

III. 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. TRATADOS INTERNACIONALES.-II. RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO ESPAÑOL.-III. DERECHO DEL MAR.-IV. ASILO Y REFUGIO.-V. DERECHO INTERNACIONAL PENAL.-VI. DERECHO COMUNITARIO EUROPEO.

I. TRATADOS INTERNACIONALES

2007-47

APLICACIÓN DE TRATADOS.-Tratados sucesivos concernientes a la misma materia. Artículo 30 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969. Interpretación de los términos del tratado por el juez nacional. Supuesto específico: ciudadanos uruguayos.

Fundamentos de Derecho

Primero. La Administración del Estado interpone recurso de casación en interés de la Ley contra la sentencia de 28 de octubre de 2004, dictada por la Sección Tercera de la Sala de

* La presente crónica abarca el segundo semestre de 2006 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 Óscar 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.

lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en el recurso de apelación número 176/04, formulado contra la que el Juzgado número 1 de los de Alicante había dictado el 29 de diciembre de 2003 en el recurso Contencioso-Administrativo número 120/03.

Aquella sentencia de la Sala, al igual que la del Juzgado, dictadas con ocasión del enjuiciamiento de una resolución del Subdelegado del Gobierno en Alicante, de fecha 17 de diciembre de 2002, que denegó a un nacional de Uruguay el permiso de trabajo solicitado, llegan a la conclusión de que los ciudadanos de esa nacionalidad ostentan una situación jurídica que les permite obtener los permisos de residencia y trabajo imperativamente (en expresión de la sentencia del Juzgado), o de modo similar a los ciudadanos de los Estados de la Unión Europea (en expresión de la de la Sala), sin sujeción al régimen establecido en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero (RCL 2000, 72, 209), sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, y en sus normas reglamentarias de desarrollo; conclusión que obtienen al interpretar el Tratado de Paz y Amistad celebrado entre España y la República Oriental de Uruguay el día 19 de julio de 1870 (publicado en la Gaceta de Madrid del día 28 de enero de 1883) y el posterior Tratado General de Cooperación y Amistad entre la República Oriental del Uruguay y el Reino de España de 23 de julio de 1992 (RCL 1994, 1557, 2091) (publicado en el BOE del día 2 de junio de 1994).

Segundo La sentencia de la Sección Cuarta de la Sala Tercera de este Tribunal Supremo de fecha 10 de octubre de 2002, dictada en el recurso de casación número 2806 de 1998 (RJ 2002, 8748), analizó el Tratado de 1870 antes citado y confirmó la conclusión que la sentencia allí recurrida había obtenido acerca de que los nacionales de Uruguay se encuentran en la misma situación que los ciudadanos españoles para obtener el permiso de trabajo. El fundamento de derecho de dicha sentencia en donde se recoge la doctrina de este Tribunal Supremo entonces declarada, es el segundo, en el que se lee:

«En el único motivo de casación, el Abogado del Estado, al amparo del núm. 4 del artículo 95.1 de la Ley de la Jurisdicción (RCL 1998, 1741), denuncia la infracción del artículo 18.1.a) de la Ley Orgánica 7/1985 de 1 de julio (RCL 1985, 1591), en relación con el artículo 37.4.a) del Reglamento de Ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, aprobado por Real Decreto 1119/1986 de 26 de mayo (RCL 1986, 1899, 2401). Alegando en síntesis, que el Convenio de 1870 entre España y Uruguay es diferente a los celebrados con Chile y Perú de 24 de mayo de 1958 (RCL 1958, 1804) y de 16 de mayo de 1959 (RCL 1960, 613), pues al existir, dice, una remisión a la legislación española, al cambiar ésta pueden cambiar los derechos de los extranjeros concernidos por el Convenio.

Y procede rechazar tal motivo de casación, pues como ha puesto adecuadamente de manifiesto la sentencia recurrida, los términos del Convenio de 1870, celebrado entre España y Uruguay son sustancialmente iguales, que los expresados en los Convenios con Chile y Perú, y no cabe apreciar la diferencia que advierte el Abogado del Estado, por el hecho de que el primero no haga referencia alguna a la legislación laboral y Seguridad Social y se remita a la legislación española, pues por un lado, como la parte recurrida refiere, en 1870 no había en España Seguridad Social, y por tanto no cabía hacer referencia alguna a la misma, y por otro, tanto el Convenio con Uruguay como los celebrados con Chile y Perú, hacen la misma remisión a la legislación española, como no podría ser menos, pues los derechos, sobre compra, venta, sucesión y el ejercicio de las actividades se ha de someter obviamente a lo dispuesto por la Ley donde se realicen esas actividades, pero de ello no se puede inferir que el derecho a obtener el permiso de trabajo o residencia, está excluido de los términos del Convenio, como así lo ha entendido esta Sala, para los Convenios con Chile y Perú, que tienen una redacción similar, sentencias de 22 de diciembre de 1995 (RJ 1995, 9684), que recoge doctrina de las anteriores de 21 de mayo de 1990 (RJ 1990, 4003), 23 de febrero de 1991 (RJ 1991, 1364) y 25 de febrero de 1992 (RJ 1992, 1034), y con la de 15 de septiembre de 1998 (RJ 1998, 6916), en

las que se expresa que la remisión a la legislación española afecta al ejercicio de la actividad, pero no a la titularidad del derecho a trabajar en España, que está amplia y suficientemente recogido en los Convenios con Chile y Perú, y también en similares términos por el Convenio con Uruguay, como se advierte de su propia letra, y adecuadamente ha expuesto la sentencia recurrida».

Ese Tratado de 1870, en el párrafo primero de su artículo VIII, dispuso que «Los súbditos españoles en la República Oriental de Uruguay y los ciudadanos de la República en España podrán ejercer libremente sus oficios y posesiones [...] con arreglo a las Leyes del país, en los mismos términos y bajo de iguales condiciones y adeudos que usan o usaren los de la nación más favorecida.»

Pero la repetida sentencia no analizó la incidencia en aquella doctrina del posterior Tratado de 23 de julio de 1992 (RCL 1994, 1557, 2091); razón por la que subsiste la necesidad de que abordemos la cuestión planteada en este recurso de casación en interés de la Ley, y de que rechazemos, por tanto, la alegación hecha por el Ministerio Fiscal en el sentido de que el recurso carece de objeto al haberse sentado ya doctrina sobre la cuestión planteada.

Tercero Ese Tratado de 1992 (RCL 1994, 1557, 2091) contiene dos artículos cuya toma en consideración es necesaria.

El primero en el que hemos de fijarnos es su artículo 18, en su párrafo primero, en el que se dispone:

«Sin perjuicio de las disposiciones establecidas en el presente Tratado, las Partes acuerdan que, en lo que no fuere incompatible con el mismo, se mantienen plenamente vigentes los convenios celebrados con anterioridad.»

Y el segundo es su artículo 14, cuyo tenor es el siguiente:

«Con sujeción a su legislación y de conformidad con el derecho internacional, cada Parte otorgará a los nacionales de la otra facilidades para la realización de actividades lucrativas, laborales o profesionales, por cuenta propia o ajena, en pie de igualdad con los nacionales del Estado de residencia o de trabajo necesarias para el ejercicio de dichas actividades. La expedición de los permisos de trabajo laborales y profesionales, por cuenta ajena será gratuita.

Las respectivas autoridades garantizarán el efectivo goce de las facilidades mencionadas, sujeto al criterio de reciprocidad.»

Se trata, pues, de decidir si aquel párrafo primero del artículo VIII del Tratado de 1870 no es incompatible con el artículo 14 del Tratado de 1992.

Cuarto La respuesta que alcanzamos es afirmativa, esto es, que sí hay incompatibilidad entre uno y otro preceptos, de suerte que el segundo ha venido a sustituir al primero en lo que hace al régimen del ejercicio de actividades lucrativas, laborales o profesionales, por cuenta propia o ajena. Es así, porque ambos preceptos se ocupan de regular esa misma cuestión y, sin embargo, lo hacen en términos cuyo significado jurídico no es el mismo. El compromiso de las Partes que suscriben el Tratado (RCL 1994, 1557, 2091) no es ya el de que sus nacionales puedan, en el país de la otra, ejercer libremente sus oficios y profesiones, en los mismos términos y bajo iguales condiciones que los ciudadanos de la nación más favorecida, sino, meramente, que reciban las facilidades necesarias para el ejercicio de dichas actividades, en pie de igualdad con los nacionales del Estado de residencia o de trabajo y con sujeción a la legislación de éste. Ahora son las facilidades para el ejercicio y no el derecho a ejercer lo que se pacta en el Tratado. El pie de igualdad es en aquéllas y no en éste.

En consecuencia, y sin perjuicio de las facilidades que como derivadas de lo dispuesto en el artículo 14 del Tratado han de otorgárseles, cuya concreción excede del objeto del recurso que ahora resolvemos, los nacionales de Uruguay no dejan de estar sujetos al régimen establecido en la Ley Orgánica 4/2000 (RCL 2000, 72, 209) y en sus normas reglamentarias de desa-

rollo, ni deja de serles de aplicación, por ende, la norma contenida en el artículo 38.1 de aquélla, según la cual: para la concesión inicial de la autorización de trabajo, en el caso de trabajadores por cuenta ajena, se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo.

Asimismo, no se sigue de aquel artículo 14, ni tampoco del VIII del Tratado de 1870, que los nacionales de Uruguay queden equiparados a los ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea en lo que hace al régimen de residencia y trabajo, pues estos Estados no son respecto del nuestro naciones más favorecidas, sino Estados regidos por un ordenamiento común.

Procede, por todo ello, que estimemos este recurso de casación en interés de la Ley, fijando como doctrina legal la que resulta de lo dicho en los dos párrafos anteriores.

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

Fallamos

Estimamos el recurso de casación en interés de la Ley interpuesto por la representación procesal de la Administración del Estado contra la sentencia que con fecha 28 de octubre de 2004 dictó la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en el recurso de apelación número 176 de 2004. Y fijamos como doctrina legal la siguiente:

Sin perjuicio de las facilidades que han de otorgárseles, derivadas de lo dispuesto en el artículo 14 del Tratado General de Cooperación y Amistad entre la República Oriental de Uruguay y el Reino de España, firmado el 23 de julio de 1992 (RCL 1994, 1557, 2091), los nacionales de Uruguay, ni quedan equiparados a los ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea en lo que hace al régimen jurídico que regula los derechos de residencia y trabajo en España, ni dejan de estar sujetos al régimen establecido en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero (RCL 2000, 72, 209), sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, y en sus normas reglamentarias de desarrollo, siéndoles de aplicación, por ende, la norma contenida en el artículo 38.1 de dicha Ley, según la cual: para la concesión inicial de la autorización de trabajo, en el caso de trabajadores por cuenta ajena, se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo.

[Sentencia TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª), de 26 de septiembre de 2006. Ponente: Excmo. Sr. D. Segundo Menéndez Pérez.]

F.: Aranzadi Westlaw, RJ 2006/7693.

Nota: La sentencia objeto de la presente nota y las referencias incluidas en ésta son el reflejo de una controversia surgida en el seno de la jurisprudencia española en torno a la vigencia y aplicación del Tratado de Reconocimiento, Paz y Amistad de 1870, ratificado por la República Oriental del Uruguay y por el Reino de España, y que tiene como trasfondo la demanda por parte de ciudadanos de nacionalidad uruguaya del reconocimiento de una serie de derechos (principalmente permiso de trabajo y de residencia) que supondrían la materialización de una condición análoga, si no idéntica, a la de nación más favorecida, concediendo a los ciudadanos de la otra parte contratante determinados derechos en pie de igualdad con los nacionales del propio Estado (ver, *REDI*, 2006-1, vol. LVII, pp. 350-363; *REDI*, 2006-2, vol. LVIII, pp. 869-872).

Esta controversia que ha tenido amplio reflejo tanto en el ámbito jurisprudencial, mediante una muy diversa y difícilmente conciliable jurisprudencia (basten como ejemplo, Sentencia TSJ Galicia núm. 516/2004 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), de 23 de

junio; Sentencia TSJ Comunidad Valenciana núm. 190/2004 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª), de 7 de julio de 2004; Sentencia TSJ Comunidad Valenciana núm. 99/2005 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª), de 26 de enero; Sentencia TSJ Castilla-La Mancha núm. 10022/2005 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª), de 14 de febrero), como en el ámbito político, mediante diversas iniciativas tanto parlamentarias (*BOCG. Congreso de los Diputados*, núm. D-176 de 23/03/2005, pág.: 170, Iniciativa; *BOCG. Congreso de los Diputados*, núm. D-265 de 29/09/2005, pág.: 69, Contestación del Gobierno; *BOCG. Congreso de los Diputados*, núm. D-227 de 23/06/2005, pág.: 499 Iniciativa; *BOCG. Congreso de los Diputados*, núm. D-262 de 26/09/2005, pág.: 653, Contestación del Gobierno; *BOCG. Congreso de los Diputados*, núm. D-338 de 21/02/2006, pág.: 309, Iniciativa; *BOCG. Congreso de los Diputados*, núm. D-376 de 27/04/2006, pág.: 317, Contestación del Gobierno; *BOCG. Congreso de los Diputados*, núm. D-179 de 04/04/2005 pág.: 9 Iniciativa-Proposición no de Ley; *BOCG. Congreso de los Diputados*, núm. D-195 de 04/06/2005 pág.: 11; *BOCG. Congreso de los Diputados*, núm. 458 de 21/12/2005 pág.: 32; *BOCG. Congreso de los Diputados*, núm. D-317 de 11/01/2006 pág.: 10) como gubernamentales (Reunión de la Comisión de Alto Nivel prevista en el artículo primero del Tratado General de Cooperación de 1992 abril de 2006), parecía haber encontrado un cauce de solución como consecuencia del acuerdo al que las partes habían llegado consistente en esperar al pronunciamiento del Tribunal Supremo español frente a un recurso de casación en interés de la Ley interpuesto ante la Sala Tercera del mismo por la Abogacía del Estado, con fecha de febrero de 2005. Como ya se apuntó en su momento, desde la perspectiva del Derecho internacional, esta vía suscitaba algunas dudas sobre su utilidad a la hora de poner fin a tal controversia pues, si bien tal pronunciamiento pudiera llevar la paz al seno de la jurisdicción de una de las partes, el Reino de España, en ningún caso supondría una obligación jurídica para la República Oriental del Uruguay, como tampoco suponía, por ende, una derogación automática de un tratado que, por lo demás, no había sido expresamente derogado por las partes.

Con fecha de 26 de septiembre de 2006 la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo dicta sentencia por la cual concluye que el Tratado de Reconocimiento, Paz y Amistad de 1870 debe entenderse sustituido por tratados suscritos con posterioridad por las mismas partes como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre algunas de sus disposiciones y, por lo tanto, que «los nacionales de Uruguay, ni quedan equiparados a los ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea en lo que hace al régimen jurídico que regula los derechos de residencia y trabajo en España, ni dejan de estar sujetos al régimen establecido en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración Social, ...».

Ante tal pronunciamiento se impone un breve comentario.

Entre las diversas cuestiones que suscita el tenor de esta sentencia, merece una primera valoración la sorprendente afirmación por parte del Alto Tribunal de que el punto de partida de la diversidad e incompatibilidad de pronunciamientos que los órganos jurisdiccionales inferiores han venido conociendo estos últimos años se encuentra en una circunstancia tan sólo achacable a este mismo Tribunal (F. D. 2.ª). Como bien se encarga de clarificar, en su momento, la sentencia de la Sección Cuarta de la Sala Tercera de este mismo Tribunal de fecha 10 de octubre de 2002 tras considerar que el Tratado de 1870 no divergía sustancialmente de lo expresado en Convenios de análoga factura como los suscritos con otros Estados como Chile y Perú, concluía que la remisión a la legislación española que allí se hacía en relación a ciertos derechos afectaba al ejercicio de la actividad a desarrollar y no a la titularidad del derecho a trabajar en España, lo que permitía entender que en el caso de estos ciudadanos tales derechos eran reconocidos en virtud de dicho Tratado, no pudiéndose enfrentar a los mismos, como es de suyo, la legislación interna como límite. Sin embargo, a la vista de los acontecimientos, este pronunciamiento, conduce a pensar que hubiera nacido con escaso o nulo recorrido pues, como

el propio Alto Tribunal reconoce, aquel pronunciamiento no llegó a analizar la incidencia que sobre aquel tratado tenía un tratado posterior, como el firmado con fecha de 23 de julio de 1992, entre estas dos mismas partes, República Oriental de Uruguay y Reino de España, en torno a cuestiones parecidas. Esta cuestión que, por lo demás, no tendría mayor trascendencia resulta cuando menos sorprendente en el caso que nos ocupa puesto que dicho tratado posterior tenía ya plena vigencia con anterioridad a aquel primer pronunciamiento del Alto Tribunal, máxime cuando éste se había dictado casi diez años más tarde de su entrada en vigor. Por tanto, conviene resaltar el ingente esfuerzo que pudiera haberse ahorrado a los diversos órganos que componen la jurisdicción española, caso de haber abordado el Tribunal Supremo, como debió de hacer en su momento, la incidencia de este segundo tratado en aquel primer pronunciamiento.

Una segunda consideración que suscita la lectura de esta sentencia deriva de lo sucinto de la consideración del derecho aplicable al caso (F. D. 3.º). La fundamentación del Tribunal a la hora de entrar en materia en la presente cuestión se limita a la identificación de una serie de artículos como realmente relevantes para el caso, eludiendo toda referencia a aquello que, desde el derecho, realmente fundamenta tal modo de actuar, es decir, el conjunto de normas aplicables al caso, que no es otro que el derecho internacional y, más concretamente, el Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, sin el que difícilmente podría extraerse una identificación tan evidente de los artículos en juego. Si en su momento desde estas páginas se llamaba la atención respecto de la excesiva soltura/ligereza con la que los tribunales inferiores aplicaban ciertos artículos del citado Convenio, en esta ocasión conviene llamar la atención ante la ausencia total de cualquier referencia al mismo, cuestión que debería merecer una mayor atención por parte del Alto Tribunal.

Dejando de lado estas consideraciones previas y entrando ya en el fondo de la cuestión, a nuestro juicio, resulta evidente del tenor de la sentencia que el Tribunal Supremo aborda su labor interpretativa desde una idea desacertada. La premisa que fundamenta su ulterior interpretación se sustenta en la idea de que existe una incompatibilidad entre lo dispuesto en ambos tratados al ocuparse ambos de regular una misma cuestión y, sin embargo, hacerlo en términos cuyo significado jurídico no es el mismo (F. D. 4.º). Expresada de esta forma, la conclusión a la que se llega nos hace recordar la pertinencia de lo expresado por el propio Presidente del Comité de Redacción del Convenio de Viena, M. Yasseen, quien declaró en su momento que *«la mera circunstancia de que lo dispuesto en el tratado posterior pudiera divergir de lo establecido en el anterior no implica, necesariamente, incompatibilidad»* (A/CONF.39/C.1/15). Y ello, porque el hecho de que los términos utilizados no tengan idéntico significado no supone una incompatibilidad automática entre los diferentes preceptos. Junto a que la propia labor interpretativa demandada en aplicación del artículo 30 del Convenio de Viena, relativo a la aplicación de tratados sucesivos concernientes a una misma materia, de la misma forma que, finalmente, pudiera llegar a poner de manifiesto la verdadera existencia de incompatibilidades, también pudiera llegar a una interpretación que concluyera la compatibilidad o complementariedad entre estos preceptos, al margen de posibles identidades en relación con los términos utilizados.

En cualquier caso, lo anterior nos sitúa ante otro de los problemas que se plantean en la sentencia objeto de este comentario como es el hecho de que dicha incompatibilidad (o en su caso compatibilidad) difícilmente puede extraerse de un análisis tan somero como el que parece plasmarse en el propio pronunciamiento del Alto Tribunal, pues dicha conclusión sólo podría derivarse de la confrontación de una serie de términos, en especial los términos «facilidades» y «en pie de igualdad», a los que sin embargo este Tribunal no dedica más espacio que el empleado para afirmar que la concreción de los mismos excede el propio objeto del recurso que ahora resuelve. Cerrando, de esta forma, toda posibilidad de fiscalizar realmente el verdadero fundamento de esta decisión ya que sin dar contenido a esos términos, que precisamente han traído en jaque a los tribunales inferiores, se mantiene la duda de cómo ha podido ser capaz el propio Tribunal Supremo de llegar a la conclusión de que en esta ocasión se habla de

facilidades en el ejercicio y no del derecho a ejercer y que en pie de igualdad también se refiere a aquél y no a éste. En este sentido, no resulta fácil concebir qué tipo de facilidades pueden llegar a constituir aquellas que se ejercitan en pie de igualdad con los nacionales del Estado cuando se determina la aplicación de todo el conjunto de la legislación de extranjería, incluida la situación nacional de empleo. Como también resulta, a nuestro juicio, insatisfactoria la conclusión de que no son equiparables «nación más favorecida» y «ordenamiento común», no definiendo sin embargo lo que realmente llega a ser el primero de los términos en este contexto. Lo cierto es que, una vez más, la duda en torno a los motivos por los que el Alto Tribunal ha preferido no abordar en profundidad las cuestiones conflictivas del asunto vuelven a gravitar entre el respeto al principio de coherencia que debe mantener y la razonable sospecha de que ha pretendido limpiarse las manos ante un asunto tan incómodo como el que tenían sobre la mesa, y posiblemente con una actitud muy cercana al convencimiento de estar respondiendo más a lo segundo que a lo primero.

No es posible finalizar el presente comentario sin una breve referencia a las consecuencias de este pronunciamiento. Así, pese a que esta sentencia suponga el agotamiento de la vía jurisdiccional y, como consecuencia de ello y del carácter vinculante de la doctrina impuesta por los pronunciamientos del Alto Tribunal sobre el conjunto de los tribunales inferiores, deba considerarse como una cuestión resuelta en el ámbito jurisdiccional [véase, Sentencia TSJ Comunidad Valenciana núm. 723/2007 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª), de 4 de mayo de 2007; Sentencia TSJ Comunidad Autónoma de les Illes Balears núm. 540/2007 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), de 13 de junio de 2007; Sentencia TSJ Comunidad Autónoma de les Illes Balears núm. 611/2007 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), de 29 de junio de 2007], la controversia en torno a la vigencia del Tratado de Reconocimiento, Paz y Amistad de 1870 no deja de mantenerse viva fuera del ámbito jurisdiccional, como lo demuestran las diferentes iniciativas que desde el ámbito político se han sucedido en los ordenamientos internos tanto de la República Oriental del Uruguay (Resolución de la Cámara de Representantes de fecha 18 de septiembre de 2007. Carpeta núm. 1987 de 2007) como del propio Reino de España (BOCG. Congreso de los Diputados, núm. D-603 de 20/09/2007, pág.:1073, Iniciativa). En este sentido, la única vía que realmente parece poder ser efectiva para poner fin a la actual situación de incertidumbre sigue encontrándose en el seno de la Comisión de Alto Nivel prevista en el artículo primero del Tratado General de Cooperación de 1992.

Óscar ABALDE CANTERO

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

2007-48

EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.— Inexistencia de la violación del derecho a la tutela judicial efectiva.

Fundamentos de Derecho

Tercero. (...) Lo que el Tribunal Constitucional ha de examinar, en definitiva, es si la vulneración del derecho fundamental a la libertad de expresión del recurrente en amparo, declarada por la STEDH de 29 de febrero de 2000, sigue siendo actual y, en consecuencia,

precisa de la adopción de medidas para poder corregir y reparar satisfactoriamente la violación de ese derecho fundamental.

Cuarto. (...) en el presente recurso de amparo, a diferencia del caso resuelto por la tantas veces citada STC 245/1991, no cabe sostener el carácter actual o subsistente de la violación del derecho a la libertad de expresión del recurrente, declarada por la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 29 de febrero de 2000. Esta Sentencia apreció, en efecto, la vulneración del artículo 10 CEDH, al estimar el Tribunal Europeo que, «a pesar de la inconveniencia de los términos empleados» por el demandante en sus declaraciones en programas de radio sobre las presuntas anomalías en la gestión de TVE, al utilizar expresiones «groseras y maleducadas» (en el transcurso de un intercambio rápido y espontáneo de comentarios entre el demandante y los presentadores de las emisiones de radio), «la sanción de despido revistió, considerando principalmente la antigüedad del demandante en la empresa y su edad, una severidad extrema, cuando se podían haber contemplado otras sanciones disciplinarias, menos graves y más apropiadas al caso». En suma, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos apreció la vulneración del artículo 10 CEDH al entender que, atendidas las circunstancias del caso, «no hubo una relación razonable de proporcionalidad entre la sanción de despido impuesta al demandante y el fin legítimo perseguido».

Esta apreciación lleva al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en aplicación del artículo 41 CEDH («satisfacción equitativa») y dando respuesta a la pretensión indemnizatoria del demandante –en los términos ya indicados en el relato de antecedentes de la presente Sentencia– a conceder a éste, en concepto de daño material y moral, una indemnización de un millón de pesetas (más 750.000 pesetas por costas y gastos) a cargo del Estado español, al constatar «que antes del despido el demandante ya se encontraba en una situación de precariedad profesional en TVE; que no ha presentado ninguna prueba que demuestre que se esforzó en buscar otro trabajo, pese a que sus capacidades y su experiencia en el terreno de lo audiovisual constituían una baza segura a su favor»; y, finalmente, que «resulta difícil disociar en este caso el perjuicio material del perjuicio moral, teniendo en cuenta la notoriedad del demandante en su esfera de actividad».

No es posible, pues, compartir la tesis del demandante, quien pretende, en definitiva, que declaremos la nulidad de su despido en TVE –ordenando su inmediata readmisión, con abono de los salarios dejados de percibir–, bajo la premisa de que la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 29 de febrero de 2000 no ha dado una reparación perfecta del derecho a la libertad de expresión que declara lesionado, pues ni se ha anulado la sanción de despido impuesta por TVE, S. A., ni se ha indemnizado al demandante en la forma prevista en la legislación española.

Tal pretensión resulta inatendible, pues, de un lado, la materialidad de la lesión del derecho fundamental a la libertad de expresión del recurrente, que se produjo al ser despedido de su puesto en TVE con efectos desde el 15 de abril de 1994, no subsiste en el momento actual (a diferencia de lo que sí hemos apreciado cuando se trataba de penas privativas de libertad que aún se estaban cumpliendo), sin que los efectos derivados de la pérdida del puesto de trabajo, como consecuencia del despido, supongan el mantenimiento de la lesión del referido derecho fundamental (lo que hemos rechazado en la citada STC 313/2005, en un supuesto de condena penal que, entre otros efectos, determinó la pérdida de empleo de un militar de carrera) y, de otro porque en todo caso no se da ya la actualidad del perjuicio que aquella lesión pudo causar al recurrente, toda vez que fue el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Sentencia de 29 de febrero de 2000, cuya ejecución fue oportuna y satisfactoriamente supervisada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa [Resolución DH (2002) 106], el que, habiendo declarado la vulneración de la libertad de expresión, la ha reparado fijando la correspondiente satisfacción equitativa otorgada al recurrente por los perjuicios económicos y morales causados por el despido, conforme ha quedado expuesto.

Quinto. Al no ser de aplicación al presente caso la doctrina específica sentada en la STC 245/1991, la queja que el recurrente formula contra la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2001, que desestimó su recurso de revisión, ha de ser resuelta desde el parámetro o canon tradicional del derecho a la tutela judicial efectiva, esto es, valorando si dicha Sentencia respeta nuestra consolidada doctrina acerca de la motivación exigible a las resoluciones judiciales (...).

Sexto. Ahora bien, como queda indicado, la Sentencia impugnada en amparo no deniega el acceso al recurso de revisión, sino que desestima el mismo al entender la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que se invoca por el demandante como fundamento de su pretensión no encaja en ninguno de los motivos de revisión del artículo 1796 LEC 1881 (tal y como reconoce el propio recurrente en el motivo único de su recurso de revisión).

En efecto, el demandante postulaba en su recurso de revisión la consideración de la STEDH de 29 de febrero de 2000 como un «nuevo documento», a los efectos del motivo de revisión del artículo 1796.1 LEC 1881 («habrá lugar a la revisión de una sentencia firme: si después de pronunciada se recobraren documentos decisivos, detenidos por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado»), que se corresponde con el artículo 510.1 de la vigente LEC 2000, tesis que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo rechaza fundadamente porque la obtención o recuperación de documentos decisivos para la resolución del caso se refiere a los ya existentes en el momento de dictarse la sentencia firme cuya revisión se pretende, y no a documentos posteriores a la misma. No se puede hablar con propiedad —razona la Sala— de documentos «recobrados» y aún menos de documentos «detenidos por fuerza mayor o por obra de parte», en relación con un documento (STEDH de 29 de febrero de 2000) que no existía en la fecha en que fue dictada la Sentencia cuya rescisión se solicita (la Sentencia de 5 de octubre de 1995 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que declaró el despido procedente).

Para que una Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos fuese causa de revisión de Sentencias firmes —añade la Sala— «tendría que modificarse la legalidad actual, estableciendo para ello un nuevo motivo legal de revisión», debiendo tenerse en cuenta que la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil viene a regular el recurso de revisión y sus motivos en el artículo 510 en términos similares a los de la precedente Ley de 1881, en los que no tiene cabida el motivo que se postula. Frente a ello —concluye la Sala— «no cabe hacer una interpretación extensiva de los motivos de revisión previstos en la LEC», pues es el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos el que, apreciando la existencia de vulneración del derecho a la libertad de expresión (art. 10 CEDH), ha establecido, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 41 CEDH, la reparación económica del derecho lesionado, con lo que ya ha otorgado al recurrente la tutela que ahora nuevamente se solicita por la vía del recurso de revisión

(...) En efecto, como ha quedado indicado, el 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 (STC 245/1991, FJ 2).

Por otra parte, tampoco resulta de aplicación al presente caso la doctrina sentada en la ya citada STC 240/2005, de 10 de octubre, FJ 6, en la que, respecto de la inadmisión de un recurso de revisión penal basado en el motivo consistente en sobrevenir después de la sentencia condenatoria firme «nuevos hechos, de tal naturaleza que evidencian la inocencia del condenado» (art. 954.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: LECrim), afirmamos que no sería conforme al artículo 24.1 CE una decisión judicial que denegase la interposición del recurso

de revisión por entender que una Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no constituye un hecho nuevo a tales efectos, pues se trataría de «una decisión de inadmisión que por su rigorismo y por su formalismo excesivo revela una clara desproporción entre los fines que las causas de inadmisión preservan –especialmente la seguridad jurídica que deriva de la intangibilidad de las Sentencias firmes– y los intereses que sacrifican, que en este caso es, ni más ni menos, que un derecho fundamental como el derecho a la presunción de inocencia proclamado en el artículo 24.2 CE».

Pues bien, a diferencia del supuesto al que se aludía en la STC 240/2005, en el presente asunto el recurso de revisión no fue inadmitido, sino desestimado, y el motivo de revisión invocado por el recurrente fue, como ya se dijo, el previsto en el artículo 1796.1 LEC 1881 (que después de pronunciada la sentencia firme «se recobraren documentos decisivos, detenidos por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado»), razonándose fundadamente por el Tribunal Supremo que no se puede hablar con propiedad de documento «recobrado» en relación con una Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (la Sentencia de 29 de febrero de 2000) que no existía en la fecha en que fue dictada la Sentencia de 5 de octubre de 1995 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, cuya revisión se solicita.

En efecto, en el presente caso no está en discusión que una Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos pueda ser considerada como un «hecho nuevo» (o si se quiere, en los términos empleados por el propio recurrente, un «documento nuevo»), sino que lo determinante es que la Sentencia del Tribunal Europeo de 29 de febrero de 2000 no puede entenderse como un documento recobrado, a los efectos del motivo de revisión establecido a la sazón en el artículo 1796.1 LEC 1881, que se corresponde con el artículo 510.1 de la vigente LEC. Por lo que en modo alguno es irrazonable entender –como lo ha hecho la Sala de lo Social del Tribunal Supremo– que recobrar un documento es recuperar un documento que ya se poseía o existía antes de dictarse la Sentencia cuya rescisión se pretende, y que no pudo ser aportado en su día al proceso por causa de fuerza mayor o por una actuación torticera de la parte contraria, siendo obvio que tales circunstancias no concurren en el supuesto que ahora examinamos.

En definitiva, considerar, como ha hecho el Tribunal Supremo en la Sentencia impugnada en amparo, que la STEDH de 29 de febrero de 2000, en la que se fundamentaba el recurso de revisión del demandante, no encaja en el motivo del artículo 1796.1 LEC 1881 (ni en ninguno de los motivos restantes de revisión), y que para que una Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos fuese causa de revisión de sentencias firmes tendría que modificarse la actual normativa, estableciendo un nuevo motivo legal de revisión ad hoc, constituye una respuesta que no puede considerarse contraria al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), ya que el artículo 510.1 de la vigente LEC 2000 viene a reproducir, con leves matices de redacción, el artículo 1.796 LEC 1881 y, en definitiva, el legislador español no ha adoptado ninguna disposición que obligue a los Jueces y Tribunales a la revisión de sentencias firmes con fundamento en una Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que haya declarado la vulneración de un derecho fundamental reconocido por el Convenio europeo de derechos humanos. La queja del recurrente ha de ser, por tanto, desestimada y, con ella, el presente recurso de amparo.

Voto particular concurrente

Que formula el Magistrado don Pablo Pérez Tremps a la Sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 119-2002

Con el máximo respeto a la posición mayoritaria de mis compañeros de Sala debo manifestar mi discrepancia con parte de la fundamentación de la Sentencia a pesar de compartir el fallo desestimatorio de la misma.

1. En primer lugar, entiendo que habiendo hecho el Tribunal Europeo de Derechos Humanos uso de la potestad de fijación de «satisfacción equitativa» que le otorga el artículo 41 CEDH (RCL 1999, 1190, 1572) debe concluirse que la Sentencia F. B. c. España, de 29 de febrero de 2000 (TEDH 2000, 90), está correctamente ejecutada a todos los efectos, como por otro lado se puso de manifiesto por la ResDH (2002), 106, del Comité de Ministros del Consejo de Europa que supervisó el cumplimiento por España del fallo. Así lo entiende también la mayoría, pero sin extraer de ello la consecuencia constitucional interna que a mi juicio de ello se deriva: ejecutada la Sentencia del Tribunal Europeo mediante el citado mecanismo carece de relevancia constitucional alguna la hipótesis misma de dar ejecución al fallo en el ámbito interno. Cuestión distinta es el efecto reflejo que una condena pueda tener más allá del caso concreto respecto de supuestos similares o, por ejemplo, la conveniencia que pudiera derivarse de reformas normativas, hipótesis que no se plantean en el presente asunto. En definitiva, la desestimación de la demanda de amparo debería haberse basado sólo y exclusivamente en que la STEDH F. B. c. España, cuya ejecución se instó primero ante la jurisdicción ordinaria y luego ante la jurisdicción constitucional, ya estaba ejecutada una vez satisfecha la indemnización fijada por dicha Sentencia.

2. Por el contrario, la decisión votada por la mayoría se adentra aún más en el tema de la ejecución interna de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos siguiendo una línea de «voluntarismo jurídico» que abriera la STC 245/1991, de 16 de diciembre (RTC 1991, 245), para incurrir, siempre en mi opinión, en algunas contradicciones.

Como ya afirmara la citada STC 245/1991, y se ha reiterado con posterioridad en todas aquellas ocasiones en que se ha planteado la cuestión de la ejecución de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y de lo que deja constancia el fundamento jurídico 3 con cita expresa de la STC 245/1991, en el ordenamiento español no existe ningún mecanismo que permita dar ejecución directa interna a los fallos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ni a decisiones de ningún otro órgano internacional de garantía de derechos fuera del ámbito de la Unión Europea (entre las decisiones más recientes pueden citarse las SSTC 313/2005, de 12 de diciembre [RTC 2005, 313], y 116/2006, de 24 de abril [RTC 2006, 116]). No obstante, este Tribunal ha dejado abierta la puerta a esas ejecuciones en algunos casos: «declarada por Sentencia... [del Tribunal Europeo de Derechos Humanos] una violación actual de un derecho fundamental consagrado en nuestra Constitución, corresponde enjuiciarla a este Tribunal, como juez supremo de la Constitución y de los derechos fundamentales, respecto de los cuales nada de lo que a ello afecta puede serle ajeno» (STC 245/1991, F. 3, reiterado en el fundamento jurídico 3 de la Sentencia de la que ahora se discrepa).

Esta afirmación se hace convivir, sin embargo, con el reconocimiento de la carencia de competencia legal o constitucional para ejecutar las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, lo que no deja de ser contradictorio. Y lo es especialmente si se tiene en cuenta que el Tribunal Constitucional, como «intérprete supremo de la Constitución» [art. 1.1 LOTC [(RCL 1979, 2383)], tiene como únicos y necesarios límites constitucionales y legales su actuación de acuerdo con el principio de justicia rogada y la delimitación de su jurisdicción y competencias por parte de la Constitución (RCL 1978, 2836) (título IX en relación con el art. 123.1 a contrario CE) y LOTC. Esa genérica y algo retórica apelación al interés por los derechos fundamentales no puede fundar la atribución de una competencia en ningún lugar reconocida. Tampoco el artículo 10.2 CE, como el propio Tribunal Constitucional ha señalado, puede suponer una fuente de atribución de competencias sino sólo un cualificado mandato de tipo hermenéutico que, como mucho, y por lo que aquí importa, puede traducirse, y así debe ser, en un principio general de interpretación de la Constitución de acuerdo con el Convenio europeo de derechos humanos tal y como, a su vez, es interpretado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en este sentido, por ejemplo, STC 50/1989, de 21 de febrero [RTC 1989, 50], F. 2). Pero entre ese mandato de interpretación y el ejercicio de una potestad como es

ejecutar fallos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos hay un salto que sólo la intervención del legislador puede dar mediante la atribución de una competencia concreta y explícita, cosa que en España no ha hecho a pesar de las advertencias de este Tribunal en ese sentido. Que el legislador deba hacerlo o no, y en qué modo, son cuestiones que no corresponde valorar a la jurisdicción constitucional, pero tampoco le compete a ésta sustituir la falta de actuación de aquél, máxime cuando no existe un mandato constitucional expreso en dicho sentido.

3. *A mayor abundamiento, y aquí se da implícitamente otra contradicción de la mayoría, no está de más recordar, como ya hiciera el Voto particular formulado en su día a la STC 245/1991 (RTC 1991, 245), que la ejecución de una Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos supondría casi siempre ignorar lisa y llanamente el valor de cosa juzgada de las resoluciones del Tribunal Constitucional. En efecto, no puede olvidarse que un asunto resuelto por la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la mayor parte de los casos, y dado el principio de subsidiariedad del artículo 35.1 CEDH (RCL 1999, 1190, 1572), habrá sido previamente enjuiciado desestimatoriamente por el Tribunal Constitucional [como así ocurrió en el presente caso en la STC 204/1997, de 25 de noviembre (RTC 1997, 204)]. Desvirtuar, pues, ese efecto de cosa juzgada exigiría, también, una base legal expresa hoy inexistente que lo hiciera posible.*

4. *Dando un paso más, y aceptando a efectos meramente dialécticos la posibilidad de dar ejecución a fallos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuando la lesión de un derecho fundamental es «actual», en un caso como el que se juzgaba en el presente asunto es discutible que esa actualidad no se diera. En efecto, lo que el Tribunal Europeo consideró en su Sentencia F. B. c. España (TEDH 2000, 90) fue la existencia de una lesión del artículo 10 CEDH (RCL 1999, 1190, 1572) al haberse producido un despido con vulneración de la libertad de expresión. Siendo, desde la STC 38/1981, de 23 de noviembre (RTC 1981, 38), la sanción constitucional ante este tipo de despidos la «nulidad radical» es muy difícil mantener que un despido viciado de nulidad radical no sigue suponiendo la existencia de una lesión actual mientras dicho despido no se hace desaparecer, como pretendía el recurrente, mediante la correspondiente readmisión y el abono de salarios dejados de percibir. En consecuencia, en la propia lógica de la Sentencia su fallo debería haber sido estimatorio.*

5. *Mi última discrepancia se centra en el tratamiento que la Sentencia hace en su fundamento jurídico 6 de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como posibles «nuevos documentos» a efectos de la interposición de un recurso de revisión. Coincido con la mayoría en que, instada la ejecución de una Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la jurisdicción ordinaria mediante su invocación como documento nuevo a efectos de revisión, el parámetro de enjuiciamiento constitucional de la decisión que al respecto adopten los órganos judiciales es el del artículo 24.1 CE (RCL 1978, 2836). De acuerdo con este parámetro, me parece que es razonable afirmar que una Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no es un documento nuevo a los efectos del artículo 510.1 de la vigente LECiv (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892), como posiblemente también cabría dentro de la Constitución la interpretación contraria; pero esa apreciación está dentro de las potestades de interpretación de los requisitos legales de acceso al recurso de revisión, incluso considerando éste como acceso a la jurisdicción y no al recurso [STC 150/1997, de 20 de septiembre (RTC 1997, 150), F. 3]. También en este punto la posición de la mayoría incurre en una nueva contradicción, que se arrastra realmente de la STC 240/2005, de 10 de octubre (RTC 2005, 240). En esta última Sentencia, como obiter dictum (no relevante para el fallo y no como «doctrina», como erróneamente, a mi juicio, se califica en el fundamento jurídico 6 de la Sentencia de la que aquí se discrepa), se realizó una forzada construcción, allí a efectos de la revisión penal, pero que sería trasladable mutatis mutandis a todos los supuestos de revisión. En el fundamento jurídico 6 de la STC 240/2005 se concluye que «debe entenderse que, con la incorporación a nuestro ordenamiento de la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos*

Humanos, la expresión «hechos nuevos... que evidencien la inocencia del condenado» del artículo 954.4 LECrim (LEG 1882, 16), debe interpretarse de modo que en él se incluyan las declaraciones de dicho Tribunal que puedan afectar a procedimientos distintos a aquellos en los que tiene origen dicha declaración». Con ello pues, viene a mantenerse que la constatación de una lesión de derechos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos debe ser considerada un hecho nuevo siempre que se produzca en otro procedimiento distinto de aquel respecto del que se insta la ejecución, es decir, como efecto indirecto de otra lesión, pero no cuando directamente se aprecia la lesión por el propio Tribunal Europeo. Al margen, hay que insistir en ello, de que esa construcción difícilmente puede calificarse de «doctrina» –motivo por el que entonces no hice uso de la facultad reconocida en el artículo 90.2 LOTC (RCL 1979, 2383)–, la misma conduce a una cierta paradoja: constatada una lesión de un derecho fundamental por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no es irrazonable ni desproporcionado, sino más bien necesario desde el punto de vista del artículo 24 CE (RCL 1978, 2836), interpretar que la Sentencia que lo hace no es un hecho nuevo a efectos de la revisión interna de una decisión que afectaba a terceros y sin embargo sí es irrazonable y desproporcionado ese mismo juicio cuando la lesión se ha producido precisamente respecto de quien reclama una revisión de su condena o de cualquier otro fallo lesivo de derechos fundamentales según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Éstos son los motivos por los que discrepo no del fallo sino de parte de los fundamentos de la presente Sentencia, reiterando mi respeto hacia la mayoría.

Sentencia Tribunal Constitucional (Sala Primera), de 3 de julio de 2006. Ponente: Sr. D. Manuel Aragón Reyes.

F.: Aranzadi Westlaw, RTC/2006/197.

Nota: La sentencia objeto de la presente nota resuelve el recurso de amparo planteado por el Sr. Fuentes Bobo contra la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2001, que desestimó el recurso de revisión interpuesto por el demandante contra la Sentencia firme de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 5 de octubre de 1995, que declaró la procedencia de su despido disciplinario de TVE, S. A. La pretensión de revisión se basó en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) de 29 de febrero de 2000, que declaró que la sanción de despido vulneró el artículo 10 (relativo al derecho a la libertad de expresión) del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (en adelante CEDH) y, en aplicación del artículo 41 CEDH, condenó al Estado español a abonar al demandante un millón de pesetas en concepto de indemnización por daño material y moral y 750.000 pesetas por costas y gastos.

Planteados los hechos que dieron lugar a la sentencia objeto del presente comentario en estos términos, consideramos oportuno realizar algunas breves consideraciones sobre algunos puntos desarrollados en la misma.

En primer lugar, cabe plantear hasta qué punto el hecho de que el TEDH hubiera hecho uso en su sentencia de la previsión contenida en el artículo 41 del Convenio, y hubiera fijado una satisfacción equitativa en forma de indemnización –indemnización satisfecha por el Gobierno dentro del plazo previsto para ello–, permite afirmar que la sentencia que dictó en su día el TEDH había sido ya correcta y plenamente ejecutada, como parece desprenderse de la sentencia ahora comentada.

Al hilo de esta cuestión, conviene recordar que la satisfacción equitativa fue concebida como un mecanismo subsidiario y excepcional a utilizar única y exclusivamente en aquellos casos en los que el ordenamiento interno sólo permita reparar de manera imperfecta las consecuencias de la violación. Sin embargo, es cierto que la práctica del TEDH se ha alejado de ese

planteamiento, de tal modo que a partir de los años ochenta las demandas individuales no sólo solicitan del Tribunal Internacional que declare la existencia de la violación de uno de los derechos contenidos en el Convenio, sino que acompañan su reclamación de una petición de indemnización. El propio TEDH ha adoptado la costumbre de posicionarse en una única sentencia tanto sobre la existencia de la violación del Convenio como sobre la satisfacción equitativa, de tal modo que «la cuestión de si la *restitutio in integrum* es posible o no pasa a un segundo plano, y el contencioso ante el TEDH adquiere un carácter principalmente económico» (cfr. RIPOL CARULLA, *El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el Derecho español*, Ed. Atelier, Colección Internacional, Barcelona, 2007, pp. 83-84).

Hace algunos años el profesor Carrillo Salcedo, refiriéndose precisamente al caso Fuentes Bobo, mantuvo que la posición defendida por el Ministerio de la Presidencia del Gobierno de España (afirmando que la sentencia dictada por el Tribunal Europeo en el caso había quedado ejecutada al haber satisfecho el Gobierno el importe de la indemnización reconocida en aquella), no era acorde ni a la letra ni mucho menos al espíritu de los artículos 46 y 41 del CEDH. Desde su punto de vista, «la obligación de los Estados que hayan sido declarados responsables de una violación de las obligaciones asumidas, *consiste en reparar las consecuencias de dicha violación y no sólo, simplemente en pagar una indemnización*» (cfr. CARRILLO SALCEDO, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Ed. Tecnos, Madrid, 2003, p. 69). Siguiendo ese razonamiento al que nos adherimos plenamente, es lógico que no podamos compartir la posición defendida por el TC cuando señala en la sentencia 197/2006 la inexistencia de una lesión actual o subsistente de la violación del derecho a la libertad de expresión del Sr. Fuentes Bobo en el momento en que el recurso de amparo fue resuelto, porque, según se señala en la sentencia, los efectos derivados de la pérdida del puesto de trabajo, como consecuencia del despido, no suponen el mantenimiento de la lesión del referido derecho fundamental, y porque «fue el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de 29 de febrero de 2000, cuya ejecución fue oportuna y satisfactoriamente supervisada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa (...), el que, habiendo declarado la vulneración de la libertad de expresión, la ha reparado fijando la correspondiente satisfacción equitativa otorgada al recurrente por los perjuicios económicos y morales causados por el despido» (cfr. FJ 4.º *in fine*). Más radical aún se mostró el Magistrado Pérez Tremps quien en su voto particular señaló que el Tribunal hubiera debido basar la desestimación de la demanda de amparo única y exclusivamente en el hecho de que la sentencia Fuentes Bobo c. España ya había sido ejecutada, sin desplegar ningún razonamiento más (cfr. considerando núm. 1 del voto particular del Magistrado).

Como decíamos, no podemos compartir esa tesis porque las consecuencias derivadas de la violación del derecho a la libertad de expresión no habían sido reparadas plenamente con el pago de la indemnización anteriormente mencionada. De conformidad con lo dispuesto en nuestro ordenamiento, todo despido realizado en violación de un derecho fundamental, como era el caso, es un despido nulo que exige la inmediata readmisión del trabajador a su puesto de trabajo, así como la satisfacción de los salarios dejados de percibir durante ese tiempo, que era, precisamente, lo que el Sr. Fuentes Bobo pretendía con la formulación del recurso de revisión. Sin embargo, la respuesta del TS fue clara: la sentencia del TEDH, que era el fundamento del recurso, no encaja en ninguno de los motivos de revisión del artículo 1796 LEC 1881, en aquel momento aplicable, razón por la cual el recurso debía ser desestimado.

Es ahí donde, a nuestro juicio, surge la segunda cuestión derivada de la sentencia 197/2006 merecedora de una breve reflexión, pues vuelve a ponerse de manifiesto algo que no por ser conocido por todos debemos pasarlo por alto en esta crónica. Nos referimos a la inexistencia en nuestro ordenamiento de un mecanismo procesal adecuado que permita la ejecución de las sentencias del TEDH en los concretos casos en que, habiéndose producido la violación de un derecho recogido en el Convenio en sede judicial, perviva la violación por la existencia de una

sentencia firme que pueda llegar a consolidar la lesión si no se articula un mecanismo que permita la reapertura del caso.

El Sr. Fuentes Bobo esgrimió en su recurso de amparo la doctrina que se extrae de la sentencia 245/1991 dictada por el TC en el caso Barberá, Messegué y Jabardo. En el citado caso, y partiendo de la premisa de la pervivencia de la lesión en el tiempo en que el recurso de amparo se resolvió, el TC optó por adoptar una decisión *ad hoc* que permitió poner fin a la pena privativa de libertad que estaba siendo aplicada a quienes habían resultado beneficiados por la sentencia del TEDH que había declarado que el proceso judicial en el marco del cual habían sido condenados los recurrentes había sido celebrado sin las debidas garantías, por tanto, en violación del artículo 6.1 del Convenio Europeo. Ahora bien, dado que el TC concluye en la sentencia objeto del presente comentario la inexistencia de una lesión actual del derecho a la libertad de expresión, considera que el parámetro adecuado para analizar la queja del recurrente es la posible violación del derecho a la tutela judicial efectiva en que pudo incurrir la Sala de lo Social del Tribunal Supremo al desestimar el recurso de revisión contra la sentencia que declaró el despido del Sr. Fuentes Bobo, análisis que el Magistrado Pérez Tremps consideró innecesario si se había llegado a la conclusión de que la sentencia dictada por el TEDH había sido correcta y plenamente ejecutada.

El citado Magistrado califica, por ello, de contradictoria la posición de la mayoría y aunque sólo a efectos meramente dialécticos, afirma que si se acepta la posibilidad de ejecutar los fallos del TEDH cuando la lesión de un derecho fundamental es actual, «en un caso como el que se juzgaba en el presente asunto es discutible que esa actualidad no se diera. En efecto, lo que el Tribunal Europeo consideró en su sentencia Fuentes Bobo c. España fue la existencia de una lesión del artículo 10 CEDH al haberse producido un despido con vulneración de la libertad de expresión. Siendo, desde la STC 38/1981, de 23 de noviembre, la sanción constitucional ante este tipo de despidos la «nulidad radical» es muy difícil mantener que un despido viciado de nulidad radical no sigue suponiendo la existencia de una lesión actual mientras dicho despido no se hace desaparecer, como pretendía el recurrente, mediante la correspondiente readmisión y el abono de salarios dejados de percibir». En consecuencia, concluye el Magistrado Pérez Tremps, «en la propia lógica de la sentencia su fallo debería haber sido estimado» (cfr. considerando 4, *in fine*, de su voto particular).

La contradicción en la que pudo incurrir el TC quizá deriva del convencimiento interno de sus miembros de que la satisfacción equitativa que estableció la sentencia del TEDH no constituyó una reparación satisfactoria de los perjuicios causados al reclamante, como consecuencia de la violación de su derecho a la libertad de expresión. Sin embargo, ello no condujo a la Sala a admitir el amparo del reclamante, puesto que, tras analizar las circunstancias particulares del caso, concluyó que la posición mantenida por el Tribunal Supremo en su sentencia «no puede considerarse contraria al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), ya que el artículo 510.1 de la vigente LEC 2000 viene a reproducir con leves matices de redacción el artículo 1796 LEC 1881, y, en definitiva, el legislador español no ha adoptado ninguna disposición que obligue a Jueces y Tribunales a una revisión de sentencias firmes con fundamento en una Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que haya declarado la vulneración de un derecho fundamental reconocido por el Convenio Europeo de Derechos Humanos. La queja del recurrente ha de ser, por tanto, desestimada y, con ella, el presente recurso de amparo» (cfr. FJ 6.º, *in fine*).

Y es que, tal y como ha puesto de relieve la doctrina, el Tribunal Constitucional ha restringido su capacidad de anular las resoluciones judiciales de los tribunales españoles a los supuestos en que concurren las circunstancias siguientes: en primer lugar, que el TEDH haya declarado la violación de un derecho de la CEDH correlativo a un derecho fundamental constitucionalmente reconocido y susceptible de recurso de amparo; en segundo lugar, que la vulneración se haya producido como consecuencia de una decisión judicial en el ámbito juris-

diccional penal; en tercer lugar, que los efectos de tal violación se prolonguen en el tiempo y pervivan en el momento de solicitar la ejecución de la sentencia del TEDH; en cuarto y último lugar, que esté afectada la libertad del individuo» (RIPOL CARULLA, S., *El sistema europeo de protección...*, p. 137).

Tomando como referencia tales parámetros era de esperar una respuesta como la ofrecida por el TC en la sentencia 197/2006. En cualquier caso, a nuestro modo de ver, el problema no reside tanto en la restrictiva interpretación que el Tribunal Constitucional viene realizando, sino en la insistencia del legislador español en no llevar a cabo la necesaria modificación legislativa, ya sea bajo la forma de la inclusión de una nueva causa de revisión, ya sea como una nueva causa que permita la nulidad de actuaciones. Y decimos «insistencia» del legislador porque además de los constantes llamamientos realizados por el TC (solicitud reiterada también en este caso, cfr. FJ 6.º, *in fine*), han sido otras las instancias que han interesado del legislador su intervención. Así, el mismo Defensor del Pueblo envió en el año 1998 una recomendación al Ministerio de Justicia con el fin de que procediera a instar las reformas necesarias para dar plena efectividad a las sentencias del Tribunal de Estrasburgo, lo que mereció una respuesta negativa del propio Ministerio esgrimiendo que tal reforma legislativa no revestía carácter de urgencia, porque ni era importante el número de casos en los que España había sido condenada, ni existía opinión generalizada al respecto. Incluso si admitiéramos como válida la argumentación del Ministerio, una cosa es que la reforma legal no fuera urgente y otra que diez años después nos sigamos tropezando con los mismos obstáculos. Ya va siendo hora de que nuestro país se suba al carro de la gran mayoría de Estados parte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos que han adaptado sus respectivas legislaciones con el fin de permitir la reapertura de los procedimientos internos a partir de una sentencia del TEDH (un total de veintisiete Estados). En otros ocho Estados más, la práctica judicial permite la reapertura de los procesos ya concluidos, casi con total seguridad, y sólo en seis –y es ahí donde se sitúa España– tal reapertura resulta altamente improbable (cfr. RIPOL CARULLA, *El sistema europeo de protección...*, *op. cit.*, p. 139)

En tanto no se lleve a cabo la necesaria reforma legislativa, no podemos sino concluir que el derecho español no permite el adecuado cumplimiento de las sentencias del TEDH, pues no puede decirse que en casos como el comentado se haya producido una reparación satisfactoria de la víctima, como exige el artículo 46.1 del CEDH (además de los trabajos citados, cfr. sobre la cuestión: BUJOSA BADELL, L. M., *Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el ordenamiento español*, Ed. Tecnos, Madrid, 1997; ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., «Problemas planteados por la aplicación en el ordenamiento español de la sentencia «Bultó» (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional español 245/1991, de 16 de diciembre), *RIE*, 1992/1, pp. 139-163; *Id.*, nota publicada en la *REDI*, 2002-I, vol. LIV, p. 316-317; IZQUIERDO SANS, C., «El carácter no ejecutivo de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (comentario a la STS, 1.ª, de 20 de noviembre de 1996), *Derecho Privado y Constitución*, núm. 11, enero-diciembre 1997, pp. 351-377; RODRIGUEZ MARTÍN, E., notas de jurisprudencia aparecidas en: *REDI*, 1995-2, pp. 307-309; *REDI*, 1997-2, pp. 169-172; *REDI*, 2000-1, pp. 511-514; *REDI*, 2001, 1 y 2, pp. 383-384; RUIZ MIGUEL, C., *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Ed. Tecnos, Madrid, 1997; Sánchez Rodríguez, L. I., «Ejecución interna de sentencias internacionales y protección eficaz de los derechos humanos», en *Estudios Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Madrid, 1995; SALADO OSUNA, A., «La responsabilidad internacional del Estado por violaciones de derechos humanos: la obligación de reparar en los sistemas regionales de protección», *Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, tomo II, Sevilla/Córdoba/Málaga: Universidad de Sevilla/Universidad de Córdoba/Universidad de Málaga, 2005, pp. 1251-1271; SEGALÉS FIDALGO, J.,

«La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre derechos de ciudadanía en la empresa», *Aranzadi Social*, núm. 2/2007.

M.^a Dolores BOLLO AROCENA

III. DERECHO DEL MAR

2007-49

ESPACIOS MARÍTIMOS.—Alta mar. Jurisdicción tribunales españoles. Ausencia de jurisdicción. Principio de persecución universal.

Fundamentos de Derecho

Primero. En el acto del juicio oral las defensas alegaron falta de jurisdicción de esta Sala para conocer del presente procedimiento, basándose que la embarcación con los ciudadanos extranjeros a bordo fue interceptada fuera de las aguas jurisdiccionales españolas, es decir pasadas las doce millas náuticas.

Efectivamente, según resulta del atestado policial, no impugnado por ninguna de las partes, el día 13 de marzo de 2006 la embarcación de Salvamento Marítimo localizó a veinte millas de la costa de Gran Canaria una embarcación tipo cayuco con cuarenta y cinco inmigrantes de origen subsahariano a bordo, procediendo a su rescate y traslado a la costa española [...].

Segundo. La LOPJ fija la extensión y límites de la jurisdicción española en su artículo 23 combinando los criterios de territorialidad y personalidad de forma tal que resultando ser el ejercicio de la jurisdicción penal una manifestación de la soberanía del Estado, a cada uno corresponde, en principio, conocer de todos los hechos punibles que se cometen en su territorio, cualquiera que sea la nacionalidad del sujeto activo del delito y del bien jurídico protegido (principio de territorialidad que informa fundamentalmente el derecho español, art. 23.1 de la LOPJ) y, además, porque así lo prevé el artículo 23.2 de la LOPJ, también a nuestros tribunales corresponde el conocimiento de los hechos previstos en nuestra legislación como delito, aunque hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieren adquirido posteriormente la nacionalidad española, y que concurren los requisitos que el meritado precepto menciona (principio de personalidad).

Pues bien, de acuerdo con tales criterios en este caso no es posible considerar que los tribunales españoles tengan jurisdicción para la instrucción y enjuiciamiento de los hechos. No obstante es verdad que el artículo 23 en sus apartados 3 y 4 prevé una relación de delitos en los que la competencia de España va más allá de los principios de territorialidad y personalidad acogiendo el principio de persecución universal. Así recoge una lista de infracciones criminales cuya persecución, ciertamente, llevarán a cabo nuestros tribunales, con independencia de la nacionalidad del autor y del lugar de comisión, entre las que no se encuentra el delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros que ha dado razón de ser del presente Procedimiento añadiendo, además, que también la jurisdicción penal española conocerá de aquellos otros delitos que según los convenios o tratados internacionales deban ser perseguidos en España, lo que obliga a analizar los convenios internacionales que, sobre el particular, hayan sido ratificados por España, en concreto la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia

Organizada Transnacional, de 15/11/2000, ratificado por España por instrumento de 21/02/2002, BOE de 29/09/2003, y el Protocolo contra el Tratado ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, ratificado por España por Instrumento de 21/02/2002, BOE de 10/12/2003.

Tercero: El artículo 6 del Protocolo dispone que cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean precisas para tipificar como delito, entre otros, el tráfico ilícito de inmigrantes. Y por su parte el artículo 15 del Convenio, en relación con la jurisdicción, prevé dos situaciones completamente distintas. Por una parte, y respecto de los delitos tipificados en los artículos 5, 6, 8 y 23 de la Convención, exige que cada Estado parte, en este caso España, adopte las medidas necesarias para establecer su jurisdicción penal sobre los mismos siempre que se cometan en su territorio o en buques o aeronaves que enarboleden su pabellón o hayan sido registradas, respectivamente, conforme a sus leyes. Y por otra parte faculta a los Estados parte para que puedan también establecer su jurisdicción respecto de los delitos previstos en el artículo 5, párrafo primero, aun cuando se cometan fuera de su territorio con miras a la comisión de un delito grave dentro de su territorio. La diferencia entre ambos apartados es básica y esencial en este caso. Conforme a lo previsto en el artículo 23.4 de la LOPJ, la jurisdicción penal española debe entenderse que se extiende a cualquier delito que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido por España, o lo que es lo mismo, a aquellos en los que dichas normas internacionales se lo imponen a nuestro país, tal y como sucede, sin ánimo de ser exhaustivos, en la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, de 10 de diciembre de 1984, la Convención contra la toma de rehenes de 17 de diciembre de 1979, el Convenio Europeo para la represión del terrorismo, de 21 de enero de 1977, o el Convenio Internacional para la represión de la financiación de terrorismo, del año 1999, que obliga a cada Estado parte a adoptar las medidas precisas para establecer su jurisdicción en relación con los delitos que enumeran, pero dado que España no tiene el deber sino la facultad de extender su jurisdicción a delitos como el que es objeto de esta causa cuando se cometen fuera de su territorio, la cláusula general del artículo 23.4 no es de aplicación al caso y así, en definitiva, lo viene a sostener la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en su sentencia de 15 de noviembre de 2004 cuando afirma que partiendo de lo que se dispone en el artículo 23.4. g) de la LOPJ, la jurisdicción española será competente para conocer de hechos cometidos fuera del territorio nacional, tipificados penalmente, cuando según los tratados o convenios internacionales deban ser perseguidos en España.

Por ello, esta Sala entiende que, aun cuando nuestro país podría, mediante la oportuna previsión legislativa, extender su jurisdicción a casos como el presente, en el que además, ni siquiera estamos ante un buque con bandera extranjera, con lo que no le serían aplicables las restricciones contempladas en el artículo 4 de la Convención, a día de hoy no existe cobertura legal para mantener nuestra jurisdicción y, por tanto, no existiendo la misma procede así declararlo.

Cuarto. Por otro lado, la Sala no puede compartir en este punto los argumentos del Ministerio Fiscal cuando sostiene que si bien la situación inicial ilegal del cayuco, que sería indiferente a los tribunales españoles, se transforma cuando nuestras instituciones actúan sobre la referida embarcación pues pasa a estar bajo el control de nuestras autoridades, y es que es claro que, por un lado, el despliegue de una actuación de tipo humanitaria no es criterio de atribución de jurisdicción en modo alguno, o lo que es lo mismo, el hecho de que buques españoles presten asistencia en alta mar a otras embarcaciones que así lo precisan, ni permite entender que los posibles delitos en ellos cometidos lo han sido en territorio nacional ni, mucho menos, que han sido cometidos por españoles, con lo que los criterios generales de jurisdicción no son aplicables, ni tampoco permite considerar que estemos ante un delito que según convenio internacional España deba perseguir pues, como ya hemos visto, según la Convención de 15 de noviembre de 2000 tal deber únicamente surge si el delito se ha cometido en nuestro territorio o en un buque con bandera española o una aeronave con registro en

España. Y por otro lado, lo que resulta realmente imposible es entender que esta extensión de nuestra jurisdicción más allá de nuestro territorio, espacio aéreo o mar territorial, se debe considerar operada por la redacción vigente del artículo 318 bis que castiga, entre otros, el promover, facilitar o favorecer el tráfico ilegal de personas desde, en tránsito o con destino a España, pues sería sorprendente que un principio tan importante en la jurisdicción penal como el de universalidad se ampliase mediante una norma claramente sustantiva, al punto de permitir a España una jurisdicción total fuera de nuestro país, sin límite alguno más allá que el de que el destino final del inmigrante fuese una parte del territorio nacional, y porque es evidente que el conocimiento de dicho delito, como todos los que se tipifican en nuestro Código Penal, únicamente viene atribuido a nuestros tribunales en tanto que tengan jurisdicción para conocer de ellos, esto es, en cuanto que sean encuadrables en algunos de los supuestos que se enumeran en el artículo 23 de la LOPJ. Fuera de ahí, aún cuando se puedan estar cometiendo hechos tipificables como delito según nuestra legislación, pensemos en un homicidio en alta mar entre personas que no ostentan nacionalidad española y buques que no enarbolan nuestra bandera, aún cuando nuestras autoridades administrativas intervengan en misión de rescate, nuestros tribunales penales carecerían de jurisdicción y, por tanto, deberían abstenerse de cualquier instrucción y enjuiciamiento.

Tampoco es aplicable al caso que enjuicamos el artículo siete de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante donde se regula las zonas y tipos de navegación estableciéndose en el apartado primero: «Son zonas en las que España ejerce soberanía, derechos soberanos o jurisdicción, además de las aguas interiores, el mar territorial, la zona contigua y la zona económica exclusiva»; definiendo como mar territorial aquel que se extiende hasta una distancia de 12 millas náuticas contadas a partir de las líneas de base desde las que se mide su anchura; y como zona contigua la que se extiende desde el límite exterior del mar territorial hasta las 24 millas náuticas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial.

No es de aplicación no sólo por tratarse de una norma administrativa lo que vulnera el principio de legalidad penal sino también porque la zona contigua no es incardinable dentro del concepto de territorio español, designándose con el nombre de zona contigua la zona adyacente al mar territorial, con el objeto que el Estado ribereño pueda tomar las medidas de fiscalización necesarias para: prevenir las infracciones de sus leyes y reglamentos aduaneros, fiscales, de inmigración o sanitarios que se cometan en su territorio o en su mar territorial; y sancionar las infracciones de esas leyes y reglamentos cometidas en su territorio o en su mar territorial(art. 33 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar); pero el límite del mar territorial es de 12 millas de conformidad con la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar firmada por España el 5 de diciembre de 1984, que dispone, en su artículo 3, las 12 millas como límite máximo; y en este caso la embarcación fue interceptada a 20 millas de las costas españolas, más allá del límite del mar territorial.

Por todo lo anterior, procede declarar la falta de Jurisdicción de esta Sala para conocer de los hechos objeto de acusación, declarando las costas de oficio de conformidad con los artículos 239 y 240 de la LECr.

Vistos, además de los citados, los artículos de general y pertinente aplicación, por la Autoridad que nos confiere la Constitución Española,

Fallamos

Que debemos declarar y declaramos LA FALTA DE JURISDICCIÓN de esta Sala para conocer de los hechos objeto de acusación, declarando de oficio las costas procesales.

[**Sentencia Audiencia Provincial Las Palmas núm. 108/2006 (Sección 1.ª), de 26 de julio de 2006.** Ponente: Ilma. Sra. D.ª M.ª Oliva Morillo Ballesteros.]

F.: *Aranzadi Westlaw*, JUR 2006/294879.

En este mismo sentido [**Sentencia Audiencia Provincial Las Palmas núm. 108/2006 (Sección 1.ª), de 26 de julio de 2006.** Ponente: Ilma. Sra. D.ª M.ª Oliva Morillo Ballesteros. JUR 2006/294879; [**Sentencia Audiencia Provincial Las Palmas núm. 1/2006 (Sección 6.ª), de 26 de octubre de 2006.** Ponente: Ilmo. Sr. D. José Luis Goizueta Adame. JUR 2007/8040; [**Sentencia Audiencia Provincial Las Palmas núm. 2/2006 (Sección 6.ª), de 26 de octubre de 2006.** Ponente: Ilma. Sra. D.ª M.ª Oliva Morillo Ballesteros. JUR 2007/8036; [**Sentencia Audiencia Provincial Las Palmas núm. 3/2006 (Sección 6.ª), de 26 de octubre de 2006.** Ponente: Ilma. Sra. D.ª M.ª Oliva Morillo Ballesteros. JUR 2007/8043; [**Sentencia Audiencia Provincial Las Palmas núm. 6/2006 (Sección 6.ª), de 26 de octubre de 2006.** Ponente: Ilma. Sra. D.ª M.ª Oliva Morillo Ballesteros. JUR 2007/8047.

F.: *Aranzadi Westlaw*.

Nota: Desde hace algunos años, las Comunidades andaluza y canaria se han visto obligadas a afrontar la situación generada como consecuencia de las oleadas de inmigrantes llegadas a nuestras costas por vía marítima, procedentes de distintos puntos del continente africano. Un drama humano que aún hoy no hemos llegado a calibrar en su integridad. Son varias las perspectivas y diversas las implicaciones jurídico internacionales que el tema plantea. Sin embargo, es una la que nos interesa en este lugar: determinar si los tribunales españoles tienen jurisdicción para conocer de los hechos cometidos por los presuntos responsables del delito de «tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas», tipificado en el artículo 318 bis de nuestro Código Penal cuando las pateras o cayucos en los que viajan con destino a España resultan interceptados más allá de nuestro mar territorial (el delito en cuestión fue introducido por la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificado posteriormente por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, así como por la Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas. Cfr. sobre el particular MAYORDOMO RODRIGO, V., *El delito de tráfico ilegal e inmigración clandestina de personas a la luz de los textos internacionales*, Ed. Dilex, Madrid, 2008).

Y es que cuando el auxilio a (o la interceptación de) la embarcación tiene lugar dentro de las 12 millas de mar territorial, la jurisdicción de nuestros tribunales para conocer del delito anteriormente referido no se ha cuestionado, puesto que, obviamente, estamos en presencia de un delito cometido en territorio español [cfr. a título meramente ilustrativo las sentencias núm. 4/2006 y 6/2006 de la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 6.ª), ambas de 26 de octubre]. La respuesta viene siendo otra cuando la detención se produce más allá de las 12 millas, dentro de lo que sería la zona económica exclusiva, o incluso más allá de ella, en alta mar. Esa respuesta ha consistido en negar la jurisdicción de nuestros tribunales para conocer de los hechos por haber sido cometidos fuera del territorio nacional. Nuestros tribunales han señalado de manera reiterada que el despliegue de una actuación de tipo humanitario no es criterio de atribución de jurisdicción, o dicho de otro modo, «el hecho de que buques españoles presten asistencia en alta mar a otras embarcaciones que así lo precisan, ni permite entender que los posibles delitos en ellos cometidos lo han sido en territorio nacional ni, mucho menos, que han sido cometidos por españoles» [cfr. el razonamiento, entre otras muchas, en la Senten-

cia 1/2006, 2/2006, 3/2006, de la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 6.^a), todas de fecha 26 de octubre].

Excluido, y con motivo, el principio de territorialidad recogido en el artículo 23.1 de la LOPJ, le llegó el turno a los principios de protección de intereses y de justicia universal (el de personalidad activa queda automáticamente descartado en la medida en que los presuntos autores del delito en cuestión suelen ostentar una nacionalidad distinta a la española), extrañamente «asimilados» o «confundidos» por esta jurisprudencia, que se ha referido a los apartados 3 y 4 del artículo 23 como disposiciones que acogen el principio de «persecución universal». Para no inducir a error, sería conveniente llamar a cada cosa por su nombre: el artículo 23.3 de la LOPJ contiene el principio que se conoce como principio de protección de intereses, en tanto que el artículo 23.4 recoge, éste sí, el principio de justicia, persecución o jurisdicción universal.

Refiriéndonos, en primer lugar, al principio de justicia universal, era evidente que el delito tipificado en el artículo 318 bis del Código Penal no estaba incluido en el listado del 23.4 de la LOPJ y, según reiterada jurisprudencia, tampoco podía decirse que su aplicación tuviera cabida por la vía de la cláusula residual contenida en el artículo 23.4, letra *i*), en virtud de la cual quedan sometidos al principio de justicia universal todos aquellos otros delitos que, de conformidad con los tratados suscritos por nuestro país, deban ser perseguidos en España, pues, según lo dispuesto en la Convención de 15 de noviembre de 2000 sobre delincuencia organizada, tal deber únicamente surge si el delito se ha cometido en nuestro territorio o en un buque con bandera española; en los demás casos, estaríamos en presencia de una mera facultad del estado español de enjuiciar tales delitos, pero para ello era precisa una previsión legislativa aún inexistente en el momento en el que se dictaban las sentencias [cfr. el razonamiento, entre otras muchas, en la Sentencia 1/2006, 2/2006, 3/2006, de la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 6.^a), antes citadas]

Según continúa señalando nuestra jurisprudencia, tampoco podía afirmarse que la extensión de la jurisdicción se hubiera producido por la redacción del vigente artículo 318 bis, que castiga el promover, facilitar o favorecer el tráfico ilegal de personas desde, en tránsito o con destino a España, pues se trata de una norma sustantiva, y no es ése el lugar en el que en nuestro ordenamiento jurídico se ubican los títulos habilitantes para el ejercicio de la jurisdicción. Las sentencias anteriormente referidas tampoco admitían la jurisdicción española por el mero hecho de que los cayucos carecieran de pabellón y, por tanto, de nacionalidad. Y aun más, según concluyeron, ni siquiera resultaría de aplicación el Convenio de noviembre de 2000, puesto que el delito no habría sido cometido por una organización criminal: el único beneficio para quienes patronean los cayucos y son considerados presuntos autores de un delito contenido en el artículo 318 bis deriva del ahorro de coste del transporte con destino a España, pero no podría decirse que el delito ha sido cometido por una organización criminal (Sentencia núm. 108/2006 de la Audiencia Provincial de Las Palmas, 26 de julio de 2006, F. J. 4.º; Sentencia núm. 1/2006, Audiencia Provincial de Las Palmas, de 26 de octubre, F. J. 3.º). Por todo ello, nuestros tribunales venían concluyendo casi de manera sistemática la falta de jurisdicción para conocer de los hechos susceptibles de quedar encajados en el artículo 318 bis del Código Penal.

Pues bien, en los últimos meses se ha producido un cambio sustancial en nuestra jurisprudencia. Y es que han aparecido las primeras sentencias del Tribunal Supremo resolviendo los recursos de casación planteados contra las de los tribunales *a quo* antes mencionadas, y la orientación de la línea argumental del Alto Tribunal ha cambiado sustancialmente [Cfr. Sentencia núm. 788/2006 Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.^a), de 8 de octubre de 2007; Sentencia núm. 628/2007 Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.^a), de 21 de junio de 2007]. Desde el punto de vista de los hechos, las citadas sentencias están recalcando varios elementos: primero, que las operaciones de inmigración ilegal tienen como propósito penetrar

en España; segundo, que las embarcaciones utilizadas suelen carecer de nacionalidad, sin que ningún Estado suela reclamar el conocimiento de este hecho; tercero, que parte de los responsables se encuentran en territorio nacional, una vez que se ha producido la interceptación de la embarcación y la conducción de sus pasajeros a nuestro país. Todo ello ha llevado al Tribunal a concluir la existencia de «un evidente lazo de conexidad entre el hecho objeto de esta causa y los intereses nacionales», y a afirmar, tomando como punto de apoyo el artículo 8.7 del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa a la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada (BOE de 10 de diciembre de 2003) (y cuya literalidad es la que sigue: «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 podrá visitar y registrar el buque. Si se hallan pruebas que confirmen la sospecha, ese Estado Parte adoptará medidas apropiadas de conformidad con el derecho interno e internacional, según proceda»), que las normas y principios de Derecho internacional «dotan de cobertura a esta atribución jurisdiccional (en referencia al principio de justicia universal), posibilitan la adopción de medidas conforme al derecho interno, entre ellas la incoación del oportuno atestado por las Fuerzas de Seguridad, y justifican sobradamente el conocimiento del presente caso por los órganos jurisdiccionales españoles» (F. J. 4.º, *in fine*). En definitiva, el Tribunal Supremo considera que los tribunales españoles son competentes para conocer de los hechos tipificados en el artículo 318 bis del CP, con independencia de que los presuntos responsables hayan sido aprehendidos fuera del territorio nacional, ya sea en zona económica exclusiva, ya sea en alta mar.

Mientras se estaba a la espera del posicionamiento del Tribunal Supremo sobre este particular, el legislador español inició los trámites oportunos para modificar el artículo 23.4 e incluir expresamente la mención al delito de tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas. De este modo se evitarían sentencias como las que venimos mencionando, y nuestros tribunales podrían tener competencia para enjuiciar hechos como los descritos incluso aunque la detención de los responsables haya tenido lugar más allá del mar territorial español. Vaya por delante que, desde nuestro punto de vista, el principio de justicia universal no era la única opción, ni la más adecuada, para posibilitar el enjuiciamiento de los responsables de actos como los descritos en el artículo 318 bis del Código Penal, como tampoco lo fue, probablemente, respecto del delito relativo a la mutilación genital femenina. En este sentido se manifestó el Pleno del CGPJ en el informe al anteproyecto de ley orgánica por la que se terminó por modificar la LOPJ con el fin de poder perseguir extraterritorialmente el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas. En él, el CGPJ concluyó la conveniencia de trasladar la nueva regla de atribución de jurisdicción para los delitos que se acaban de mencionar al apartado 3 del artículo 23 de la LOPJ, esto es, a la sede del principio de protección de intereses. Y es que, como muy bien se señala en el informe, el bien jurídico protegido en el delito contenido en el artículo 318 bis del CP es doble: por una parte, el interés mediato de proteger la libertad, la seguridad, la dignidad y los derechos laborales de los inmigrantes, y por otra, el interés general de controlar los flujos migratorios, evitando que tales movimientos sean aprovechados por grupos mafiosos de criminalidad organizada (cfr. Informe al anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del poder judicial, para perseguir extraterritorialmente el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas, 27 de junio de 2007, p. 7). Optando por el principio de justicia universal se ha hecho prevalecer el primero de los bienes jurídicos sobre el segundo. Según advierte el CGPJ, «La ponderación de esta concurrencia de intereses y la mención en el artículo 318 bis 1 CP a que el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas se produzca “desde, en tránsito o con destino a España”, unido al carácter restrictivo que han de tener los fueros competenciales extraordinarios, y en particular, por su extensión, el de justicia universal, podría haberse decantado la reforma por la alternativa de elegir un punto de conexión conforme al principio real o de protección, añadiendo un

supuesto a la lista del apartado 3 del artículo 23, lo que haría depender la jurisdicción internacional de los tribunales españoles a la condición que el tráfico ilícito de personas tenga como destino inmediato el territorio español o en tránsito a terceros países. Así se evitaría, por una parte, el cierto contrasentido que supone erigir un fuero de jurisdicción universal para la aplicación de un tipo penal que exige el tránsito o destino a España del tráfico de personas; y, por otro lado, que por un único punto de conexión con la jurisdicción penal española constituido por la infracción delictiva, interpretado a la luz de los Convenios internacionales que inspiran de forma explícita la reforma, con desvinculación del tenor del artículo 318 bis 1 CP, pueda extenderse la competencia de nuestros tribunales penales a enjuiciar conductas ajenas a los intereses españoles en materia de inmigración ilegal» (Cfr. Informe, *op. cit.*, p. 29). El legislador español desoyó la opinión manifestada por el CGPJ y aprobó la modificación del artículo 23.4 de la LOPJ incluyendo un nuevo apartado al listado de conductas sometidas al principio de justicia universal para referirse al «Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores» (Cfr. Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas, *BOE* núm. 278, 20 de noviembre de 2007).

A nuestro modo de ver, cualquier ampliación de los supuestos sometidos al principio de justicia universal debe realizarse con sumo cuidado y en todo caso, con una indudable base jurídico-internacional. Y no puede decirse que en el presente caso tal base exista plenamente (como probablemente ocurriera en el caso de la mutilación genital femenina) si tenemos en cuenta lo dispuesto en el artículo 15.2.c) del Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada de 2000. Y es que el artículo 23.4, en su redacción actual, nos remite al tipo penal contenido en el artículo 318 bis, lo cual supone ampliar considerablemente las competencias de los tribunales españoles en comparación con el ámbito material de las normas internacionales y comunitarias, puesto que el tipo básico, contenido en el párrafo. 1.º del citado artículo (318 bis), no requiere para su comisión ni la organización delictiva ni la persecución de un beneficio económico, requisitos exigidos por la regulación internacional. A la vista de todo cuanto se ha señalado, consideramos que hubiera sido más oportuna la inclusión de la referencia al delito de tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas en el artículo 23.3 de la LOPJ, sede del principio de protección de intereses, y no en el 23.4, sede del principio de justicia universal: todo no debe pasar por este último principio o conseguiremos *hacerlo morir de éxito*.

M.^a Dolores BOLLO AROCENA

IV. ASILO Y REFUGIO

2007-50

ASILO.—RECONOCIMIENTO.—Persecución por motivos políticos en Irán.

Fundamentos jurídicos

Primero. Se recurre en las presentes actuaciones resolución del Ministerio del Interior de 21 de diciembre de 1999, que deniega la concesión del reconocimiento de la condición de refugiado y derecho de asilo a Lucas, nacional de Irán, por no apreciarse la existencia de temores fundados de persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a

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.

La solicitud de asilo se justifica en la persecución a que estaba sometido en su país por su ideas políticas y religiosas contrarias al régimen dictatorial iraní. Un día estaba hablando con unos amigos de sus ideas políticas, del régimen instaurado por Jomeini, de la Pasdar (Policía secreta). Una de las personas que intervenía en la conversación grabó los diálogos y los entregó a la policía secreta. Le detuvieron y encarcelaron, habiendo sido objeto de torturas en la cárcel. Cuando le liberaron le fue imposible encontrar trabajo y se vino a España en 1989, ya que su vida en Irán era imposible, no sólo por estar en peligro su integridad física, sino también por estar condenado al ostracismo y la exclusión social, a una inactividad total.»

Segundo. (...) En la actualidad sigue sin existir en Irán un respeto adecuado a la libertad de expresión o de criticar al régimen o al sistema y sus instituciones, si bien el margen de tolerancia es considerablemente mayor que el imperante al producirse la revolución en 1979 y durante la crisis bélica de los años 80. En casos especiales los disidentes están sujetos a vigilancia y tienen dificultades para encontrar empleo en determinados ámbitos, si bien no puede decirse que esa sea la tónica general con las personas (más numerosas de lo que podría pensarse) que expresan sus críticas en privado o entre amigos (como pudo ser, quizá, el caso del Sr. Lucas) .

Cuarto. La consideración anterior respalda que el recurso interpuesto deba ser estimado, pues no siendo necesaria una prueba plena sobre los hechos que justifican la concesión del derecho de asilo, como señalan, entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1994, 19 de junio de 1998 y 2 de marzo de 2003, en el caso presente existen los indicios suficientes a que se refiere el artículo 8 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, inferidos de los extremos consignados en ordinal precedente.

Fallamos

Primero. Estimar el recurso contencioso-administrativo formulado por Lucas, contra la resolución del Ministerio del Interior de 21 de diciembre de 1999, que anulamos, con declaración de su derecho a la concesión del asilo recabado.

[Sentencia Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8.ª), de 13 de octubre de 2006. Ponente: Excmo. Sr. José Alberto Fernández Rodera.]

F.: Aranzadi Westlaw, JUR/2006/286036.

2007-51

ASILO.–RECONOCIMIENTO.–Persecución por motivos políticos en Marruecos.

Fundamentos de Derecho

Primero. Se impugna la Resolución del Excmo. Sr. Ministro de Interior de fecha 7 de julio de 2004, que deniega la solicitud de concesión del derecho de asilo en España del hoy demandante D. Jesús Manuel. Denegación que la Administración fundamenta básicamente en que el relato que formula es inverosímil, impreciso y contradictorio; que los hechos no constituyen una persecución de las contempladas en el artículo 1 A) de la Convención de Ginebra de 1951; y, finalmente, que, no obstante lo anterior, se desprenden razones humanitarias o que

pueden justificar la permanencia en España del solicitante de asilo al amparo del artículo 17.2 de la Ley de Asilo.

Frente a ello el actor expresa que se incorporó en Tánger a un Batallón de Infantería donde observó la implicación de oficiales en tráfico de drogas e inmigrantes, recibiendo dinero a cambio de hacer la «vista gorda». En 1955 es trasladado a Guilta en la provincia de El Aïún donde vuelve a presenciar un ambiente de corrupción generalizada frente al cual se resiste a participar. Esto le crea problemas. En 1999 consigue el traslado a un centro de formación de reclutas donde presencia malos tratos y vejaciones. Empieza a manifestar opiniones políticas sobre temas tan sensibles como el «referéndum» del Sahara o la situación de Ceuta y Melilla. En julio de 2000 se le incoa un expediente sancionador. Tiene problemas psicológicos y es considerado como un «desertor» (ante sus problemas, presenta la renuncia a su función, que no le es aceptada, decidiendo por último abandonar el país, lo que le convierte en un desertor).

Segundo. La cuestión, por tanto, se centra en determinar si conforme al ordenamiento jurídico y los hechos relatados por el demandante, debe o no ser estimada su pretensión de que le sea otorgado el derecho de asilo, con anulación de actuaciones, que inadmiten la petición de asilo.

(...)

Planteados en estos términos la controversia adecuado resulta puntualizar que no es exigible una prueba plena sobre la situación invocada, pero sí, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2000 en el recurso de casación 10.671 /1998, una «razonable certeza» sobre el relato fáctico presentado, entendiendo el Tribunal Supremo que «sólo puede establecerse la certeza cuando el enlace entre el hecho indicio y el hecho a deducir sea preciso y directo según las reglas del criterio humano».

En este caso las alegaciones del recurrente quedan desvirtuadas en el informe de la Instrucción del expediente que pone de relieve detalladamente las contradicciones del relato que no quedan explicadas en la demanda.

A este respecto concluye la instructora del expediente lo que sigue:

A la vista de lo contenido en los repetidos recortes de prensa, cabe señalar que el solicitante sí puede temer represalias de alcance y naturaleza impredecibles en caso de retornar a Marruecos. No obstante, estas represalias no estarían causadas por la acción del solicitante en su país, sino por sus actuaciones en el exterior y por la forma en que su salida del país y su solicitud de asilo en España han sido manipulados por las autoridades marroquíes. Ello hace que, si bien se considera que el solicitante debe recibir una protección frente a su retorno a Marruecos, se estime que tal protección no es la que se deriva del estatuto de refugiado según la CG51.

En efecto, y como se dijo anteriormente, un refugiado es alguien que tiene temor fundado de ser perseguido a causa de, entre otros motivos, sus opiniones políticas. También se dijo anteriormente que, caso de ser cierto lo alegado por el solicitante, podía pensarse que el solicitante reunía los requisitos para ser reconocido como refugiado, en la medida en que sus supuestas quejas contra la corrupción en el ejército y sus también supuestas manifestaciones contrarias a la política marroquí en diversos frentes podían equipararse a opiniones políticas en el sentido de la CG51. No obstante, se ha concluido que lo alegado por el solicitante no resultaba creíble, por las razones expuestas a lo largo de este informe, de modo que se entiende que el solicitante no es un refugiado por las causas que él alega.

Sin embargo, los motivos para el temor de persecución que el solicitante puede esgrimir ahora no tienen que ver con sus opiniones políticas, ni siquiera imputadas, sino con el hecho de que las autoridades marroquíes han hecho de él una especie de «chivo expiatorio» en defensa de sus propios intereses y en el contexto del deterioro sufrido por las relaciones entre Marruecos y España en las fechas en que se produce la salida de Marruecos del solicitante (...).

No obstante y, de conformidad con el Manual de Procedimientos del ACNUR, una persona puede convertirse en refugiado sobrevenido (también conocidos como «refugiados sur place») y poder acogerse a la protección que brinda la Convención de Ginebra de 1951. La Convención de Ginebra, al exigir tan sólo que la persona que solicita el reconocimiento de la condición de refugiado se encuentre «fuera del país de su nacionalidad», protege tanto a los que huyen debido al temor de persecución como a quienes encontrándose en el extranjero, devienen refugiados, bien por los cambios políticos que puedan tener lugar en su país durante el período de su ausencia o porque, en el caso de volver a él, se les perseguiría debido a las actividades desempeñadas en el extranjero.

Por otra parte, en numerosas decisiones judiciales se ha establecido que para poder acreditar la existencia de una situación de persecución por opinión política imputada no es necesario que exista una actividad o acción política. El solicitante no tiene que pertenecer a un partido político o a un grupo con un título oficial, un puesto o un estatus concreto para que quede acreditado que su temor de persecución se debe a «opiniones políticas». La cuestión relevante es la percepción del perseguidor sobre la persona y sus actividades a las que atribuye un «carácter político».

Esta Delegación considera que el solicitante podía albergar un temor fundado de persecución por opiniones políticas imputadas por las autoridades marroquíes –recogidas en los periódicos oficiales de dicho país– que pueden llegar a verlo como una amenaza. La perspectiva del perseguidor es lo determinante en este respecto y en la medida que es percibido por el agente perseguidor como opositor. Así se desprende para este caso concreto, de la consideración general del ACNUR sobre imputación de opiniones políticas como uno de los motivos de la Convención, mencionada previamente:

«Cuando el perseguidor actúa o cuando sea probable que actúe en contra del miembro percibido como tal, la víctima potencial puede ser protegida bajo este motivo, debido a la percepción del perseguidor, que imputa móviles o características a la víctima por pertenecer al grupo.»

A la vista de la información que obra en el expediente, esta Oficina entiende que el recurrente podía albergar un temor fundado a sufrir persecución por opiniones políticas imputadas al haber aparecido, tras la presentación de su solicitud de asilo, en varios periódicos –tanto españoles, franceses como en periódicos oficiales marroquíes–. En estos periódicos oficiales marroquíes, además de aparecer su nombre y apellidos, así como el hecho de haber solicitado asilo, se le acusa de ser miembro y promotor del Movimiento de Oficiales Libres –que habría manifestado públicamente su descontento con la situación predominante en las fuerzas armadas marroquíes a través de comunicados difundidos en la prensa francesa–, así como de trabajar como espía para los servicios de inteligencia españoles, actividades que tendrían por objeto desestabilizar el régimen marroquí.

Todo ello evidencia que en el presente caso concurren todas las circunstancias tanto subjetivas como objetivas para otorgar el asilo.

[Sentencia Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8.ª), de 29 de septiembre de 2006. Ponente: Excmo. Sr. José Luis Sánchez Díaz.]

F.: Aranzadi Westlaw, JUR/2006/286546.

Cfr. igualmente el reconocimiento del derecho de asilo por persecución política en Colombia **[Sentencia Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8.ª), de 22 de septiembre de 2006. Ponente: Excmo. Sr. José Alberto Fernández Rodera.]**

F.: Aranzadi Westlaw, JUR/2006/245507.

2007-52

ASILO.–DERECHO DE PERMANENCIA POR MOTIVOS HUMANITARIOS.–Temor por su vida en caso de volver a Guatemala*Fundamentos jurídicos*

Cuarto. Figura en autos que esta Sala y Sección con fechas, 24 de septiembre de 2004 y 10 de agosto de 2005 procedió a acordar la suspensión de las resoluciones del Ministerio de fecha 30 de septiembre de 2003, que ahora se impugnan. A la vista de la documental obrante en el expediente administrativo y la unida a este procedimiento, en el período de prueba, así como de los informes del ACNUR de 23 de julio de 2003 y febrero de 2006. Debemos señalar que, los hechos alegados por el demandante no tienen entidad suficiente para considerar que es objeto de una persecución en el sentido descrito en la Convención de Ginebra.

Sin embargo, contrariamente a lo recogido en la misma resolución recurrida, la pertenencia de D. Guillermo, a una familia, en la que el padre fue asesinado por ser un dirigente sindical y que tras el asesinato el recurrente junto con su familia se vieron obligados a refugiarse en la Embajada de Venezuela en Guatemala, permite concluir la existencia de motivos serios y fundados para determinar que su retorno a dicho país suponga un riesgo real para su libertad e integridad, como exige el artículo 31 del Reglamento de aplicación de la Ley de asilo, que nos lleva a autorizar su permanencia en España por razones humanitarias. La autorización de la permanencia en España del Sr. Guillermo y su familia [María del Pilar (hija), Luis Enrique (hijo) Y Yolanda (esposa)]. por razones humanitarias no ha sido expresamente pedida en la demanda pero puede deducirse implícitamente solicitada al pretender la parte actora la nulidad del acto administrativo, objeto de este recurso, en el que expresamente se pronunció sobre este extremo.

[Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8.^a), de 3 de octubre de 2006. Ponente: Excm. Sra. M.^a Dolores de Alba Romero.]

F.: Aranzadi Westlaw, JUR/2006/257228.

Cfr. igualmente el reconocimiento del derecho de permanencia por motivos humanitarios por peligro para la vida del solicitante de asilo en caso de retornar a Colombia **[Sentencia Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.^a), de 14 de diciembre de 2006. Ponente: Excmo. Sr. Diego Córdoba Castroverde]**

F.: Aranzadi Westlaw, JUR /2007/7771.

2007-53

ASILO.–ADMISIÓN A TRAMITE.–Persecución social: hostigamiento familiar para obligar a la solicitante de asilo a contraer matrimonio en contra de su voluntad.*Fundamento jurídico*

Cuarto. (...) En efecto, basta repasar el relato de la solicitante de asilo para constatar que en él se expuso una persecución por razón de sexo, plasmada en el hostigamiento familiar

para contraer un matrimonio no deseado, que en principio reviste carácter protegible (por resultar encuadrable sin duda entre las persecuciones sociales). Ciertamente, esta Sala Tercera ya ha tenido ocasión de declarar en distintas sentencias que una situación de desprotección y marginación social, política y jurídica de las mujeres en su país de origen, que vulnere de forma evidente y grave sus derechos humanos, es causa de asilo [SSTS de 7 de julio de 2005, rec. núm. 2107/2002 (RJ 2005, 5167)], que la persecución por razón de sexo resulta encuadrable sin duda entra las persecuciones sociales [SSTS de 31 de mayo de 2005 –rec. núm. 1836/2002 (RJ 2005, 4295)–, 9 de septiembre de 2005 –rec. núm. 3428/2002 (RJ 2005, 7051)– y 10 de noviembre de 2005 –rec. núm. 3930/2002 (RJ 2005, 9506)–], y más concretamente, que una situación de hostigamiento y amenazas contra una mujer para obligarla a casarse reviste carácter protegible por resultar encuadrable sin duda entra esas persecuciones sociales (SSTS de 28 de febrero y 23 de junio de 2006, recs. núm. 735/2003 y 4881/2003). En estas últimas sentencia transcribíamos un informe del ACNUR que resulta sumamente expresivo de la situación de las mujeres en Nigeria y que resulta conveniente transcribir también aquí. Decía aquel informe: «según la ONG Human Rights Watch los derechos de las mujeres se violan de un modo rutinario. El Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) establece explícitamente que la violencia ejercida por un hombre dentro del matrimonio no son ofensas si están permitidos por la costumbre o no se infringen daños corporales graves. Los matrimonios infantiles continúan siendo algo común sobre todo en el norte de Nigeria. Las mujeres no poseen derechos en derecho hereditario de las propiedades y se estima que el 60% de las mujeres nigerianas son sometidas a mutilación genital en todo el país». Y estas afirmaciones se recogen, incluso con mayor amplitud, en un informe del propio ACNUR unido en período probatorio a las actuaciones de instancia, que está encabezado por una comunicación de este Organismo en la que se indica que «esta Oficina desea hacer constar que el matrimonio forzoso es una práctica que podría constituir persecución por motivos de género si se cumplen los requisitos de la definición del artículo 1 de la Convención de Ginebra de 1951 (RCL 1978, 2290, 2464), teniendo en cuenta que el matrimonio forzoso constituye una práctica en violación del artículo 16 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer y el artículo 23.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (RCL 1977, 893), entre otros».

Proyectadas estas consideraciones sobre el caso que ahora nos ocupa, no puede sino concluirse que la recurrente expuso en su relato una persecución protegible, en términos suficientes para que, al menos, se trámite su solicitud. Será al término del procedimiento, una vez recabados los preceptivos informes y practicadas las indagaciones y pruebas pertinentes, cuando se pueda deducir si existen o no los indicios suficientes, según la naturaleza del caso, para decidir que se cumplen o no los requisitos a que se refiere el número primero del artículo 3 de la Ley de Asilo (RCL 1984, 843).

Quinto. Por las razones cumplidamente expuestas, ha de concluirse que tanto la Administración como la Sala de instancia aplicaron indebidamente el artículo 5.6-b) de la Ley 5/84 (RCL 1984, 843) por lo que procede declarar haber lugar al recurso de casación, estimar el recurso Contencioso-Administrativo, anular la resolución impugnada y declarar el derecho de la actora a que su solicitud de asilo sea admitida a trámite.

Sexto. Al declararse haber lugar al recurso de casación no procede hacer condena en las costas del mismo [art. 139-2 de la Ley Jurisdiccional 29/98 (RCL 1998, 1741)], ni procede realizarla respecto de las de instancia.

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 (RCL 1978, 2836).

Fallamos

Que declaramos haber lugar al recurso de casación núm. 6627/2003, interpuesto por D.^a Amanda, contra la sentencia dictada en fecha 3 de julio de 2003, y en su recurso núm. 8/01, por la Sección 1.^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional. Y en consecuencia: (...) 3.º Reconocemos el derecho de D.^a Amanda a que su solicitud de asilo en España sea admitida a trámite.

[Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 15 de septiembre de 2006. Ponente: Excmo. Sr. Enrique Cancer Lalanne.]

F.: *Aranzadi Westlaw*, RJ2006/6365.

En un sentido similar, cfr. **Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 6 de octubre de 2006.** Ponente. Excmo. Sr. D. Pedro Yagüe Gil.

F.: *Aranzadi Westlaw*, RJ 2006/7618.

V. DERECHO INTERNACIONAL PENAL

2007-54

JURISDICCIÓN UNIVERSAL.—Crímenes de guerra.

Fundamento jurídico

Décimo. Al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635), se denuncia en los anteriores motivos la vulneración de los derechos fundamentales de la persona a la tutela judicial efectiva, al acceso al juez predeterminado por la Ley en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que pueda producirse indefensión, a un proceso con todas las garantías y a los principios de contradicción y de congruencia, por infracción del artículo 24.1 de la Constitución Española (RCL 1978, 2836).

Sostienen todos los recurrentes que, conforme a lo establecido en el IV Convenio de Ginebra y Protocolos Adicionales (RCL 1969, 248), corresponde a los Tribunales españoles conocer de los hechos denunciados por las partes acusadoras, cosa que la resolución recurrida pretende eludir atribuyendo carácter no intencional a dichos hechos, hurtando así una fundamentación jurídica adecuada sobre la debatida cuestión de la jurisdicción que debe conocer de ellos, con un pronunciamiento «indebido y extemporáneo»; pues el Tribunal de instancia se ha pronunciado sobre la tipicidad de los hechos denunciados antes de definir el ámbito de la jurisdicción de los Tribunales españoles para conocer de ellos, lo cual constituye un «prius» lógico y jurídico. La representación de la viuda y de la hermana de la víctima de estos hechos sostiene que «sobre el tema de fondo, la tipicidad de los hechos, la autoría y la culpabilidad o responsabilidad de los presuntos autores de delito (...), sólo le sería posible pronunciarse al Tribunal en el período del plenario». Contrariamente, el Tribunal de instancia se ha pronunciado, primeramente, sobre la atipicidad de los hechos, para declarar, seguidamente, la falta de jurisdicción de los Juzgados y Tribunales españoles para conocer de ellos, «haciendo una

interpretación restrictiva y errónea del artículo 23.4. h) de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1578, 2635)», con desconocimiento de lo establecido, sobre esta materia, en el IV Convenio de Ginebra y en el Protocolo Adicional I, dando así «un salto dialéctico en el vacío» y «sin suficiente motivación».

Sostienen las partes recurrentes que «no existe hecho notorio», pues como dice la representación de doña Yolanda y otros «los documentos que constan en las diligencias, la testifical practicada y el contenido de las cintas de vídeo aportadas, establecen que a diferencia de lo manifestado en el auto recurrido, los hechos recogidos en la resolución, no tienen el carácter de notorios», y que, por tanto, «no es el momento procesal para pronunciarse sobre el carácter de imprudente o doloso de los hechos». La resolución impugnada –dice, en fin, la representación de la Asociación de Camarógrafos de TV y Vídeos– «carece de toda fundamentación».

Ha de reconocerse la razón que asiste a los recurrentes. En efecto, aunque es cierto que el Tribunal de instancia ha explicitado la razón por la que ha declarado la falta de jurisdicción de los órganos jurisdiccionales españoles para conocer de los hechos aquí denunciados, al considerarlos penalmente atípicos, por ausencia de dolo (al afirmar que constituye un «hecho notorio difundido por toda clase de medios de comunicación» que el disparo efectuado desde un carro de las fuerzas estadounidenses contra el Hotel Palestina fue «un acto de guerra realizado contra un enemigo aparente, erróneamente identificado» (por cuanto la intervención de las comunicaciones iraquíes había puesto en alerta al ejército americano que «desde el Hotel Palestina (...), existe una unidad iraquí desde la que se dirige tiro de su artillería contra las unidades norteamericanas») (v. FF JJ 6.º, 7.º y 9.º del auto recurrido), es evidente que tal declaración no puede ser hecha sin haber definido previamente el ámbito de la jurisdicción española, atribuyendo a nuestros Tribunales el conocimiento de estos hechos.

Con independencia de ello, es indudable también que el auto recurrido parte de «los hechos indiciarios que son base del auto recurrido», en los que nada se precisa sobre la causa del disparo causante de la muerte de los dos periodistas, español y ucraniano (v. F. 2.º de dicho auto), para luego decir que constituye «un hecho notorio difundido por toda clase de medios de comunicación» (v. F. 6.º) la versión de los mismos a que ya hemos hecho referencia. Todo ello, sin especial motivación y sin someter a ningún juicio crítico los elementos probatorios en los que las partes aquí recurrentes pretenden fundamentar su acusación.

De lo expuesto se desprende claramente la vulneración del derecho de los recurrentes a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, causante de indefensión para las partes que sostienen la acusación contra los responsables del disparo causante de la muerte del periodista español, Rogelio, y del reportero de la Agencia Reuters.

Procede, en consecuencia, dejar sin efecto los pronunciamientos segundo y tercero del auto recurrido, en los que se deja sin efecto el auto de 19 de octubre de 2005 y se decreta el archivo de las Diligencias Previas núm. 99/03.

B

Motivos por error de hecho en la apreciación de las pruebas (motivo 2.º de la Asociación Libre de Abogados; y motivos 3.º, 4.º y 5.º de la Asociación de Camarógrafos de Televisión y Vídeo)

Duodécimo. En concreta referencia ya a la interpretación de la regla de atribución de competencia del artículo 23.4 de la LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635), dice el Tribunal Constitucional que «el fundamento último de esta norma atributiva de competencia radica en la universalización de la competencia jurisdiccional de los Estados y sus órganos para el conocimiento de ciertos hechos sobre cuya persecución y enjuiciamiento tienen interés todos los Estados, ...». Y, a este respecto, ha declarado que «el artículo 23.4 LOPJ otorga, en principio, un alcance muy amplio al principio de justicia universal, puesto que la única limitación expre-

sa que introduce respecto de ella es la de la cosa juzgada»; viniendo a concluir el Tribunal Constitucional –al que corresponde la última palabra en materia de garantías constitucionales (v. art. 123 CE)– que «la LOPJ instaura un principio de jurisdicción universal absoluto» (v. STC 237/2005; F. 3.º).

La contundencia de la anterior conclusión a la que ha llegado el Tribunal Constitucional y el irregular fundamento jurídico de la resolución recurrida sobre el concreto problema del ámbito de la jurisdicción española en la materia, justifican sobradamente la estimación de la infracción de Ley denunciada en los motivos especialmente citados, pese a las fundadas observaciones hechas en los primeros Fundamentos jurídicos de la presente resolución.

Por lo demás, ha de reconocerse que, en el presente caso, existe un punto de conexión legitimante que justificaría también la extensión extraterritorial de la jurisdicción española, conforme a la doctrina expuesta en la STS de 25 de febrero de 2003 (RJ 2003, 2147) [(F. 8.º), Caso Guatemala], habida cuenta de que una de las víctimas, el periodista Rogelio, era un ciudadano español.

En todo caso, finalmente, parece oportuno destacar también que la presente resolución –como es obvio– no hace ninguna valoración jurídica sobre los hechos denunciados más allá del necesario reconocimiento provisionalísimo de que los mismos podrían constituir los delitos que, por las razones expuestas, justifican la intervención de los órganos jurisdiccionales españoles competentes en la materia; pues corresponde a la fase de instrucción procesal allegar los elementos de juicio necesarios para posibilitar la ulterior calificación jurídica de tales hechos.

Fallo

Que debemos declarar y declaramos haber lugar a la estimación de los motivos por vulneración de precepto constitucional y por infracción de Ley, con desestimación de los recursos formulados al amparo del artículo 849.2.º de la LECrim (LEG 1882, 16), de los recursos de casación interpuestos por las representaciones de la Asociación Libre de Abogados, de doña Marí Juana y doña Estibaliz, de doña Yolanda y otros, y de la Asociación de Camarógrafos de Televisión; y en su virtud, casamos y anulamos el auto de la Sección Segunda de la Sala Penal de la Audiencia Nacional, de ocho de marzo de dos mil seis (JUR 2006, 126471) y declaramos de oficio las costas procesales.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicte a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Joaquín Delgado García. Joaquín Giménez García. Julián Sánchez Melgar. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca. Luis Román Puerta Luis.

Segunda sentencia

En la Villa de Madrid, a once de diciembre de dos mil seis.

En el Procedimiento Abreviado incoado por el Juzgado Central núm. 1, y seguido ante la Audiencia Nacional, Sección Segunda, con el núm. 99/2003, en apelación contra auto de fecha 19/10/05, por el que se acordaba la captura y detención a efectos de extradición de los militares norteamericanos Cornelio, Lázaro y Carlos José; y en cuya causa se dictó auto por la mencionada Audiencia de fecha ocho de marzo de dos mil seis, que ha sido casado y anulado por la sentencia dictada por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo en el día de la fecha, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Luis Román Puerta Luis, hace constar lo siguiente:

Antecedentes de hecho

Único. Se dan por reproducidos los de la sentencia decisoria de este recurso.

Fundamentos de Derecho

Único. Por las razones expuestas en los Fundamentos jurídicos décimo a duodécimo de la sentencia decisoria de estos recursos, que se dan por reproducidas aquí, procede declarar que los Jueces y Tribunales españoles tienen jurisdicción para conocer de los hechos denunciados en esta causa; así como anular los pronunciamientos de la resolución recurrida relativos al auto de 19 de octubre de 2005 y al archivo de las diligencias previas 99/2003.

Fallo

Que declaramos que los Jueces y Tribunales españoles tienen jurisdicción para conocer de los hechos denunciados en esta causa y, al propio tiempo, dejamos sin efecto los pronunciamientos 2.º y 3.º de la parte dispositiva del auto dictado por la Sección Segunda de la Sala Penal de la Audiencia Nacional el ocho de marzo de dos mil seis (JUR 2006, 126471).

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Joaquín Delgado García. Joaquín Giménez García. Julián Sánchez Melgar. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca. Luis Román Puerta Luis.

Publicación.—Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Luis Román Puerta Luis, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

[Sentencia Tribunal Supremo núm. 1240/2006 (Sala de lo Penal, Sección 1.ª), de 11 de diciembre de 2006. Ponente: Excmo. Sr. Luis Román Puerta.]

F.: Aranzadi Westlaw, RJ/2006/8241

VI. DERECHO COMUNITARIO EUROPEO

2007-55

DERECHO COMUNITARIO.—Planteamiento de cuestión prejudicial: apreciación por el juez nacional de su pertinencia. No procede por resultar innecesario el reenvío. Juez nacional como juez comunitario.

Fundamentos de Derecho

Sexto. En cuanto al hecho de si se produce una cuestión prejudicial o no, se toma en consideración el Auto de la Sección 15 de Madrid, de 26 de noviembre de 2004 (AC 2005, 279), donde establece que la aplicación de la normativa comunitaria, y la jurisprudencia contradictoria existente al respecto, debe tenerse en cuenta que tal y como ha puesto de relieve la jurisprudencia del Tribunal Supremo [sentencias de 6 de julio de 2000 (RJ 2000, 6749) y 22 de noviembre de 2001 (RJ 2001, 9710)], el planteamiento de la cuestión prejudicial por el órgano judicial nacional, sólo procede cuando exista duda racional, y con ello fundada, respecto a la interpretación que deba darse a cualquier; disposición de derecho comunitario en relación

a una determinada contienda judicial, y así le proclama incluso la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, no siendo competencia de dicho Tribunal entrar a resolver cuestiones de derecho interno y pronunciarse sobre la aplicabilidad de la legislación de los estados miembros, que es lo que sucede en el supuesto objeto de o, no constituyendo la cuestión prejudicial una vía de recurso abierta las partes en un pleito ante el Juez nacional, no siendo suficiente tampoco que uno de los litigantes promuevan la cuestión de interpretación del derecho comunitario para que la jurisdicción afectada tenga que admitirse planteamiento de la cuestión, de tal manera que la cuestión prejudicial sólo será susceptible de planteamiento cuando el Juez nacional entienda que la misma debe imponerse igualmente a la jurisdicción de otros estados miembros y al Tribunal de Justicia, de no darse esas condiciones es el Juez nacional el que debe resolver bajo su propia responsabilidad.

En el presente caso, y con independencia de los criterios divergentes en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, cuya tarea de unificación en su caso corresponderá al Tribunal Supremo vía de los oportunos recursos de casación o en interés de Ley, nos encontramos ante una cuestión jurídica de interpretación de la oferta pública del Bucle de abonado, emitida por la Entidad Telefónica Tesau, que se desarrolla en cuatro contratos, que se suscriben por la parte demandante Jazztel, sobre los cuales existe una incidencia del derecho comunitario susceptible de ser apreciada y valorada por el Juez nacional desde el momento en que dicho órgano judicial actúa bajo la doble consideración de Juez por un lado nacional pero otro también como Juez comunitario incluso en los casos de aparente colisión de normas nacionales y comunitarias del llamado derecho derivado (Reglamentos y Directivas europeas), y que implican la aplicación del derecho nacional conforme en definitiva a la interpretación del derecho comunitario.

Por todo ello, se debe de resolver el proceso, tomando en consideración en primer lugar lo establecido por las partes en los distintos contratos, lo establecido por las disposiciones legales aplicables al caso, y por último la interpretación existente sobre la material, en Directivas Europeas, como norma interpretadora, si procede.

[Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de la Comunidad de Madrid, Madrid, núm. 206/2006 (núm. 54), de 17 de julio. Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Toro Peña.]

F.: Aranzadi Westlaw.

2007-56

DERECHO COMUNITARIO.—Interpretación de tratados internacionales en los que son parte la Comunidad Europea y los Estados miembros. Relación entre éstos y el Derecho Comunitario. Alegación jurisprudencia TJCE.

Fundamentos de Derecho

Cuarto. Examinada la eficacia del Acuerdo Adpic (LCEur 1994, 4997) queda no obstante pendiente determinar si corresponde a los Tribunales nacionales de los Estados miembros de la Comunidad Europea su interpretación y aplicación o por el contrario corresponderá al TJCE. Éste se ha pronunciado en su Sentencia de 14 de diciembre de 2000, «Christian Dior», (Asuntos C-300/1998 y C-392/1998 [TJCE 2000, 332]) del siguiente modo:

«47. Por lo que respecta a los ámbitos en los que se aplica el Acuerdo Adpic, y en los que la Comunidad ya ha legislado, como es el caso de las marcas, de la sentencia Hermès

(TJCE 1998, 139), antes citada, y en particular de su apartado 28, se desprende que, en virtud del Derecho comunitario, las autoridades judiciales de los Estados miembros están obligadas, cuando han de aplicar sus normas nacionales para ordenar medidas provisionales con objeto de proteger los derechos pertenecientes a dicho ámbito, a hacerlo, en la medida de lo posible, a la luz del tenor literal y de la finalidad del artículo 50 del Acuerdo ADPIC.

48. Por el contrario, respecto de los ámbitos en los que la Comunidad aún no ha legislado y que, por consiguiente, son competencia de los Estados miembros, la protección de los derechos de propiedad intelectual y las medidas adoptadas con este fin por las autoridades judiciales no se rigen por el Derecho comunitario. En consecuencia, el Derecho comunitario no impone ni excluye que el ordenamiento jurídico de un Estado miembro reconozca a los particulares el derecho a invocar directamente la norma prevista en el artículo 50, apartado 6, del Acuerdo Adpic, o que los jueces la apliquen de oficio.»

La finalidad de esta distinción, que establece los supuestos en que la protección de los derechos se rige o no por el Derecho comunitario, considerando si la Comunidad ha legislado en un determinado ámbito, tiene su explicación en los apartados 34 y 35 de la citada Sentencia:

«34. Más en particular, el Tribunal de Justicia es competente para interpretar el artículo 50 del Acuerdo Adpic, con el fin de asistir a las autoridades judiciales de los Estados miembros cuando éstas han de aplicar sus normas nacionales para ordenar medidas provisionales con objeto de proteger los derechos derivados de una normativa comunitaria comprendida en el ámbito de aplicación del Acuerdo Adpic [véase la sentencia *Hermès* (TJCE 1998, 139), antes citada, apartados 28 y 29].

35. Asimismo, cuando una disposición como la del artículo 50 del Acuerdo Adpic (LCEur 1994, 4997), puede aplicarse tanto a situaciones regidas por el Derecho nacional como a situaciones regidas por el Derecho comunitario, como es el caso en el ámbito de las marcas, el Tribunal de Justicia es competente para interpretarla con el fin de evitar futuras divergencias de interpretación (véase la sentencia *Hermès*, antes citada, apartados 32 y 33).

Inciden igualmente estos pronunciamientos en distinguir si la situación está regida o no por el Derecho comunitario, basándose en si se derivan o no «derechos de una normativa comunitaria».

Para el caso de que se deriven derechos de una normativa comunitaria, como sucede con las marcas, el TJCE ha declarado que el Acuerdo Adpic no puede ser invocado directamente ante los Tribunales comunitarios y de los Estados miembros. Esta doctrina es aplicable cuando pudieran entrar en conflicto las normas del Acuerdo con el Derecho comunitario y se justifica en la Sentencia de 23 de noviembre de 1999 (TJCE 1999, 277), «Portugal/Consejo», as. C-149/1996, del siguiente modo:

«46. En efecto, admitir que incumbe directamente al Juez comunitario la tarea de garantizar la conformidad del Derecho comunitario con las mencionadas normas equivaldría a privar a los órganos legislativos o ejecutivos de la Comunidad del margen de maniobra del que disfrutaban los órganos similares de los terceros que han celebrado acuerdos comerciales con la Comunidad.»

Si aplicamos al caso la doctrina expuesta hemos de concluir que nos encontramos ante un ámbito en el que la Comunidad no ha legislado y por consiguiente la protección de los derechos de propiedad intelectual no se rige por el Derecho comunitario, de manera que éste no impone ni excluye que el ordenamiento jurídico de un Estado miembro reconozca a los particulares el derecho a invocar directamente el Acuerdo Adpic (LCEur 1994, 4997). Sobre el particular ya nos referimos anteriormente a la eficacia de los Tratados. El conflicto se produce además en el momento en que resulta obligado aplicar el Acuerdo Adpic, es decir, el 1 de enero de 1996.

En los ámbitos en los que la Comunidad ya ha legislado, el TJCE [Sentencias de 14 de diciembre de 2000 (TJCE 2000, 332), as. Dior, de 13 de septiembre de 2001 (TJCE 2001, 229), as. Schieving-Nijstad y de 16 de noviembre de 2004 (TJCE 2004, 333), as. Anhauser Bush, ha declarado reiteradamente la necesidad de interpretar la normativa comunitaria de acuerdo con las disposiciones del Adpic], recordando, entre las circunstancias a tener presente por las autoridades judiciales internas, que el objetivo principal del Adpic es reforzar y armonizar la protección de la propiedad intelectual a escala mundial. De esta forma el propio TJCE ya ha interpretado el artículo 70 del Acuerdo Adpic siguiendo el mismo criterio mantenido por el órgano de solución de diferencias de la OMC en el asunto Canadá-Período de protección mediante patente (STJCE de 16 de noviembre de 2004).

En el Dictamen 1/94, de 15 de diciembre de 1994, relativo a la competencia de las Instituciones comunitarias para concluir los acuerdos de la OMC, el TJCE consideró que los derechos de propiedad intelectual no estaban incluidos en el ámbito de aplicación del artículo 133 TCE (RCL 1999, 1205 ter), con excepción de las disposiciones relativas a la prohibición de despacho en libre práctica de las mercancías con usurpación de marca. Tras la entrada en vigor del Tratado de Niza (RCL 2001, 2664) la UE no ha utilizado las disposiciones que le otorgan los nuevos párrafos del artículo 133, de manera que no cabe confundir la posición de los Acuerdos de la OMC ante el Tribunal de Justicia y los efectos directos que pueden tener en cada Estado miembro, en este caso España, con arreglo a la Constitución (RCL 1978, 2836) y a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo.

El Adpic no está cubierto en lo que nos ocupa por la competencia exclusiva comunitaria y tampoco nos encontramos ante aspectos en los que existan normas comunitarias.

[Sentencia Audiencia Provincial Madrid núm. 148/2006 (Sección 28), de 26 de octubre de 2006. Ponente: Ilmo. Sr. D. Gregorio Plaza González.]

F.: Aranzadi Westlaw, AC 2007/69.

2007-57

DERECHO COMUNITARIO.—Alegación jurisprudencia del TJUE. No aplicación de norma anterior a la norma que transpone una Directiva comunitaria aunque los derechos recogidas en ella sean más amplios.

Fundamentos de Derecho

[...]

Segundo [...]

Por su parte, la demandada funda su contestación, básicamente, en lo dispuesto en la LPD, a partir de lo dispuesto en su artículo 3, teniendo en cuenta también otras disposiciones que regulan la materia del medicamento, en referencia a «todas las circunstancias» que rodean al medicamento, según el tenor del citado artículo 3 LPD, desde la Constitución Española de 1978 (RCL 1978, 2836) pasando por la Directiva 92/27/CEE, de 31 de marzo (LCEur 1992, 1336), la Ley 14/1986 (RCL 1986, 1316), General de Sanidad, la Ley 25/1990, de 20 de diciembre (RCL 1990, 2643), del Medicamento, el RD 2236/1993, de 16 de diciembre (RCL 1994, 497), las Circulares de la Dirección General de Farmacia y Productos Sanitarios, 29/1994, de 15 de julio, y 13/1995, de 5 de julio, y la Circular 2/2000, de la Agencia Española del Medicamento. Y, en definitiva, estima que el medicamento Agreal no se ajusta a ninguno de los parámetros previstos en el artículo 3.1 LPD para ser considerado producto «defectuoso».

Pues bien, como señala la STS, Sala 1.ª, de 5 de octubre de 1999 (RCL 1999, 7853), los artículos 25, 26, 27 y 28 LGDCU no son sino «un precedente de la responsabilidad objetiva que explícitamente proclama la Directiva del Consejo, 85/374/CEE, de 25 de julio (LCEur 1985, 712), que ha sido posteriormente desarrollada por la Ley 22/1994, de 6 de julio (RCL 1994, 1934), de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos».

La aplicación de una u otra Ley dio lugar, en su momento, al planteamiento de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, cuestión que fue resuelta en sentido de considerar aplicable la LPD. En tal sentido, según señala la STJCE de Luxemburgo, Sala 5.ª, de fecha 25 de abril de 2002 (TJCE 2002, 141), respecto de dicha cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 5 de Oviedo (España), en un asunto judicial suspendido al efecto, «Mediante su cuestión, el órgano jurisdiccional remitente solicita esencialmente que se dilucide si el artículo 13 de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que los derechos que confiere la legislación de un Estado miembro a los perjudicados por los daños causados por productos defectuosos pueden verse limitados o restringidos tras la adaptación del ordenamiento jurídico interno de dicho Estado a la Directiva». Dicho artículo 13 dispone que «La presente Directiva no afectará a los derechos que el perjudicado pueda tener con arreglo a las normas sobre responsabilidad contractual o extracontractual o con arreglo a algún régimen especial de responsabilidad existentes en el momento de la notificación de la presente Directiva». Según señala también la Sentencia, «Mediante su cuestión, el órgano jurisdiccional remitente solicita esencialmente que se dilucide si el artículo 13 de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que los derechos que confiere la legislación de un Estado miembro a los perjudicados por los daños causados por productos defectuosos pueden verse limitados o restringidos tras la adaptación del ordenamiento jurídico interno de dicho Estado a la Directiva», y lo hace partiendo de que «considera probado que los hechos que originaron el litigio se incluyen en el ámbito de aplicación material y temporal tanto de la Ley 26/1984 (RCL 1984, 1906), como de la Ley 22/1994»; señala también que «Tras efectuar un análisis de ambos textos legales, el órgano jurisdiccional remitente llegó a la conclusión de que los derechos que los consumidores y los usuarios pueden invocar con arreglo a la Ley 26/1984 son más amplios que los que poseen los perjudicados conforme a la Ley 22/1994 (RCL 1994, 1934) y que, en consecuencia, la adaptación del Derecho interno a la Directiva efectuada por esta última Ley supuso que se redujeran los derechos de que disfrutaban los interesados en el momento de la notificación de dicha Directiva». Según se expone, asimismo, en la Sentencia, «procede destacar en primer lugar que, tal como se desprende de su primer considerando, la Directiva, al establecer un régimen armonizado de responsabilidad civil de los productores por los daños causados por productos defectuosos, pretende garantizar una competencia no falseada entre los operadores económicos, facilitar la libre circulación de las mercancías y evitar que existan diferentes grados de protección de los consumidores. 27. En segundo lugar, debe señalarse que, a diferencia, por ejemplo, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 (LCEur 1993, 1071), sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, la Directiva no contiene ninguna disposición que autorice expresamente a los Estados miembros a adoptar o a mantener, en las materias que regula, disposiciones más estrictas para garantizar a los consumidores un grado de protección más elevado. 28. En tercer lugar, ha de observarse que el hecho de que la Directiva prevea ciertas excepciones o se remita en algunos aspectos al Derecho nacional no significa que, en las materias que regula, la armonización no sea completa. En efecto, si bien los artículos 15, apartado 1, letras a) y b), y 16 de la Directiva permiten que los Estados miembros se aparten de las normas que aquélla prevé, esta posibilidad de introducir excepciones sólo es posible en algunos aspectos taxativamente enumerados y se concibe en términos estrictos. Además, tal posibilidad queda supeditada, en particular, a requisitos de evalua-

ción, con el fin de obtener la mayor armonización a la que se refiere expresamente el penúltimo considerando de la Directiva. Como ejemplo de este sistema de armonización evolutiva cabe citar la Directiva 1999/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de mayo de 1999, por la que se modifica la Directiva 85/374 (LCEur 1985, 712), que, al incluir los productos agrícolas en el ámbito de aplicación de la Directiva, suprimió la opción abierta por el artículo 15, apartado 1, letra a), de ésta. 30. En estas circunstancias no puede interpretarse el artículo 13 de la Directiva en el sentido de que deja a los Estados miembros la posibilidad de mantener un régimen general de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos distinto del previsto en la Directiva. 31. La referencia del artículo 13 de la Directiva a los derechos que el perjudicado pueda tener con arreglo a las normas sobre responsabilidad contractual o extracontractual debe interpretarse en el sentido de que el régimen previsto por dicha Directiva, que, conforme a su artículo 4, permite al perjudicado solicitar una indemnización siempre que pruebe la existencia del daño, el defecto del producto y la relación de causalidad entre el defecto y el daño, no excluye la aplicación de otros regímenes de responsabilidad contractual o extracontractual que se basen en fundamentos diferentes, como la obligación de saneamiento por vicios ocultos o, la culpa. 32. Asimismo, debe considerarse, con arreglo a la tercera frase del decimotercer considerando de la Directiva, que la referencia del artículo 13 a; los derechos que el perjudicado pueda tener con arreglo a otros regímenes especiales de responsabilidad existentes en el momento de la notificación de la Directiva se refiere a un régimen específico, limitado a un determinado sector de producción (véanse las sentencias dictadas hoy Comisión/Francia, C-52/00, aún no publicada en la Recopilación, apartados 13 a 23, y Comisión/Grecia, C-154/00, aún no publicada en la Recopilación, apartados 9 a 19). 33. Por el contrario, procede estimar que un régimen de responsabilidad del productor que tenga el mismo fundamento que el establecido por la Directiva y no se limite a un determinado sector de producción no constituye uno de los regímenes de responsabilidad a que se refiere el artículo 13 de la Directiva. En consecuencia, no puede, en tal caso, invocarse esta disposición para justificar el mantenimiento de disposiciones nacionales que dispensen una protección superior a la garantizada por la Directiva». En ese sentido, «procede responder a la cuestión planteada que el artículo 13 de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que los derechos que los perjudicados por los daños causados por productos defectuosos tuvieran reconocidos conforme a la legislación de un Estado miembro, en virtud de un régimen general de responsabilidad que tenga el mismo fundamento que el establecido por esta Directiva, pueden verse limitados o restringidos como consecuencia de la adaptación del ordenamiento jurídico interno de dicho Estado a lo dispuesto en la mencionada Directiva».

En consecuencia, en virtud de la especialidad, la cuestión litigiosa debe ser examinada a la luz de los preceptos de la LPD (RCL 1994, 1934), máxime cuando la Disposición Final Primera de la LPD dispone que «Los artículos 25 a 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio (RCL 1984, 1906), General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, no serán de aplicación a la responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos incluidos en el artículo 2 de la presente Ley», entre los cuales cabe incluir los medicamentos, según resulta de lo previsto en el artículo 6.3 LPD. Debe tenerse en cuenta, además, lo dispuesto en el artículo 10 LPD acerca de que «1. El régimen de responsabilidad civil previsto en esta Ley comprende los supuestos de muerte y las lesiones corporales, así como los daños causados en cosas distintas del propio producto defectuoso (...) 2. Los demás daños y perjuicios, incluidos los daños morales, podrán ser resarcidos conforme a la legislación civil general».

[Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm 12 de Barcelona, de 27 de septiembre de 2006. Ponente: Ilma. Sra. D.^a Marta del Valle García.]

F.: Aranzadi Westlaw.

2007-58

DERECHO COMUNITARIO.—Principio de interpretación conforme. Alegación de Comunicación de la Comisión. Aplicación Derecho Originario.*Fundamentos de Derecho*

[...]

Cuarto [...]

Es cierto que las partes alegarán, el hecho de que la Directiva Europea, es una norma de resultado que debe de estar transpuesta, para que vincule a los Tribunales, pero, en esta materia de Competencia y aplicación de las normas comunitarias, se toma en consideración la Comunicación de la Comisión relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la Unión Europea para la aplicación de los artículos 81 y 82 CE (RCL 1999, 1205 ter), publicado en el DOUE, de 27 de abril de 2004 (LCEur 2004, 2169), donde establece que «De acuerdo con el Tribunal de Justicia cuando, con arreglo al Derecho nacional, los órganos jurisdiccionales, deben aducir de oficio los fundamentos de Derecho basados en una norma interna de naturaleza imperativa, que no ha sido invocada por las partes, esta obligación se impone igualmente cuando se trata de normas comunitarias imperativas tales como las normas comunitarias de la competencia» (página C101/54); es decir, que el Órgano jurisdiccional que debe interpretar la norma está obligado a hacer todo lo posible, para alcanzar el resultado de la Directiva, de tal forma que las normas internas sean conformes con los objetivos de la Directiva (Informe del Abogado General Excmo. Sr. don Dámaso Ruiz Jarabo Colomer, de 6 de mayo de 2003); cuyo contenido se refleja en la STJCE de 5 de octubre de 2004 (TJCE 2004, 272), cuando refleja y, corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales, en particular, asegurar la protección jurídica que se deriva para los justiciables de las disposiciones del Derecho comunitario y garantizar su pleno efecto». Este hecho se denomina una interpretación conforme, que refleja la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2006, donde de una forma sistemática y adecuada, indica toda la Jurisprudencia existente sobre la interpretación conforme de las normas internas con las Directivas Europeas.

Por tanto éste es el motivo por el cual se toma una interpretación de las Directivas existentes, sobre el presente proceso.

[...]

En el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, artículos 81 y 82, publicado en el Diario Oficial de la Comunidad Europea, de 24 de diciembre de 2002, establece las incompatibilidades entre empresas, en el mercado, y en este sentido la STS de 2 de junio de 2000 (RJ 2000, 5092), (Caso Diga), reconoce al Juez nacional la competencia para apreciar el alcance y consecuencias de la totalidad de las relaciones que se puedan derivar de un contrato.

[...]

Sexto [...]

Por todo ello, se debe de resolver el proceso, tomando en consideración en primer lugar lo establecido por las partes en los distintos contratos, lo establecido por las disposiciones legales aplicables al caso, y por último la interpretación existente sobre la material, en Directivas Europeas, como norma interpretadora, si procede.

[Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de la Comunidad de Madrid, Madrid, núm. 206/2006 (núm. 54), de 17 de julio. Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Toro Peña.]

F.: Aranzadi Westlaw.

R.E.D.I., vol. LIX (2007), 2