuya autenticidad no ha sido negada, sino sólo puesto en duda por la Administración) y los datos que de los mismos resultan, hacen aflorar –todos ellos considerados en conjunto– lo único que exige el artículo 8 de la Ley 5/84, de 26 de marzo (RCL 1984, 843), Reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, para la concesión del mencionado derecho de asilo, ya que los mismos son «indicios suficientes», según la naturaleza del presente caso, para deducir que el interesado cumple los requisitos a que se refiere el artículo 3.1 de la misma [en términos similares STS de 13 de diciembre de 2007 (RJ 2007, 9144)].

En consecuencia, a la luz de la anterior doctrina, y teniendo en cuenta las dificultades probatorias que entrañan estos casos, en el supuesto ahora enjuiciado podemos señalar que existen los necesarios indicios –en el expediente administrativo y en el recurso Contencioso-Administrativo–, que avalan una persecución política personal y directa del recurrente, pues, realmente, el relato del recurrente no puede considerarse vago y genérico, ya que contiene datos concretos referidos a la fecha en la que se produjeron las iniciales amenazas de muerte, al contenido y forma de la mismas, ponen de manifiesto su comunicación a terceras personas, incluyen la fecha y forma de salida de su país, etc. Por otra parte el dato –objetivo y contrastado– de la denuncia de su hermano, ante un organismo público, con el riesgo implícito que su falsedad conllevaría en un país como Colombia, mas la documentación aportada en la que se identifica a las personas que certifican lo que en las mismas se expresa, nos lleva a considerar que estamos en presencia de unas bases de las que poder deducir unos indicios de persecución o de temor de sufrirla.

Todo ello, en fin, nos mueve a concluir poniendo de manifiesto la presencia de los datos expresados en los que poder fundamentar los indicios a que se refiere el artículo 8 de la LRDAR (RCL 1984, 843), encontrándonos, pues, en una situación, como decimos, de existencia de indicios de persecución. Razón por la cual procede dar lugar al recurso de casación y revocar la sentencia impugnada y, entrando a resolver la cuestión debatida [artículo 95-2-d) de la LJCA (RCL 1998, 1741)], estimar el recurso Contencioso-Administrativo y reconocer al recurrente el derecho de asilo en España.

Vistos los preceptos y jurisprudencia citados, así como los artículos 93 a 101 de la Ley de esta Ley Jurisdiccional 29/1998, de 13 de julio (RCL 1998, 1741).

Fallamos

Por todo ello, en nombre de SM el Rey y en el ejercicio de la potestad que, emanada del pueblo español, nos concede la Constitución:

5.º Reconocemos al recurrente la condición de refugiado y el derecho de asilo.

[Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª), 27 de mayo de 2008. Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael Fernández Valverde.]

F.: Aranzadi (Westlaw): RJ 2008/5332.

2008-14

ASILO.–Reconocimiento derecho de permanencia por motivos humanitarios («en atención a la situación “socio-política” existente en Colombia»).

Fundamentos de Derecho

Quinto. Situados, pues, en la posición procesal de Tribunal de instancia, vamos a estimar el recurso Contencioso-Administrativo en este concreto punto de la permanencia en España por razones humanitarias.

El actor basa su petición de permanencia en España por razones humanitarias en lo relatado al solicitar asilo sobre el secuestro que sufrieron su madre y su hermano en Colombia, y en la conflictiva situación que ahí se vive. En el recurso de casación ha alegado, en este sentido, que el mismo Tribunal de instancia, en sentencia de su sección 8ª de 20 de diciembre de 2004 (rec. 1679/2002 [PROV 2005, 223053]) estimó parcialmente el recurso interpuesto por ese hermano contra la resolución que le denegó el asilo, en el sentido de reconocer su

derecho a la permanencia en España de conformidad con lo dispuesto en el citado artículo 17.2.

Ciertamente, la sentencia que acaba de citarse, de 20 de diciembre de 2004, posterior a la aquí combatida en casación, estimó parcialmente el recurso interpuesto por el hermano del actor, con una fundamentación jurídica que interesa transcribir. Decía dicha sentencia (que no consta ni se ha alegado que se haya recurrido en casación) lo siguiente:

«Pues bien, en el presente caso los recurrentes han aportado el material probatorio suficiente para acreditar que han sufrido en su entorno personal inmediato y directo una situación de violencia que aún cuando no se ajusta propiamente a las características exigidas por la legislación vigente para que les sea concedido el asilo solicitado –ya que la referida situación no tiene lugar por razones personales originadas en las opiniones religiosas, sociales o políticas–, si se aprecia un fundado y razonable temor de que los recurrentes puedan sufrir agresiones personales graves como las ya vividas en su propio país, Colombia, como consecuencia de la situación de inestabilidad política y violencia allí existente, circunstancias que aconsejan autorizar su permanencia en España.

Esta es la conclusión que, a juicio de la Sala, cabe alcanzar tras examinar la totalidad de las circunstancias concurrentes en el caso de los demandantes, de nacionalidad colombiana, los cuales, ofrecen un relato fáctico coherente y verosímil en sede administrativa y en esta instancia jurisdiccional, concretando las fechas y las personas de la familia que fueron secuestradas y sufrieron la extorsión económica durante varios días de junio de 2001 y han traído a la causa diversa documentación que sirven con suficiencia para acreditar indiciariamente la veracidad del mencionado relato y de la persecución sufrida.

En este sentido, merece a la Sala credibilidad la alegación de haber sufrido los solicitantes del asilo un secuestro por parte de un grupo guerrillero armado y organizado de manera estable, pues, además de la coherencia general del relato fáctico tal como ha sido planteado, se han aportado otros elementos que refuerzan esa conclusión, la certificación y documentos aportados que acreditan la realidad del secuestro sufrido por los demandantes llevados a cabo por grupos armados que operan en Colombia.

En consecuencia, la Sala estima que en este caso aparece con toda evidencia la necesidad de protección de los recurrentes ante la certeza y vigencia de una situación de gran inseguridad personal en su país, por razón de las actividades llevadas a cabo por la guerrilla, llegando a la conclusión que aún cuando no se aprecie propiamente una persecución «personal» respecto a los recurrentes, esto es, debido a su pertenencia a un grupo social, político o religioso, si se constata un temor por la integridad física y moral de los demandantes originada por la actuación de los grupos guerrilleros que existen en Colombia. Ello nos hace entender que se existe una conexión entre la situación invocada con las causas previstas para el asilo, que determina el reconocimiento de la permanencia en España “ex” artículo 17.2 de la Ley de Asilo (RCL 1984, 843). La existencia de una alternativa viable de huida interna a que hace referencia la Instructora debe ser descartada –como hicimos recientemente en la Sentencia dictada en el recurso 272/03 (PROV 2004, 190349)– por cuanto que, con base en el Informe del ACNUR de septiembre de 2002, titulado “Consideraciones sobre la protección internacional de los solicitantes de asilo y de los refugiados colombianos”, puede afirmarse, por una parte, que no son de apreciar actualmente áreas o zonas libres de riesgo en el país, y, por otra, que la mención de esta posibilidad exige que quien la realiza proporcione los datos necesarios que acrediten la existencia de la misma y, por tanto, que dicha alternativa sea susceptible de proporcionar una protección real y eficaz y que no obligue al desplazado a un sacrificio desproporcionado, como el que resultaría de trasladarse a un núcleo urbano saturado de personas en una situación similar a la suya, donde las condiciones de vida resulten sumamente difíciles y donde se encuentren asimismo otros desplazados por amenazas de un grupo contrario al que causó la huida de aquellos, que pueden representar un nuevo peligro real por las

mismas razones que determinaron el abandono precipitado del lugar en que vivían, sin que por la Administración se haya aportado prueba alguna que justifique la viabilidad de la posibilidad de desplazamiento indicada, incluida en su resolución, sin embargo, como motivo de denegación de la solicitud.

Por lo expuesto, y acreditadas las anteriores circunstancias personales en los demandantes y en atención a la situación socio-política existente en Colombia, procede estimar en parte el recurso interpuesto, y autorizar la permanencia de los demandantes en España por motivos humanitarios “ex” artículo 17.2 de la Ley de Asilo».

Es verdad que el aquí recurrente, don Carlos Daniel, no pidió en la instancia la acumulación de ambos recursos ni pidió en período probatorio que se uniera a los autos el expediente de su hermano, lo que dificulta el examen de las razones que condujeron a la Audiencia Nacional a estimar parcialmente ese recurso 1679/2002 (PROV 2005, 223053). No obstante, obran en el expediente administrativo correspondiente a este recurso datos y documentos suficientes como para llegar a la conclusión de que la protección reconocida en favor de don Claudio debe alcanzar también a su hermano.

En efecto, los documentos obrantes en el expediente de don Carlos Daniel (certificación de la Fiscalía colombiana, de la Procuraduría regional de Antioquía y de la Personera municipal de Angostura Antioquía) permiten tener por suficientemente acreditado que su madre doña Aurora y su hermano don Claudio fueron víctimas de un secuestro, tras el cual este último fue liberado mientras se retenía a doña Aurora, a fin de que don Claudio pudiera gestionar el pago del rescate que los secuestradores le exigían, si bien dada la avanzada edad de doña Aurora y su precario estado de salud, también ella fue liberada a los pocos días, aunque subsistiendo, bajo amenazas, la extorsión económica por parte de los secuestradores, habiéndose visto involucrado don Carlos Daniel en esa reclamación económica y en las consiguientes amenazas. Así, una diligencia de constancia expedida por la Secretaria Judicial de la Fiscalía especializada ante en Gaula Antioquía dice, literalmente, lo siguiente: «en esta Unidad Fiscal se adelantó investigación bajo el radicado número 732 por el delito de secuestro extorsivo de los señores Aurora y Claudio, hecho perpetrado al parecer por el grupo subversivo del ELN, el 6 de junio del 2001, en el municipio de Angosturas, Antioquía, quienes exigieron en forma constante la presencia y participación don Carlos Daniel, hijo de la secuestrada».

Aun admitiendo dialécticamente que ese secuestro respondiera más a un caso de mera delincuencia común que a un puro acto de persecución protegible a través del asilo (lo cual podría ser objeto de discusión pues el actor afirma que los secuestradores se dirigieron contra su familia por considerarles personas pudientes, lo que podría dar pie a valorar si pudiéramos estar en el caso de una persecución social incardinable en la Convención de Ginebra), aun así, decimos, no es menos cierto que el grupo secuestrador, el llamado ELN, es uno más de los que actúan en Colombia ante evidentes dificultades de las autoridades del país para enfrentarse a ellos. Desde esta perspectiva, una situación como la descrita, de secuestro y posterior liberación bajo amenazas graves en caso de no hacer frente al pago de las cantidades reclamadas, constituye un motivo suficiente, si no para conceder el asilo, sí al menos para justificar la permanencia en España al amparo del artículo 17.2 de la Ley 5/84 (RCL 1984, 843).

[Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo contencioso administrativo, sección 5.^a), 30 de mayo de 2008 (RJ 2008/4108). Ponente: Ilmo. Sr. D. Mariano de Oro-Pulido Roble.]

VII. DERECHOS HUMANOS

2008-15

DERECHOS HUMANOS.—Derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el derecho a no ser sometido a torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes.

II. Fundamentos jurídicos

1. *El demandante de amparo denunció que había sido maltratado por un agente de la Guardia Civil tanto en el momento de su detención como durante su posterior estancia en el calabozo, imputado por una conducta que finalmente fue calificada como una falta de respeto a la autoridad. La causa a la que dio lugar su denuncia fue sobreseída provisionalmente, y es esta decisión la que reputa vulneradora de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE [RCL 1978, 2836]), pues alega que se adoptó sin indagación alguna acerca de lo sucedido y sustentada en una imprecisa presunción de veracidad de lo relatado por los agentes policiales cuya conducta irregular se denunciaba.*

El Ministerio Fiscal interesa el otorgamiento del amparo por considerar, con apoyo en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que la prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos y degradantes del artículo 15 CE exige una investigación diligente y eficaz que no se ha producido en el presente caso, a pesar de la concurrencia inicial de indicios de verosimilitud de la denuncia del demandante de amparo. Consecuencias del otorgamiento del amparo deberían ser la anulación de los Autos de sobreseimiento y la realización de dicha investigación [...].

5. *Los tres comportamientos absolutamente prohibidos por el artículo 15 CE (RCL 1978, 2836) se caracterizan por la irrogación de «padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre y con esa propia intención de vejar y doblegar la voluntad del sujeto paciente» (SSTC 120/1990, de 27 de junio [RTC 1990, 120], F. 9; 57/1994, de 28 de febrero [RTC 1994, 57], F. 4; 196/2006, de 3 de julio [RTC 2006, 196], F. 4). Cada tipo de conducta prohibida se distingue por «la diferente intensidad del sufrimiento causado» en «una escala gradual cuyo último nivel estaría constituido por la pena o trato degradante» (ATC 333/1997, de 13 de octubre, F. 5; también, SSTC 137/1990, de 19 de julio [RTC 1990, 137], F. 7; 215/1994, de 14 de julio [RTC 1994, 215], F. 5), para cuya apreciación ha de concurrir «un umbral mínimo de severidad» (ATC 333/1997, F. 5; conforme a las SSTEDH de 25 de febrero de 1982 [TEDH 1982, 1], caso Campbell y Cosans c. Reino Unido, § 28; de 25 de marzo de 1993 [TEDH 1993, 17], Castello-Roberts c. Reino Unido, § 30). Tales conductas constituyen un atentado «frontal y radical» a la dignidad humana, «bien porque cosifican al individuo, rebajándolo a un nivel material o animal, bien porque lo mediatizan o instrumentalizan, olvidándose de que toda persona es un fin en sí mismo» (STC 181/2004, de 2 de noviembre [RTC 2004, 181], F. 13).*

Dado que la tortura y los tratos inhumanos y degradantes son actos intolerables de violación de la dignidad humana, a la par que una negación frontal de la transparencia y la sujeción a la Ley del ejercicio del poder propias de un Estado de Derecho, su prohibición constituye un valor fundamental de las sociedades democráticas (SSTC 91/2000, de 30 de marzo [RTC 2000, 91], F. 8; 32/2003, de 13 de febrero [RTC 2003, 32], F. 7; 181/2004, de 2 de noviembre [RTC 2004, 181], F. 13; y SSTEDH de 7 de julio de 1989 [TEDH 1989, 13], Soering c. Reino Unido, § 88; de 28 de julio de 1999 [TEDH 1999, 30], Selmouni c. Francia, § 95; de 11 de abril de 2000 [TEDH 2000, 124], Sevtap Veznedaroglu c. Turquía, § 28; de 16 de diciembre de 2003 [TEDH 2003, 82], Kmetty c. Hungría, § 32; de 2 de noviembre de 2004 [TEDH 2004, 65], Martínez Sala y otros c. España, § 120). Por ello, tal prohibición se configura en la Cons-

titución española y en los tratados internacionales de derechos humanos como una prohibición absoluta en el doble sentido de que queda proscrita para todo tipo de supuestos y con independencia de la conducta pasada o temida de las personas investigadas, detenidas o penadas, por una parte y, por otra, de que no admite ponderación justificante alguna con otros derechos o bienes constitucionales.

Si la gravedad es la primera de las características de la tortura y de los tratos inhumanos y degradantes que importa destacar en orden al análisis de la suficiencia y de la efectividad de la tutela judicial que ha de seguir a su denuncia, constituye la segunda característica la difícil detectabilidad y perseguibilidad de este tipo de conductas. A su natural comisión en una situación de clandestinidad se une el hecho de que, al menos en su configuración histórica, en su realización más habitual y en la definición que procuran el artículo 1 de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (RCL 1987, 2405), y el artículo 174 del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), la tortura y los tratos inhumanos y degradantes son conductas que se realizan en el seno del poder público y que cuentan por ello con los resortes del mismo para potenciar esa opacidad. A las dificultades probatorias de este hecho para la persona que denuncia haber sido objeto de torturas o de tratos inhumanos o degradantes ha de sumarse la existencia de técnicas de aflicción de sufrimientos que no dejan huella en el cuerpo del maltratado, así como la peculiar situación psicológica de inferioridad, humillación y desesperanza que dificulta una denuncia de su parte.

La experiencia histórica y la reflexión en torno a estos factores confirman que la persecución y la sanción de la tortura y de los tratos inhumanos y degradantes, y el efecto de prevención futura de su vulneración que de los mismos resulta, sólo son posibles con una actuación judicial especialmente intensa y perseverante de investigación de sus denuncias. Así lo afirma el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para quien «sin una investigación oficial efectiva... la prohibición general de tortura y de trato y castigo inhumano y degradante, a pesar de su importancia fundamental, sería ineficaz en la práctica y en algunos casos los agentes del Estado podrían abusar de los derechos de aquellos bajo su control con total impunidad» (STEDH de 11 de abril de 2000 [TEDH 2000, 124] *Sevtap Veznedaroglu c. Turquía*, § 32; también, SSTEDH de 28 octubre 1998 [TEDH 1998, 101], *Assenov y otros c. Bulgaria*, § 102; de 16 de diciembre de 2003 [TEDH 2003, 82], *Kmetty c. Hungría*, § 38). La misma preocupación revela la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (arts. 2.1, 12 y 13).

6. El derecho a la tutela judicial efectiva de quien denuncia haber sido víctima de torturas o de tratos inhumanos o degradantes exige, según el canon reforzado descrito en el fundamento jurídico 4, una resolución motivada y fundada en Derecho y acorde con la prohibición absoluta de tales conductas. Tal concordancia ha de tener en cuenta la gravedad de la quiebra de esta prohibición y el tipo de actividad judicial necesaria para preservarla dadas su difícil detectabilidad y la especial dependencia respecto de dicha actividad judicial de la indemnidad de la dignidad de la persona, objeto central de protección de la prohibición. Es de señalar en tal sentido que se trata de una tutela judicial doblemente reforzada que no encuentra parangón en otras demandas de auxilio judicial, pues se pide la tutela judicial frente a la vulneración de un derecho fundamental que constituye un derecho absoluto cuya indemnidad depende esencialmente de dicha tutela judicial. Por lo mismo en un supuesto de valoración judicial de las declaraciones de unos acusados que habían sufrido previamente torturas y malos tratos, este Tribunal consideró que resulta exigible una «diligencia reforzada del órgano judicial» no sólo «a la vista de los derechos fundamentales en juego» y «de la gravedad de la vulneración», sino también «de la absoluta necesidad de tutela de los mismos en ese contexto» (STC 7/2004, de 9 de febrero [RTC 2004, 7], F. 8).

Todo ello conduce a la confluencia de esta exigencia singular de tutela judicial con el concepto de «investigación oficial eficaz» (STC 7/2004, de 9 de febrero, F. 2), que utiliza en

este ámbito el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH de 11 de abril de 2000 [TEDH 2000, 124], *Sevtap Veznedaroglu c. Turquía*, § 32; de 16 de diciembre de 2003 [TEDH 2003, 82], *Kmetty c. Hungría*, § 38; de 2 de noviembre de 2004 [TEDH 2004, 65], *Martínez Sala y otros c. España*, § 156), a cuya jurisprudencia «corresponde concretar el contenido de los derechos declarados en el Convenio que, en principio, han de reconocer, como contenido mínimo de sus derechos fundamentales, los Estados signatarios del mismo (SSTC 36/1984, de 14 de marzo [RTC 1984, 36], 114/1984, de 29 de noviembre [RTC 1984, 114], 245/1991, de 16 de diciembre [RTC 1991, 245], 85/1994, de 14 de marzo [RTC 1994, 85] y 49/1999, de 5 de abril [RTC 1999, 49])» (STC 91/2000, de 30 de marzo [RTC 2000, 91], F. 7). En concreto, hemos señalado que sus «consideraciones... al interpretar el artículo 3 del Convenio Europeo Para la Protección de los Derechos Humanos (RCL 1999, 1190, 1572)... son plenamente aplicables a la interpretación del artículo 15 de la Constitución (RCL 1978, 2836), que coincide literalmente con aquél, de acuerdo con lo establecido en el artículo 10.2 de la Constitución, según el cual, «las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos (LEG 1848, 1) y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España», entre los que se cuenta el mencionado Convenio Europeo» (STC 65/1986, de 22 de mayo [RTC 1986, 65], F. 4).

La tutela judicial será así suficiente y efectiva ex artículo 24.1 CE si se ha producido una investigación oficial eficaz allí donde se revelaba necesaria. Esta exigencia no comporta la apertura de la instrucción en todo caso, ni impide la clausura temprana de la misma. Tampoco impone la realización de todas las diligencias de investigación posibles o propuestas. Tales obligaciones conducirían a instrucciones inútiles en perjuicio de los intereses de los imputados y de una racional gestión de los recursos de la Administración de Justicia. Como hemos dicho «resulta inútil, e incluso improcedente, cualquier medida investigadora que, ya sin poder alterar la convicción del Juez, prolongase indebidamente... la causa, contrariando los propios derechos constitucionales que obligan a no alargar innecesariamente la fase sumarial en perjuicio de los querellados» (SSTC 191/1989, de 16 de noviembre [RTC 1989, 191], F. 3; 232/1998, de 1 de diciembre [RTC 1998, 232], F. 3). Por el contrario, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva en este ámbito que no se abra o que se clausure la instrucción cuando existan sospechas razonables de que se ha podido cometer el delito de torturas o de tratos inhumanos o degradantes denunciado, y cuando tales sospechas se revelen como susceptibles de ser despejadas. En suma, «respecto a la investigación de indicios de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes sufridos bajo la custodia de autoridades policiales, de los Acuerdos internacionales firmados por España y del propio tenor del artículo 15 CE se desprende un especial mandato de agotar cuantas posibilidades razonables de indagación resulten útiles para aclarar los hechos. En estos supuestos, en los que el valor superior de la dignidad humana puede verse comprometido con motivo de una situación especial en la que el ciudadano se encuentra provisionalmente bajo la custodia física del Estado, es necesario acentuar las garantías, de tal modo que el ordenamiento constitucional pueda amparar al ciudadano fácticamente desprotegido ante cualquier sospecha de excesos contra su integridad física o moral» (STC 224/2007, de 22 de octubre [RTC 2007, 224], F. 3).

7. Para valorar si existe una sospecha razonable de tortura, o de trato inhumano, o de trato degradante, y si tal sospecha es disipable, lo que convertiría en inconstitucional ex artículo 24.1 CE (RCL 1978, 2836) el cierre de la investigación, es necesario tomar en consideración las circunstancias concretas de cada caso en el contexto propio de este tipo de denuncias y de la instrucción a la que dan lugar:

a) Se ha de atender así, en primer lugar, a la probable escasez del acervo probatorio existente en este tipo de delitos clandestinos que, por una parte, debe alentar la diligencia del instructor para la práctica efectiva de las medidas posibles de investigación y, por otra, abun-

da en la dificultad de la víctima del delito de aportar medios de prueba sobre su comisión. A compensar tal dificultad responde la finalidad del principio de prueba como razón suficiente para que se inicie la actividad judicial de instrucción. La tutela judicial del derecho a no sufrir torturas ni tratos inhumanos o degradantes puede exigir así que se inicie o avance en una investigación allí donde quizás en otro tipo de supuestos podría advertirse una base insuficiente. A esta exigencia responden los estándares de «queja demostrable» (STEDH de 11 de abril de 2000 [TEDH 2000, 124], *Sevtap Veznedaroglu c. Turquía*, § 32), «sospecha razonable» (STEDH de 16 de diciembre de 2003 [TEDH 2003, 82], *Kmetty c. Hungría*, § 37) y «afirmación defendible» (STEDH de 2 de noviembre de 2004 [TEDH 2004, 65], *Martínez Sala y otros c. España*, § 156) utilizados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para desencadenar la obligación judicial de una investigación oficial eficaz. Se trata de que las sevicias denunciadas sean «aparentemente verosímiles» (STC 224/2007, de 22 de octubre [RTC 2007, 224], F. 3).

b) El derecho a la tutela judicial efectiva no resulta vulnerado si el órgano judicial decide no abrir la investigación o clausurar la iniciada porque la denuncia se revele como no demostrable o la sospecha como no razonable. Para llegar a tal conclusión el órgano judicial debe observar algunas cautelas que se derivan de la posible peculiar situación psicológica del denunciante y de la cualificación oficial de los denunciados. La desigualdad de armas que tales factores puede acarrear debe compensarse con la firmeza judicial frente a la posible resistencia o demora en la aportación de medios de prueba, con la especial atención a diligencias de prueba cuyo origen se sitúe al margen de las instituciones afectadas por la denuncia, y con la presunción a efectos indagatorios de que las lesiones que eventualmente presente el detenido tras su detención y que eran inexistentes antes de la misma sean atribuibles a las personas encargadas de su custodia. Como recuerda la STC 7/2004, de 9 de febrero (RTC 2004, 7), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirma que «cuando un detenido es puesto en libertad con evidencia de maltrato, el Estado está obligado a proporcionar las explicaciones necesarias sobre las heridas y que de no existir tales incurre en violación del artículo 3 CEDH (RCL 1999, 1190, 1572)» (F. 7). Afirma, en efecto, la STEDH de 28 de julio de 1999 (TEDH 1999, 30), *Selmouni c. Francia*, que «cuando un individuo que se encuentra en buen estado de salud es detenido preventivamente y que en el momento de su puesta en libertad se constata que está herido, corresponde al Estado proporcionar una explicación plausible del origen de las lesiones, a falta de la cual se aplicará el artículo 3 del Convenio (Sentencias *Tomasi c. Francia* de 27 de agosto 1992 [TEDH 1992, 54], serie A núm. 241-A, págs. 40-41, págs. 108-111, y *Ribitsch c. Austria* de 4 diciembre 1995 [TEDH 1995, 53], serie A núm. 336, pág. 26, § 34)» (§ 87).

c) Constituye también una exigencia de racionalidad que la valoración del testimonio judicial del denunciante, que es un medio de indagación particularmente idóneo de las denuncias por tortura o por tratos inhumanos o degradantes, y de sus declaraciones previas ante los médicos, la policía o los órganos judiciales repare en que «el efecto de la violencia ejercida sobre la libertad y las posibilidades de autodeterminación del individuo no deja de producirse en el momento en el que físicamente cesa aquella y se le pone a disposición judicial, sino que su virtualidad coactiva puede pervivir, y normalmente lo hará, más allá de su práctica efectiva» (STC 7/2004, de 9 de febrero [RTC 2004, 7], F. 8).

8. La aplicación del canon descrito a la concreta investigación judicial realizada como consecuencia de la denuncia del recurrente por los presuntos malos tratos policiales sufridos durante su detención conduce a la conclusión de que la tutela dispensada por los órganos judiciales no fue suficiente y por ello, al otorgamiento del amparo por infracción del artículo 24.1 CE (RCL 1978, 2836). Es de señalar, en primer lugar, que se denunciaron unas agresiones que, de ser ciertas, alcanzarían la gravedad suficiente para constituir los tratos inhumanos o degradantes que prohíbe el artículo 15 CE. Además, en segundo lugar, pervivían en el

momento del cierre de la instrucción sospechas razonables acerca de la producción posible de las agresiones denunciadas. Y, en tercer y último lugar, existían aún, en tal momento, vías disponibles para tratar de despejar, en el sentido que fuere, tales sospechas. En consecuencia, debemos considerar insuficiente la investigación judicial realizada, habida cuenta de que tras la misma pervivían sospechas razonables de que podían haberse irrogado al denunciante tratos inhumanos o degradantes y dado que existían aún medios de investigación disponibles para despejarlas.

a) Procede reiterar, en efecto, la índole de la denuncia, que comprendía golpes en la cabeza contra un automóvil durante la detención, agresiones «por todo el cuerpo» en el calabozo y, en particular, una «patada en las partes genitales», que habría provocado al detenido vómitos durante media hora.

b) Las sospechas de veracidad de los hechos denunciados pueden no ser contundentes, pero sí, en lo que importa al juicio constitucional, suficientes para que deba perseverarse en la indagación –apenas iniciada– si caben medios para ello. Se ha de insistir, al respecto, en que el detenido fue trasladado en dos ocasiones al hospital y que en los partes médicos correspondientes se consignan ciertos dolores y contusiones, como se ha recogido en los antecedentes de esta Sentencia (antecedente de hecho 2.a). Debe asimismo reseñarse, que ya en su primera visita al hospital, en la misma noche de su detención y antes de recibir asistencia letrada, el recurrente manifestó al médico que le atendía que había sido golpeado, y que poco después realizó sus manifestaciones de denuncia, reiterando su relato respecto a las agresiones que decía haber padecido en su declaración como detenido ante el Juez de Instrucción, el mismo día 1 de enero de 2004.

Ante esta situación, suficientemente indiciaria de los hechos denunciados como para perseverar en la indagación de lo sucedido, no resultan conformes con las exigencias reforzadas del derecho a la tutela judicial efectiva las razones que esgrimen los órganos judiciales para entender que no existían sospechas razonables de que fueran ciertos tales hechos y para adoptar la consecuente decisión de clausurar la investigación. El Juzgado de Instrucción que decreta el sobreseimiento provisional, que no es el que había practicado las diligencias ni el que había escuchado al denunciante, se limita a afirmar inicialmente que «de lo actuado no aparece debidamente justificada la perpetración del delito», añadiendo después, en el Auto de reforma, que no considera «desvirtuado, en este caso, el principio de confianza y veracidad que asiste a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado cuando se hallan en el ejercicio de sus funciones públicas», remitiéndose asimismo a la impugnación del Ministerio Fiscal, que en su escrito aludía al «inequívoco propósito de defensa en la denuncia formulada» y a que las lesiones sufridas «no van más allá de las que pudieran resultar de los hechos que se relatan en el atestado policial». El Auto de apelación, por su parte, argumenta que «no existen indicios determinantes de la perpetración de la infracción penal que se atribuye por el recurrente, y que las lesiones sufridas por éste son consecuencia de la forma de ocurrir los hechos, de su oposición violenta a la detención y de la resistencia empleada».

Las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva no permiten aceptar como razón suficiente para negar toda credibilidad al denunciante la de su ánimo de defensa frente a la imputación que pesaba o que temía que iba a pesar contra él so pena de cercenar a radice toda denuncia de maltrato policial a un detenido que, en cuanto tal, es o va a ser objeto de alguna imputación de la que tratará de defenderse. La misma razón sirve para negar en este contexto presunción de veracidad a las declaraciones de los agentes policiales implicados, debiendo añadirse, en el presente caso, que tal presunción no viene apoyada en mandato legal alguno, sino sólo en la expresión legal de los deberes de legalidad, integridad y respeto a la dignidad que comporta la actividad policial; sin que pueda dejar de hacerse alusión a las cautelas con que necesariamente ha de valorarse el testimonio de alguien en función de su condición actual o probable de imputado, como es la del agente que es o teme ser denunciado

por tratos inhumanos o degradantes. Así las cosas el argumento de la compatibilidad de las lesiones constatadas con el relato policial no es bastante para disipar la sospecha levantada con la denuncia, máxime cuando carece de la precisión necesaria frente a la alegación del denunciante de que entre los síntomas no se describen algunos que corresponderían a tal versión —«no es lógico que no se le objetivase ninguna lesión en las manos ni en los pies y en la cabeza sólo una contusión frontal»— y sí otros que no casarían con la misma —«leve inflamación en los testículos con dolor a la palpación en el derecho, contusión en codo derecho y herida en labio inferior con leve inflamación»—.

c) Puede resultar razonable que no se prosiga con una investigación que no aclara la inexistencia de los hechos denunciados, pero que, sin embargo, ha agotado ya los medios razonables y eficaces de investigación. El canon de la investigación suficiente se refiere así tanto a la inexistencia de sospechas razonables, como a la utilidad de continuar con la instrucción.

Pues bien, tampoco con esta perspectiva de análisis podemos afirmar que la tutela judicial prestada haya cumplido las exigencias del artículo 24.1 CE. La falta de credibilidad de la denuncia, que los órganos judiciales afirman a partir de la presumida veracidad del testimonio policial y, genéricamente, de su corroboración por los partes médicos, podría haber sido desmentida o reafirmada por el reconocimiento del médico forense y por la declaración del testigo que presenció la detención, que fueron las diligencias que, junto con la de reconocimiento en rueda, solicitó la representación del denunciante. No sobra señalar, en cualquier caso, que no se llamó a declarar a los médicos que atendieron al detenido, ni a los agentes que participaron en la detención, y que tampoco se recabaron las fotos que consta que realizó el abogado del recurrente la noche de su detención. También resulta relevante para apreciar, tanto la insuficiencia de la motivación judicial respecto de la inexistencia de indicios, como la existencia de diligencias de indagación remanentes, el hecho de que no fuera el Juez de Instrucción finalmente decisor el que recibiera la declaración del recurrente, testimonio éste que constituye, como antes se ha señalado, un medio de indagación de lo denunciado particularmente idóneo.

Debemos reiterar que desde la perspectiva constitucional de la tutela judicial de la prohibición absoluta de los tratos inhumanos o degradantes no se trata de que se practiquen todas y cada una de las diligencias solicitadas o imaginables, pero sí de que en un contexto aun de incertidumbre acerca de lo acaecido se practiquen aquellas que a priori se revelen susceptibles de despejar tales dudas fácticas. Si hay sospechas razonables de maltrato y modo aun de despejarlas no puede considerarse investigación oficial eficaz la que proceda al archivo de las actuaciones.

9. Procede así la estimación de la demanda y el otorgamiento del amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva debida, en síntesis, a que frente a la denuncia de tratos policiales inhumanos o degradantes por parte del detenido no se produjo una investigación judicial eficaz y que, aunque se emprendió prontamente la investigación judicial y tuvo cierto contenido, se clausuró cuando existían aún sospechas razonables acerca de la posibilidad de que el delito se hubiera cometido.

Para el restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho procede declarar la nulidad de los Autos impugnados y la retroacción de actuaciones para que se dispense al recurrente la tutela judicial efectiva demandada. Si bien es cierto que ello supone la remoción de un pronunciamiento firme que exonera de responsabilidad penal, también lo es que se trata de un pronunciamiento que se produce en la fase inicial, y que por ello la seguridad jurídica queda menos afectada que con la anulación de una Sentencia penal absolutoria. Ha de recordarse, en cualquier caso, que constituye doctrina de este Tribunal la de que «si la queja del recurrente en amparo que ha intervenido como titular del «ius ut procedatur» en un proceso penal en el que ha recaído un pronunciamiento absolutorio se fundamenta en la vulneración

de derechos procesales garantizados en el artículo 24 CE (RCL 1978, 2836), resulta procedente, en caso de otorgamiento del amparo, declarar la nulidad de las resoluciones judiciales impugnadas y retrotraer las actuaciones al momento procesal oportuno anterior a aquel en que se produjo la lesión estimada. Pues, en efecto, la mencionada imposibilidad de que este Tribunal declare la nulidad de sentencias penales absolutorias «no ha de entenderse referida a las resoluciones absolutorias dictadas en el seno de un proceso penal sustanciado con lesión de las más esenciales garantías procesales de las partes, pues toda resolución judicial ha de dictarse en el seno de un proceso respetando en él las garantías que le son consustanciales» (por todas, SSTC 215/1999, de 29 de noviembre [RTC 1999, 215], F. 1; 168/2001, de 16 de julio [RTC 2001, 168], F. 7; y 4/2004, de 16 de enero [RTC 2004, 4], F. 5)» (STC 12/2006, de 16 de enero [RTC 2006, 12], F. 2).

Esta doctrina resulta aplicable al presente supuesto porque el amparo se otorga, no por lo que dicen las resoluciones impugnadas de archivo, sino porque las mismas no han sido el resultado de una instrucción suficiente, y en tal sentido, de un proceso suficiente, con denegación constitucionalmente injustificada de algunas de las diligencias de prueba propuestas. Además, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por insuficiente investigación de una denuncia de tratos inhumanos y degradantes, con truncamiento indebido de un proceso judicial, constituye a su vez la restricción de la garantía esencial para la indemnidad de la interdicción absoluta de tales conductas constituida por un procedimiento judicial eficaz.

Fallo

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación Española,

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por don Juan Manuel F. R. y, en consecuencia:

1.º *Reconocer su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE [RCL 1978, 2836]) en relación con su derecho a no ser sometido a tratos inhumanos o degradantes (art. 15 CE).*

2.º *Declarar la nulidad de los Autos del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Cieza de 4 de febrero de 2004, de sobreseimiento provisional en diligencias previas 117-2004, y de 27 de abril de 2004, confirmatorio del anterior, y del Auto de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Murcia de 16 de marzo de 2005, confirmatorio a su vez de los dos anteriores.*

3.º *Ordenar la retroacción de las actuaciones al momento anterior al dictado del primero de los Autos para que el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Cieza proceda conforme al derecho fundamental reconocido.*

[Sentencia Tribunal Constitucional (Sala Primera), núm. 34/2008 de 25 de febrero. Ponente: Ilma. Sra. D.^a María Emilia Casas Baamonde.]

F.: Aranzadi (Westlaw): RTC 2008/34; sobre este mismo particular, cfr.

[Sentencia Tribunal Constitucional (Sala Primera), núm. 52/2008, de 14 de abril. Ponente: Ilmo. Sr. D. Pablo Pérez Tremps (con el voto particular de don Jorge Rodríguez Zapata).]

F.: Aranzadi (Westlaw): RTC 2008/52.

[Sentencia Tribunal Constitucional (Sala Segunda), núm. 69/2008, de 23 de junio. Ponente: Ilmo. Sr. D. Vicente Conde Martín de Hijas.]

F.: Aranzadi (Westlaw): RTC 2008/69.

2008-16

DERECHOS HUMANOS.—Derecho a la doble instancia y proceso penal: alcance del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.*Fundamentos de Derecho*

2. En efecto, «así como el acceso a la jurisdicción es un elemento esencial del contenido del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), el sistema de recursos frente a las diferentes resoluciones judiciales se incorpora al meritado derecho fundamental en la concreta configuración que reciba en cada una de las Leyes de enjuiciamiento reguladoras de los diferentes órdenes jurisdiccionales, salvo en lo relativo a las Sentencias penales condenatorias (por todas, SSTC 37/1995 [RTC 1995, 37], F. 5; 211/1996 [RTC 1996, 211], F. 2; 62/1997 [RTC 1997, 62], F. 2; 162/1998 [RTC 1998, 162], F. 3; 218/1998 [RTC 1998, 218], F. 2 y 23/1999 [RTC 1999, 23], F. 2)» (STC 121/1999, de 28 de junio [RTC 1999, 121], F. 3). A su vez dos son «las ideas esenciales» que vertebran la configuración constitucional de la garantía del recurso de quien ha sido condenado penalmente (STC 123/2005, de 12 de mayo [RTC 2005, 123], F. 6). La primera se refiere a su propia existencia como garantía constitucional, pues si bien el derecho a tal recurso «no tiene un reconocimiento constitucional expreso, queda integrado en el derecho a un proceso con todas las garantías recogido en el artículo 24.2 CE, toda vez que dicha exigencia, establecida en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (RCL 1977, 893) (en adelante PIDCP), ha quedado incorporada a las garantías constitucionales que disciplinan el proceso penal a través de la previsión del artículo 10.2 CE sobre que las normas relativas a derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con dicho texto (por todas, entre las primeras, STC 42/1982, de 5 de julio [RTC 1982, 42], F. 3; y, entre las más recientes, SSTC 80/2003, de 28 de abril [RTC 2003, 80], F. 2, y 105/2003, de 2 de junio [RTC 2003, 105], F. 2)». La segunda directriz constitucional relativa al recurso penal se refiere, siguiendo también lo afirmado en la Sentencia de Pleno STC 123/2005 (RTC 2005, 123), a que «del propio tenor literal del artículo 14.5 PIDCP, al establecer que “[t]oda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal superior, conforme a lo prescrito por la Ley”, se desprende que no establece propiamente una doble instancia, sino una sumisión del fallo condenatorio y de la pena a un Tribunal superior, sumisión que habrá de ser conforme a lo prescrito por la Ley, por lo que ésta, en cada país, fijará sus modalidades (SSTC 76/1982, de 14 de diciembre [RTC 1982, 76], F. 5, y 70/2002, de 3 de abril [RTC 2002, 70], F. 7)» (STC 123/2005 [RTC 2005, 123], F. 6). Así, para la condena por determinados delitos, esta sumisión la procura en nuestro Ordenamiento el recurso de casación (SSTC 37/1988, de 3 de marzo [RTC 1988, 37], F. 5; 123/2005 [RTC 2005, 123], F. 6) «siguiendo un modelo estricto de revisión de la legalidad de la condena y la pena contenida en la sentencia impugnada y no de repetición íntegra del juicio» (STC 123/2005, F. 7): «este Tribunal ya ha admitido y reiterado la aptitud de la casación penal para cumplir las exigencias del derecho al recurso contra sentencias penales condenatorias, señalando que “existe una asimilación funcional entre el recurso de casación y el derecho a la revisión de la declaración de culpabilidad y la pena declarado en el artículo 14.5 PIDCP, siempre que se realice una interpretación amplia de las posibilidades de revisión en sede casacional y que el derecho reconocido en el Pacto se interprete, no como el derecho a una segunda instancia con repetición íntegra del juicio, sino como el derecho a que un Tribunal superior controle la corrección del juicio realizado en primera instancia, revisando la correcta aplicación de las reglas que han permitido la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena, en el caso concreto. Reglas entre las que se encuentran, desde luego,

todas las que rigen el proceso penal y lo configuran como un proceso justo, con todas las garantías; las que inspiran el principio de presunción de inocencia, y las reglas de la lógica y la experiencia conforme a las cuales han de realizarse las inferencias que permiten considerar un hecho como probado. Esta interpretación es perfectamente posible a la vista del tenor literal del Pacto y conforme a la efectuada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en relación con los arts. 6.1 CEDH (RCL 1990, 1190, 1572) y 2 del Protocolo núm. 7 del citado Convenio (STEDH de 13 de febrero de 2001 [TEDH 2001, 88], caso Krombach c. Francia, que declara conforme al art. 2 del Protocolo 7 el modelo de casación francés, en el que se revisa sólo la aplicación del Derecho)” (SSTC 70/2002, de 3 de abril [RTC 2002, 70], F. 7, y 105/2003, de 2 de junio [RTC 2003, 105], F. 2, entre otras)» (STC 123/2005 [RTC 2003, 123], F. 7).

No es, desde luego, «misión de este Tribunal proponer una regulación constitucionalmente óptima de los recursos en el procedimiento penal, ni valorar la vigente en términos de mayor o menor adecuación a los valores constitucionales» (STC 296/2005, de 21 de noviembre [RTC 2005, 296], F. 3), pero sí constatar ahora, frente a lo implícitamente argüido por la sociedad demandante, que, por una parte, disfrutó del recurso previsto en el ordenamiento procesal penal y a su vez en los términos en él previstos, por lo que no sufrió denegación de tutela alguna (art. 24.1 CE). Por otra parte, tanto por su contenido como por su condición de parte acusadora, el tipo de recurso facilitado a la misma cumplía las exigencias constitucionales derivadas del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE): por una parte, porque la misma ejercitaba la acusación y no era, por tanto, titular de la garantía penal del recurso; por otra parte, y en cualquier caso, aunque de un penalmente condenado se hubiera tratado, porque el impulsado era un recurso legalmente previsto que cumplía suficientemente la función revisora que impone el artículo 24.2 CE en la interpretación que informa el artículo 14.5 PIDCP. Si tal cosa la afirmamos, como se ha reseñado, del recurso de casación, que, en tanto es extraordinario, constituye un mecanismo de sumisión a un Tribunal superior más limitado desde la perspectiva de las funciones que se atribuyen a éste en relación con la determinación de los hechos enjuiciados, con mayor razón debe afirmarse del recurso que prevé hoy el artículo 790 LECrim (LEG 1882, 16) (art. 795 en el momento en el que se dictó la Sentencia recurrida), que permite la impugnación de la Sentencia por «quebrantamiento de las normas y garantías procesales, error en la apreciación de la pruebas o infracción de normas del ordenamiento jurídico» (art. 790.2 LECrim), y la petición de «la práctica de las diligencias de prueba que [el recurrente] no pudo proponer en la primera instancia, de las propuestas que le fueron indebidamente denegadas... y de las admitidas que no fueron practicadas por causas que no le sean imputables» (art. 790.3 LECrim).

Corolario de lo argumentado es que la sociedad demandante no tenía derecho constitucional a la garantía del recurso penal frente a resoluciones condenatorias como parte de su derecho a un proceso con todas las garantías, sino, más limitadamente, derecho al recurso legalmente establecido como vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva. Disfrutó de tal recurso, sin que sobre señalar que el mismo hubiera colmado el derecho correspondiente del penalmente condenado [...].

4. Aduce también la sociedad demandante que la vulneración de su derecho a un proceso con todas las garantías proviene, no del hecho de la falta de la garantía del recurso penal, sino del hecho de que el mismo se sustanciara sin la garantía de la práctica de las pruebas cuya valoración se cuestionaba. En el entender de la demandante y del Ministerio Fiscal la jurisprudencia establecida por este Tribunal a partir de la STC 167/2002, de 18 de septiembre (RTC 2002, 167), comportaría que esta práctica constituye una garantía constitucional cuando el recurrente cuestione ante el Tribunal de apelación los hechos afirmados por la Sentencia de instancia.

Ni la STC 167/2002 ni las numerosas Sentencias posteriores que han aplicado y perfilado su doctrina en torno a las garantías procesales de inmediación y contradicción han cuestiona-

do por restrictivo el sistema que nuestro ordenamiento jurídico establece como sistema de apelación penal, según la propia denominación legal. No es el objeto de nuestra doctrina el análisis constitucional de los supuestos en los que se puede apelar, o las razones por las que puede hacerse, o los casos en los que la revisión debe conformar la práctica y la valoración de la prueba. Su objeto es, sencilla pero trascendentalmente, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el de afirmar que, para justificar una condena, no cabe valorar una prueba de cargo sin intermediación, y tampoco sin contradicción y publicidad (SSTEDH de 8 de febrero de 2000 [TEDH 2000, 60], asunto Stefanelli contra San Marino, § 20, en el que el Tribunal observa que el procedimiento oral no se desarrolla ante el Magistrado llamado a resolver; de 18 de mayo de 2004 [TEDH 2004, 34], asunto Destrethem contra Francia, § 43, en el que se afirma que el Tribunal de apelación apreció declaraciones de testigos sin interrogarlos), puesto que éstas constituyen garantías esenciales de la «corrección de la valoración» (SSTC 112/2005, de 9 de mayo [RTC 2005, 112], F. 2; 141/2006, de 8 de mayo [RTC 2006, 141], F. 3; ATC 467/2006, de 20 de diciembre [RTC 2006, 467 AUTO], F. 3). Es precisamente en este sentido en el que el problema constitucional de la garantía de intermediación se ha planteado en nuestra doctrina jurisdiccional como un «límite» para la revisión de la valoración de la prueba por el órgano llamado a decidir el recurso de apelación (SSTC 197/2002, de 28 de octubre [RTC 2002, 197], F. 2; 192/2004, de 2 de noviembre [RTC 2004, 192], F. 2) derivado «del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, en particular del principio de intermediación que rige el proceso penal» (STC 192/2004, F. 2). Así, la STC 167/2002 (RTC 2002, 167), perfilando tal límite, concluye que «en casos de apelación de sentencias absolutorias, cuando aquélla se funda en la apreciación de la prueba, si en la apelación no se practican nuevas pruebas, no puede el Tribunal “ad quem” revisar la valoración de las practicadas en la primera instancia, cuando por la índole de las mismas es exigible la intermediación y la contradicción» (F. 1).

La ratio de la decisión que adoptamos en nuestra STC 167/2002 de que «ha resultado vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías» es, por tanto, que la Audiencia Provincial había procedido «a revisar y corregir la valoración y ponderación que el Juzgado de lo Penal había efectuado de las declaraciones de los recurrentes en amparo, sin respetar los principios de intermediación y contradicción» (F. 11). A la misma conclusión y por la misma razón se llega en numerosas Sentencias posteriores: «la revocación en segunda instancia de una sentencia penal absolutoria y su sustitución por otra condenatoria, tras realizar una nueva valoración y ponderación de los testimonios de acusados y testigos en la que se fundamenta la modificación del relato de hechos probados y la condena, requiere que esta nueva valoración de estos medios de prueba se efectúe con un examen directo y personal de los acusados y testigos, en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción (SSTC 197/2002, de 28 de octubre, F. 4; 198/2002, de 28 de octubre [RTC 2002, 198], F. 2; 200/2002, de 28 de octubre [RTC 2002, 200], F. 6; 212/2002, de 11 de noviembre [RTC 2002, 212], F. 3; 230/2002, de 9 de diciembre [RTC 2002, 230], F. 8; 41/2003, de 27 de febrero [RTC 2003, 41], F. 5; 68/2003, de 9 de abril [RTC 2003, 68], F. 3; 118/2003, de 16 de junio [RTC 2003, 118], F. 4; 189/2003, de 27 de octubre [RTC 2003, 189], F. 4; 209/2003, de 1 de diciembre [RTC 2003, 209], F. 3; 4/2004, de 16 de enero [RTC 2004, 4], F. 5; 10/2004, de 9 de febrero [RTC 2004, 10], F. 7; 12/2004, de 9 de febrero [RTC 2004, 12], F. 4; 28/2004, de 4 de marzo [RTC 2004, 28], F. 6; 40/2004, de 22 de marzo [RTC 2004, 40], F. 5 y 50/2004, de 30 de marzo [RTC 2004, 50], F. 2, entre otras)» (STC 31/2005, de 14 de febrero [RTC 2005, 31], F. 2). Así, «la Constitución (RCL 1978, 2836) veda ex artículo 24.2 que un Juez o Tribunal de lo penal sustente una condena sobre su propia apreciación de lo sucedido a partir de su valoración de testimonios a los que no ha asistido; esto es: sin intermediación en pruebas cuya valoración requiere la garantía de intermediación» (STC 112/2005, de 9 de mayo [RTC 2005, 112], F. 9); así, «forma parte del derecho fundamental del acusado a un proceso con todas las garantías

(art. 24.2 CE) que la valoración de las pruebas que consistan en un testimonio personal sólo pueda ser realizada por el órgano judicial ante el que se practiquen –sólo por el órgano judicial que asiste al testimonio– y siempre que además dicha práctica se realice en condiciones plenas de contradicción y publicidad. Esta exigencia de intermediación de la práctica de este tipo de pruebas respecto al órgano judicial que las valora perdería su finalidad de garantía de la defensa efectiva de las partes y de la corrección de la valoración si una instancia superior pudiera proceder a una nueva consideración de los testimonios vertidos en el juicio a partir de la fundamentación de la Sentencia recurrida o de la sola constancia documental que facilita el acta del mismo» (SSTC 105/2005, de 9 de mayo [RTC 2005, 105], F. 1; 111/2005, de 9 de mayo [RTC 2005, 111], F. 1; 112/2005 [RTC 2005, 112], F. 2; 185/2005, de 4 de julio [RTC 2005, 185], F. 2).

5. La doctrina que parte de la STC 167/2002 (RTC 2002, 167) no comporta que deban practicarse necesariamente nuevas pruebas en apelación cuando los recurrentes cuestionen los hechos declarados como probados, cuestión que sólo al legislador corresponde decidir en su competencia de configuración de los recursos penales, sino únicamente que al órgano judicial le está vedada la valoración de las pruebas personales que no se hayan practicado ante él: que «en el ejercicio de las facultades que el artículo 795 LECrim (LEG 1882, 16) otorga al Tribunal “ad quem” deben respetarse en todo caso las garantías constitucionales establecidas en el artículo 24.2 CE (RCL 1978, 2836)» (F. 11). Esta mención al ámbito de la apelación diseñado por el artículo 795 LECrim (hoy 790 LECrim) constituye un presupuesto constante de la doctrina de la exigencia de intermediación en la valoración de las pruebas (SSTC 197/2002, de 28 de octubre [RTC 2002, 197], F. 4; 198/2002, de 28 de octubre [RTC 2002, 198], F. 3; 40/2004, de 22 de marzo [RTC 2004, 40], F. 5; 78/2005, de 4 de abril [RTC 2005, 78], F. 2; 307/2005, de 12 de diciembre [RTC 2005, 307], F. 5). No sobra señalar al respecto que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tras partir de que el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (RCL 1999, 1190, 1572) no compele a los Estados a establecer tribunales de apelación o de casación (STEDH de 26 de julio de 2002 [JUR 2002, 216293], asunto *Metfah* y otros contra Francia, § 41), señala que el modo de aplicación del mismo a la apelación depende de las singularidades del procedimiento en cuestión y que en todo caso ha de tomarse en cuenta en su conjunto el proceso tramitado según el Ordenamiento jurídico interno y la tarea que en él desarrolla el Tribunal de apelación (SSTEDH de 26 de mayo de 1988 [TEDH 1988, 10], asunto *Ekkbatani* contra Suecia ; de 29 de octubre de 1991 [TEDH 1991, 46], § asunto *Jan-Ake Andersson* contra Suecia, §§ 22 y 27; de 29 de octubre de 1991 [TEDH 1991, 45], asunto *Fejde* contra Suecia, § 26; de 27 de junio de 2000 [TEDH 2000, 145], asunto *Constantinescu* contra Rumanía, § 53; de 6 de julio de 2004 [JUR 2004, 206482], asunto *Dondarini* contra San Marino, § 27), singularmente si le corresponde declarar los hechos probados (SSTEDH de 26 de mayo de 1988, asunto *Ekkbatani* contra Suecia, § 31; de 18 de octubre de 2006 [TEDH 2006, 59], asunto *Hermi* contra Italia, § 61). De este modo, cuando se ha celebrado ya audiencia pública en la primera instancia, la falta de debates públicos en apelación puede justificarse por las peculiaridades del procedimiento en cuestión, teniendo en cuenta la naturaleza del sistema de apelación interno, el alcance de los poderes de la jurisdicción de apelación, la manera en que los intereses del demandante han sido realmente satisfechos y protegidos ante ella, y sobre todo la naturaleza de las cuestiones que tenía que resolver (STEDH de 27 de junio de 2000, asunto *Constantinescu* contra Rumanía, § 53; también STEDH de 8 de febrero de 2000 [TEDH 2000, 68], asunto *Cooke* contra Austria, § 35). Así, en el asunto *Arnarsson* contra Islandia (STEDH de 15 de julio de 2003 [TEDH 2003, 44]) se parte de que el hecho de que el Tribunal Supremo islandés estuviera facultado para revocar una sentencia absolutoria sin citar al demandante y a los testigos y sin interrogarles en persona no infringe por sí mismo el derecho a que la causa sea oída equitativamente por el Tribunal ex artículo 6 del Convenio (§ 32).

En la STC 167/2002 (RTC 2002, 167), en suma, este Tribunal no ha venido a cuestionar por constitucionalmente insuficiente el ámbito de la apelación penal en nuestro Ordenamiento jurídico, sino sólo a exigir que en su desarrollo se observen las garantías constitucionales y, en concreto, las de inmediación y contradicción en la valoración de las pruebas de cargo cuando tal valoración se haya de producir conforme a las previsiones legales. De este modo infringe el artículo 24.2 CE el órgano judicial que modifique el «factum» de sentido absoluto por otro de sentido condenatorio (ATC 467/2006, de 20 de diciembre [RTC 2006, 467 AUTO], F. 3) valorando pruebas sin la garantía de inmediación, sea porque el órgano judicial entienda que la ley le impide la práctica de la prueba, sea porque no aprecie como oportuna o necesaria tal práctica.

[Tribunal Constitucional (Pleno), Sentencia núm. 48/2008, de 11 marzo. Ponente: Ilma. Sra. D.^a María Emilia Casas Baamonde.]

F.: Aranzadi (Westlaw): RTC 2008/48.

2008-17

DERECHOS HUMANOS. Vulneración del derecho a la presunción de inocencia y a un juicio con las debidas garantías

Fundamentos de Derecho

6. *En el presente caso, [...], los recurrentes fueron absueltos en primera instancia del delito de calumnias del que venían siendo acusados. En el relato de hechos probados de la Sentencia del Juzgado de lo Penal se constata la presentación por los querellados de una denuncia ante la Fiscalía, el archivo posterior de la misma y que los acusados no tenían intención al interponerla de imputar al querellante una infracción penal a sabiendas de su falsedad. Una conclusión que se sustenta en la falta de prueba acerca del elemento subjetivo del delito, que denomina «animus infamandi», a partir de la valoración de las declaraciones de los acusados y los testigos, practicadas en el acto del juicio oral.*

Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por error en la apreciación de la prueba e infracción de precepto penal, recurso que fue estimado por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia recurrida en amparo. Esta resolución modifica el relato de hechos probados de la de instancia, describiendo con gran minuciosidad todas las incidencias previas relativas al contrato cuyas irregularidades se denuncian, así como las relativas a la tramitación y aprobación del plan general de ordenación urbana, a cómo se gestó la presentación de la denuncia, y a la difusión de la noticia de su presentación por los medios de comunicación, a quienes se la habían comunicado los querellados, e incluso a las actuaciones de uno de los acusados como Juez de Paz, presidiendo un acto de conciliación relativo al contrato en cuestión. Y, ya en la fundamentación jurídica de la Sentencia, se afirma el conocimiento por los querellados de la falsedad de la denuncia interpuesta y la intención de atentar contra el buen nombre del ofendido.

El núcleo de la discrepancia entre ambas resoluciones judiciales es, por tanto, la prueba del elemento subjetivo del delito de calumnias enjuiciado, el conocimiento de la falsedad de la denuncia interpuesta, que en la Sentencia de apelación se entiende concurrente a partir de una nueva valoración de la credibilidad de los testimonios de los dos acusados y del Sr. S., que la Sala no había presenciado. Nueva valoración que se realiza sobre la base de una serie de indicios, que no fueron tomados en consideración en la instancia y que se introducen «ex novo» en el relato fáctico y en la fundamentación jurídica: que los acusados y el querellante

eran adversarios políticos en el Ayuntamiento; la proximidad de las elecciones municipales del año 2003; la gestación de la denuncia, redactada personalmente por el Sr. L., firmada por el Sr. S. y enviada a la Fiscalía previo acuerdo del equipo de gobierno municipal; la comunicación a la prensa (F. tercero); que la Pobla Llarga es un pueblo, «y que en los pueblos se conoce y se sabe todo»; la condición de Alcalde y concejal, respectivamente, de los acusados, y su conocimiento de la abstención del Sr. S. en la aprobación del plan general de ordenación urbana; la intervención del acusado Sr. B. como Juez de Paz, en el año 1992, en un acto de conciliación relativo al contrato en cuestión (F. cuarto) [...].

A continuación, en el fundamento jurídico cuarto, se sostiene que los denunciantes conocían la falsedad de la denuncia y que su presentación sólo tenía una finalidad de revanchismo político, una conclusión que «se extrae de datos que conocían los denunciantes, bien por haberlos investigado, bien por conocerlos por haber tenido conocimiento directo por ser concejales y vecinos del pueblo o bien, en el caso de B., y esto es más grave, por haber tenido conocimiento de ellos por su condición de Juez de Paz del pueblo». A continuación se afirma, respecto de la modificación del plan general de ordenación urbana que «S. lo debía saber», y que «no estaba entonces engañado S., sino que sabía que podía haber una recalificación». Igualmente se afirma que las condiciones del contrato «eran perfectamente conocidas por los acusados cuando de manera absolutamente temeraria proceden a fabricar una denuncia ante la Fiscalía y a darle publicidad». Lo que se sustenta en que, pese a lo que sostienen los acusados, reproduciendo parcialmente sus declaraciones «debían saber» por razón de su cargo.

En definitiva, de la lectura de los fundamentos jurídicos tercero y cuarto se desprende de forma inequívoca que la Audiencia Provincial realiza una nueva valoración de pruebas personales que no había presenciado, negando credibilidad a los testimonios de los acusados y del Sr. S. a partir de los referidos indicios, lo que le lleva a concluir que los acusados conocían la falsedad de la denuncia interpuesta y que su intención era menoscabar el buen nombre de su adversario político. El carácter personal de las pruebas valoradas en tales circunstancias y el hecho de que la nueva valoración de las mismas se orientara a la acreditación de los elementos subjetivos a los que se ha hecho referencia (SSTC 230/2002, de 9 de diciembre [RTC 2002, 230], F. 8; 189/2003, de 27 de octubre [RTC 2003, 189], F. 5; STEDH de 25 de julio de 2000 [TEDH 2000, 404], caso Tierce c. San Marino, § 101) conduce directamente a la estimación de la demanda de amparo por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE [RCL 1978, 2836]).

7. Igualmente hemos de declarar la vulneración del derecho de los recurrentes a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE [RCL 1978, 2836]) y anular la Sentencia condenatoria sin retroacción de actuaciones y sin la consiguiente posibilidad del dictado de una nueva, pues –como señala el Ministerio Fiscal–, aunque la Audiencia Provincial aluda a elementos derivados de la documental obrante en autos, de la propia motivación de la Sentencia se desprende que la valoración de pruebas personales que le estaba vedada resulta esencial para llegar a la conclusión inculpativa, de forma que la eliminación de las pruebas irregularmente valoradas deja sin sustento la condena.

En efecto, las circunstancias del caso a las que se refiere la Sentencia en cuestión (básicamente en cuanto al conocimiento general de los asuntos municipales en un pueblo pequeño y al conocimiento privilegiado que los acusados tenían de ciertos asuntos por su condición de Alcalde y concejal respectivamente y, anteriormente, de Juez de Paz en el caso del Sr. B.) no constituyen una prueba documental que pudiera sustentar la condena, sino que –a partir del razonamiento explicitado en la resolución judicial– son meros indicios, cuya virtualidad inculpativa no se analiza autónomamente, sino que se utilizan para contrarrestar la veracidad y credibilidad de los testimonios en cuestión en cuanto al desconocimiento de la falsedad de la denuncia. La referencia a esos datos está absolutamente imbricada en la motivación de la Sentencia con la valoración de la credibilidad de los testimonios, lo que la hace inseparable

de éstos. Por tanto, puede afirmarse que de la motivación judicial se deduce que carecen palmariaamente de eficacia probatoria autónoma desvinculados de los testimonios cuya valoración estaba constitucionalmente vedada por falta de inmediación, y que éstos tienen carácter esencial en la construcción probatoria, fundamentando el fallo condenatorio (STC 207/2007, de 24 de septiembre [RTC 2007, 207], F. 4).

Fallo

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación Española,

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por D. José María B. A. y D. Rafael L. V. y, en su virtud:

1.º Reconocerles sus derechos fundamentales a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE [RCL 1978, 2836]) y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

2.º Declarar la nulidad de la Sentencia de 29 de septiembre de 2005 (ARP 2006, 161) y del Auto de 15 de diciembre de 2005, dictados ambos por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valencia en el recurso de apelación núm. 1223-2005.

[Sentencia Tribunal Constitucional (Sala Segunda), núm. 36/2008, de 25 febrero. Ponente: D. Guillermo Jiménez Sánchez, D. Vicenti Conde Martín de Hijas, D.^a Elisa Pérez Vera, D. Eugeni Gay Montalvo, D. Ramón Rodríguez Arribas, D. Pascual Sala Sánchez.]

F.: Aranzadi (Westlaw): RTC 2008/36.