

#### A) JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA EN MATERIA DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO\*

Coordinación a cargo de  
Paula GARCÍA ANDRADE  
Profesora Colaboradora Asistente  
Universidad Pontificia Comillas

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. PRESENTACIÓN GENERAL.—3. COMENTARIOS DE SENTENCIAS.—3.1. Jurisdicción universal y principio de subsidiariedad.—3.2. Represión del tráfico de estupefacientes en alta mar.—3.3. Lucha contra el terrorismo yihadista.—3.4. El derecho a la educación post-obligatoria de los extranjeros en España.—3.5. Delito de injurias a la Corona: los límites al ejercicio legítimo de la libertad de expresión y la libertad ideológica.—3.6. Denegación de acercamiento de presos que no vulnera derechos fundamentales reconocidos en normas internacionales, especialmente el derecho a la vida familiar.—3.7. El principio de no regresión en el estándar de protección ambiental.—3.8. Responsabilidad del Estado y prohibición de la munición de racimo.

#### 1. INTRODUCCIÓN

1. La presente crónica comprende la jurisprudencia recaída desde julio hasta diciembre de 2015, y sigue los criterios aplicados en crónicas precedentes, es decir, destacando las referencias a los pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales y del Tribunal Constitucional (TC) que contienen elementos relevantes de Derecho internacional público (DIP). En concreto, en esta crónica se consideran las decisiones tanto

---

\* Desde el núm. 2 de 2014, esta crónica de jurisprudencia está a cargo de un equipo compuesto por cuatro coordinadores: Belén Sánchez Ramos (Profesora Contratada Doctora de la Universidade de Vigo), Jorge Antonio Quindimil (Profesor Contratado Doctor de la Universidade da Coruña), Gabriela A. Oanta (Profesora Contratada Doctora de la Universidade da Coruña) y Paula García Andrade (Doctora, Profesora Colaboradora Asistente, Universidad Pontificia Comillas, Madrid), bajo la dirección de José Manuel Sobrino Heredia (Catedrático de la Universidade da Coruña). Cada crónica se elabora bajo la responsabilidad de uno de los coordinadores.

del TC, como del Tribunal Supremo (TS), la Audiencia Nacional (AN) y los Tribunales Superiores de Justicia (TSJ), así como, cuando resulten especialmente de interés, de las Audiencias Provinciales (AP).

2. La crónica, que está estructurada conforme al índice que precede a esta *Introducción*, presenta, en primer lugar, un panorama general de los pronunciamientos de los distintos órganos judiciales en los que se ha prestado atención a la aplicación del ordenamiento jurídico internacional como parte del ordenamiento jurídico español, pero sin que ello representase un cambio importante en la doctrina de dichos órganos. Y, en segundo lugar, se incorporan una serie de comentarios más amplios de aquellos pronunciamientos judiciales que han sido objeto de un tratamiento particularizado al resultar estos especialmente interesantes desde la perspectiva del DIP. Como es habitual, el mayor número de pronunciamientos están relacionados con la aplicación e interpretación de distintos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos con múltiples referencias al Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). No obstante, cabe señalar que en esta crónica nos referimos, también, a aquellas resoluciones que abordan otros temas de interés, como: la jurisdicción universal, las cuestiones de extranjería, el Derecho del mar, las obligaciones convencionales contraídas por España y el terrorismo, entre otras.

## 2. PRESENTACIÓN GENERAL

1. Durante este semestre, el TS y la AN han conocido, como ya viene siendo habitual, de diversos asuntos relativos al *principio de jurisdicción universal*, como consecuencia de la entrada en vigor, el 15 de marzo de 2014, de la Ley Orgánica (LO) 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En lo que se refiere al TS, en esta ocasión, el Alto Tribunal ha dictado una sentencia (STS 3992/2015, de 24 de septiembre) relativa a supuestos delitos de genocidio, tortura y crímenes contra la humanidad por hechos ocurridos en Ruanda y la República Democrática del Congo, y por la que se desestima el recurso interpuesto, confirmando la exclusión de la jurisdicción española, pero se especifica que el sobreseimiento de la causa no es definitivo, sino la modalidad especial de sobreseimiento prevenida en la Disposición transitoria única de la LO 1/2014. El TS ha emitido asimismo dos autos (ATS 5751/2015, de 1 de julio, y ATS 8634/2015, de 20 de octubre) que versan sobre la oposición entre el principio de jurisdicción universal y el principio de subsidiariedad y que son objeto de un comentario más desarrollado en el apartado 3.1 de esta misma crónica.

2. La AN, por su parte, ha emitido diversos pronunciamientos en relación con el caso *Couso* y el caso *Guantánamo*, procediendo en el primero de ellos a examinar el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad de la LO 1/2014 y el sobreseimiento del caso y descartando, en el segundo, la práctica de diligencias de investigación.

3. En cuanto al caso *Couso* (véase el comentario de SÁNCHEZ RAMOS, B., *REDI*, vol. LXVI, 2014, núm. 2, pp. 181-183), la Sección 3.ª de la Sala de lo Penal de la AN se pronuncia, en un Auto de 24 de noviembre (ROJ: AAN 215/2015) sobre el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad contra los arts. 23.4, 5 y 6 y la DT única de la LO 1/2014 relativa a la justicia universal y sobre el sobreseimiento del caso. En cuanto a la cuestión de inconstitucionalidad, el citado Auto de la AN se

remite a la STS de 24 de septiembre de 2015, en la que ya se abordó la cuestión de constitucionalidad del art. 23 de la LOPJ, incluida su disposición transitoria, y en la que el citado Tribunal concluyó que el art. 23 LOPJ no vulnera el Derecho de los Tratados en la medida en que «[...] la regulación legal de la Jurisdicción Universal en España es fruto de una evolución en la que una actividad jurisdiccional expansiva por parte de la Audiencia Nacional ha situado a nuestro país como polo de atracción para procedimientos en los que los presuntos autores no se encontraban en nuestro territorio y no existían criterios relevantes de conexidad, lo que provocó una doble reacción legislativa para establecer un criterio cada vez más restrictivo. Este criterio legal se cuestiona por la parte recurrente enfrentándolo a los Tratados. Pero se olvida que el protagonismo de la jurisdicción española en esta materia no venía impuesto por los Tratados, lo que habría determinado que todos los países estableciesen el mismo modelo de jurisdicción universal absoluta o *in absentia*, sino por nuestra legislación interna, por lo que debe modificarse cuando cambia dicha legislación. En realidad los Tratados, que configuran el Derecho penal internacional convencional aplicable al caso, no establecen con carácter imperativo la necesidad de establecer en cada Estado firmante un modelo de Jurisdicción Universal absoluta e incondicionada, como ya se ha señalado y se razona extensamente en la STS 296/2005, de 6 de mayo, a la que nos remitimos, por lo que no se puede apreciar que la LO 1/2014 esté en contradicción con ellos, con independencia de la opinión personal o doctrinal más o menos crítica que pueda sostenerse respecto de esta norma» (FJ 2). Por otra parte, y en cuanto al sobreseimiento del caso, el Auto se remite a la STS 296/2015, de 6 de mayo, para dictaminar que estamos ante un «sobreseimiento especial» dado que «el sobreseimiento prevenido en la disposición transitoria única de la LO 1/2014, constituye una modalidad especial de sobreseimiento establecido en una norma con rango de Ley Orgánica, que no tiene que corresponderse necesariamente con los requisitos prevenidos en la LECrim para las modalidades de sobreseimiento en ella establecidas. Se trata de una modalidad autónoma y específica de sobreseimiento que exige unas condiciones determinadas, que posee un fundamento concreto, la falta de jurisdicción, y que tiene unos efectos similares al sobreseimiento provisional, pues, una vez archivado el procedimiento, si en algún momento posterior se constata que concurren los requisitos para activar la jurisdicción española en el delito enjuiciado, por ejemplo la presencia de los acusados en territorio, el sobreseimiento quedará sin efecto, y el procedimiento debe reiniciarse» (FJ 4).

4. En relación con el caso *Guantánamo*, el Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de la AN, en su Auto de 17 de julio (ROJ: AAN 146/2015), inadmitió la práctica de las diligencias de investigación solicitada por el *Center for Constitutional Rights* de Nueva York y el *European Center for Constitutional and Human Rights* de Berlín, con la finalidad de averiguar la identidad de los agentes del Cuerpo Nacional de Policía que se desplazaron al Centro de Detención de Guantánamo con el fin de interrogar a varios de los allí detenidos durante los días 22 y 23 de julio de 2002, y que se les cite seguidamente en calidad de imputados. Y ello fundamentalmente porque, tal y como se pone de manifiesto en el FJ 4, «en primer lugar, es evidente que estas personas no tuvieron personalmente bajo su guarda y custodia a los detenidos a los que interrogaron; no autorizaron ni practicaron los actos de tortura que se describen en la querrela; no diseñaron ni ejecutaron un plan sistemático de torturas o malos tratos inhumanos o degradantes en contra de los prisioneros; no tuvieron responsabilidad alguna sobre la custodia de todos los prisioneros que estaban en el Centro de Detención; no participaron en su captura, detención y traslado hasta dicho Centro. En segundo lugar, no consta indicio alguno de que durante los dos días que estuvieron en esta

Base, los agentes de la UCIE fueran partícipes en esta situación. Es decir, no consta indicio alguno de que cooperaran, apoyaran, ayudaran, auxiliaran o colaboraran en forma alguna con quienes tenían la custodia de estas personas, o con quienes pudieran haber intervenido en la práctica de actos de tortura, en la ejecución de torturas o malos tratos inhumanos, en el diseño de planes sistemáticos con tal finalidad, o en la captura, detención y traslado a dicho Centro. En tercer lugar, tampoco consta indicio alguno de que los agentes de la UCIE hayan amparado esta situación, es decir, que hayan amparado la comisión de actos de tortura o malos tratos. Desde luego, ello no se deduce de la circunstancia de que fueran citados oficialmente por el Juzgado Central de Instrucción o por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional para comparecer como testigos en la instrucción y luego en el juicio oral celebrado sobre estos hechos. No es posible admitir, por tanto, como sostiene la acusación solicitante en su escrito, en referencia a los agentes de la UCIE, que en los hechos objeto de tortura y tratos inhumanos y degradantes que supuestamente pudieron incurrir en Guantánamo, “habrían participado, igualmente, funcionarios españoles”. Por último, tampoco existe elemento alguno que permita considerar que estos agentes, ahora ya como testigos, tuvieran conocimiento de las concretas circunstancias en que tuvo lugar la detención de los querellantes y su traslado a Guantánamo, ni que tuvieran conocimiento de los hechos que pudieron tener lugar durante su permanencia en la base naval, más allá del hecho objetivo de que durante los días 22 y 23 de julio de 2002 sometieron a los querellantes a un interrogatorio voluntariamente aceptado».

5. Respecto de la comisión de *ilícitos en el mar*, deben destacarse dos sentencias relativas a la atribución de jurisdicción penal (ROJ: STS 4587/2015, de 11 de noviembre, y STS 5245/2015, de 14 de diciembre), en relación con la aplicación del Tratado entre España y Portugal para la Represión del Tráfico Ilícito de Drogas en el Mar. En la primera de ellas, el TS se ha pronunciado respecto del alcance de la jurisdicción española sobre un buque que enarbolaba pabellón portugués sospechoso de realizar actividades de tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas en alta mar, abordado por el Servicio de Vigilancia Aduanera español a petición de las autoridades portuguesas. Así, en su Sentencia de 11 de noviembre, el TS examina la jurisdicción preferente del Estado del pabellón, así como otros elementos jurídicos relacionados con la nacionalidad del buque, siendo objeto de un comentario más amplio en el apartado 3.2 de esta crónica.

6. En materia de *terrorismo internacional* y, más específicamente, en relación con el *terrorismo yihadista* cabe apuntar, entre otros, el Auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 4 de la AN, de 5 de noviembre (ROJ: AAN 2009/2015), en el que se acuerda el ingreso en prisión comunicada e incondicional del acusado dado que, tal y como se desprende de las investigaciones llevadas a cabo, formaría parte de una red yihadista radical operativa en España y disponible tanto para cometer atentados terroristas, como para cumplir con un extenso catálogo de actividades complementarias que igualmente sustentan la estrategia global de la organización terrorista islamista denominada *Daesh*, siendo el acusado, Ángel Daniel, el que ocuparía la parte más alta del grupo. De hecho, se ha podido determinar que Ángel Daniel ejerce una función de difusor de las consignas propias de la organización terrorista *Daesh* a través de las redes sociales. Consecuentemente, los hechos que se imputan constituirían, de ser ciertos, un delito de participación activa en organización terrorista, tipificado y penado por el art. 572.2 del Código Penal (CP), que tiene asignada una pena de seis a doce años de prisión, o de realización de actividades de captación y adoctrinamiento para incitar a incorporarse a organización terrorista, que lleva aparejado, en el art. 577 del CP, una pena de cinco a diez años de prisión.

7. También en el marco del *terrorismo yihadista* hemos de señalar la Sentencia de la Sala de lo Penal de la AN, de 23 de noviembre (ROJ: SAN 3736/2015), en la que se condena al acusado, de nacionalidad marroquí, por un *delito de enaltecimiento del terrorismo* (arts. 578 y 579 del CP). En este caso, el acusado, que se encontraba en situación administrativa irregular en España, publicitó a través de Internet, mediante la aplicación *YouTube*, un vídeo elaborado en todo o en parte por él mismo, titulado: «Así me ha enseñado el Imán de los Imanes Oussamma, que Allah lo acepte». A pesar de la alarma social que genera este tipo de delitos, la Sala, a la hora de imponer la condena, recuerda que «los hechos se produjeron en mayo del año 2011 y se refieren exclusivamente a un específico acto de enaltecimiento del terrorismo, mediante la confección y subida de un vídeo a *YouTube*, del que se tuvo conocimiento únicamente a través de las investigaciones policiales que se realizaron a partir de los datos resultantes de las observaciones telefónicas de que estaba siendo objeto. La tipología de los hechos, aunque se producen y tendrían relación con una situación que en la actualidad produce una extraordinaria alarma pública, a efectos de su valoración y consideración penal, y singularmente de la determinación de la pena, deben confinarse a los márgenes y reglas de aplicación del Derecho penal, empezando por el de legalidad penal en la vertiente de la certeza de la pena, que establece la penalidad aplicable a las conductas penales definidas, lo que abarca una horquilla punitiva dentro de la que el aplicador de la pena debe moverse atendiendo fundamentamente a criterios objetivos y jurídicos, como es la de la apreciación jurídica de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, que determinarían que la pena se establezca atendiendo en primer lugar a los criterios que se expresan en el art. 66.1 del CP. Por otra parte, dentro del marco de lo que los elementos configuradores del tipo penal y de lo que la norma penal aplicable castiga, lo que es cierto es que no es predicable una especial gravedad de la conducta atribuida al acusado. No dándose el caso de existencia de elementos cualificadores ni determinantes de una especial gravedad, la Sala considera que no tiene elementos que le permitan ir más allá de lo que debe ser la regla general del establecimiento o fijación en el grado medio de la pena cuando no existan circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, que en el presente caso será la de media entre la pena máxima de dos años y la mínima de un año, pronunciándose por la de un año y seis meses de prisión» (FJ 2).

8. Nuevamente en relación con el *terrorismo yihadista*, procede destacar la Sentencia de la Sala de lo Penal de la AN, de 2 de octubre (ROJ: SAN 3086/2015), por la que se condena a penas de entre diez y doce años de cárcel a los once integrantes de una célula yihadista asentada en Ceuta por *delito de integración en organización terrorista* y *delito de tenencia ilícita de armas de fuego*. En dicha sentencia, que es objeto de un comentario más extenso en el apartado 3.3 de esta crónica, se abordan cuestiones como la relevancia del Derecho internacional en el concepto y alcance de organización terrorista; la labor de Naciones Unidas en la elaboración de las listas de dichas organizaciones; la no aplicación del Derecho internacional humanitario a los actos terroristas; o el nuevo fenómeno del terrorismo individual.

9. En cuanto a los *delitos de genocidio y de lesa humanidad*, la Sala de lo Penal de la AN adoptó, el 24 de septiembre, tres Autos, núms. 406/2015, 407/2015 y 408/2015 (ROJ: AAN 161/2015, AAN 163/2015 y ANN 162/2015, respectivamente), en los que rechaza los recursos de la Asociación Dignidad y Justicia, la Fundación Luis Portero y Antonio Salvá para que los crímenes de ETA fueran considerados como genocidio y, en caso de ser calificados como lesa humanidad, el plazo investigado se iniciase a partir de julio de 1977, fecha de entrada en vigor del instrumento de ratificación por España del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) de 1966. La

AN acuerda investigar a los máximos dirigentes de ETA por un delito de lesa humanidad, en concurso con delitos de asesinato, por los crímenes cometidos a partir del 1 de octubre de 2004 hasta la actualidad. En cuanto a la argumentación desarrollada por la AN, hemos de destacar cómo el primero de los Autos mencionados (AAN 161/2015) reafirma que las acciones delictivas llevadas a cabo por ETA no reúnen los requisitos del delito de genocidio que figuran en el art. 607 CP y se responde, frente al argumento de que no se han aplicado los tratados internacionales suscritos por España, que «no basta la existencia de un Tratado para que las normas contenidas en ellos sean de aplicación inmediata por los jueces y tribunales españoles, sino que es necesario que expresamente se incorporen a nuestro derecho punitivo interno y solo así se estará respetando el principio de legalidad» (FJ 4). En el segundo Auto (AAN 163/2015), se descarta igualmente que las conductas de los responsables de ETA sean constitutivas de delito de genocidio, al no ser posible identificar a las víctimas como grupo nacional por compartir la nacionalidad con los querellados. Asimismo, se clarifica la distinción entre el delito de genocidio y los crímenes de lesa humanidad en el sentido de que, en estos últimos, la conducta se comete contra bienes jurídicos individuales en el marco de un ataque generalizado y sistemático contra la población civil, mientras que, en el delito de genocidio, se exige específicamente la finalidad de destrucción del grupo, extendiéndose además el Auto en los problemas de interpretación e identificación de «grupo nacional». Se rechaza nuevamente que puedan investigarse los hechos constitutivos de delito de lesa humanidad anteriores al 1 de octubre de 2004, fecha de entrada en vigor de la LO 15/2003 por la que se introduce el art. 607 bis del CP que recoge expresamente este tipo delictivo. El Auto de la AN deniega así la aplicabilidad directa de las normas internacionales alegadas por la parte recurrente, más concretamente, del PIDCP en tanto que «norma internacional de superior rango normativo en materia de Derechos Humanos, constituyendo el *ius cogens* o principios de Derecho internacional que no pueden ser contradichos por ninguna norma internacional o interna sobre la materia». Para ello, la AN cita extensamente la STS núm. 798/2007, de 1 de octubre (caso *Scilingo*) para recordar que la definición de los delitos contra el núcleo central de los derechos humanos esenciales, recogidos en las normas de Derecho internacional penal, fundamentalmente consuetudinarias, no es lo bastante precisa, aunque la esencia de las conductas prohibidas quede suficientemente establecida. No obstante, ello no puede conducir a la aplicación directa del Derecho internacional penal, «siendo necesaria una previa transposición operada según el Derecho interno, al menos en aquellos sistemas que, como el español, no contemplan la eficacia directa de las normas internacionales» y concluyendo que «el Derecho internacional consuetudinario no es apto según nuestras perspectivas jurídicas para crear tipos penales completos que resulten directamente aplicables por los Tribunales españoles» (FJ 2). Finalmente, frente al argumento de la parte recurrente de que, en caso de confirmarse que España no quiere o puede enjuiciar los crímenes de lesa humanidad anteriores a octubre de 2004, sería de aplicación el mecanismo subsidiario de la justicia universal ante el tercer Estado que mejor corresponda, la AN rechaza que dicho argumento pueda tener cualquier efecto en el procedimiento en cuestión, constituyendo no obstante un cauce legítimo de satisfacción de las pretensiones de las partes.

10. En relación con los *derechos de los extranjeros en España*, el TC ha examinado, en su Sentencia 155/2015, de 9 de julio, un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Navarra respecto del art. 9.2 de la LO 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en la redacción aportada por la LO 2/2009. Refiriéndose en su argumentación a diversos instrumentos internacionales de protección de los derechos fundamentales, el TC desestima el re-

curso al considerar que el precepto impugnado no prohíbe el acceso a la educación post-obligatoria a los extranjeros mayores de edad. Esta sentencia es objeto de un comentario más amplio en el apartado 3.4 de esta crónica.

11. Como es habitual, es también abundante la jurisprudencia de los TSJ y las AP en la que se cita el CEDH y la jurisprudencia del TEDH en procedimientos en materia de *extranjería*, especialmente aquellos relativos a la *reagrupación familiar*. Así, hallamos de nuevo diversas sentencias de TSJ en las que se analizan recursos contencioso-administrativos presentados contra denegaciones de visado de reagrupación familiar a hijos o progenitores extranjeros de nacionales españoles. En estos asuntos, encontramos idénticas referencias a la Directiva 2004/38, a la jurisprudencia del TJUE sobre dicha norma, así como al art. 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE y al art. 8 del CEDH sobre el derecho al respeto de la vida privada y familiar y la jurisprudencia del TEDH sobre este último precepto, desarrollándose argumentaciones muy similares a las ya relatadas en la crónica anterior (véanse, por ejemplo, STSJ de Madrid núm. 805/2015, de 20 de julio; STSJ de Madrid núm. 868/2015, de 14 de septiembre; STSJ de Madrid núm. 958/2015, de 5 octubre; o STSJ de Madrid núm. 968, de 9 de octubre). Asimismo, cabe destacar pronunciamientos en los que se estiman recursos contencioso-administrativos contra decisiones de delegaciones diplomáticas españolas y se declara el derecho a la reagrupación familiar solicitado por no constar indicios de la existencia de matrimonio fraudulento con el reagrupante, mencionándose también el art. 8 del CEDH y la jurisprudencia de Estrasburgo relativa a dicho precepto e incluyendo referencias a documentos oficiales de la Comisión y del Consejo de la UE en relación con los matrimonios de complacencia (STSJ de Madrid núm. 879/2015, de 18 de septiembre; STSJ de Madrid núm. 982/2015, de 9 de octubre; o STSJ de Madrid núm. 1082/2015, de 13 de noviembre, entre otras).

12. En materia de *asilo y refugio*, un semestre más, el TS ha dictado varias decenas de resoluciones relativas a solicitudes de asilo y de protección subsidiaria planteadas por nacionales de diversos países, siendo en su inmensa mayoría demandas inadmitidas o desestimadas. Sin embargo, también ha habido algún caso significativo en el que el TS decide estimar el recurso y revertir la decisión denegatoria de la Sala de instancia. En efecto, resulta interesante la sentencia en la que el TS decidió conceder el derecho de asilo a una nacional siria sobre la base de un informe emitido por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ROJ: STS 5211/2015, de 10 de diciembre).

13. En relación con los *derechos de la infancia*, el TS ha vuelto a emitir varias sentencias y autos en aplicación de la Declaración Universal de Derechos del Niño, el Convenio de Naciones Unidas de Derechos del Niño, las Observaciones del Comité de Derechos del Niño o la Carta Europea de Derechos del Niño. Entre otras, destaca la STS de 2 de diciembre (ROJ: STS 5220/2015), en la que se establece la prioridad del interés superior del menor en la interacción con los intereses de los padres biológicos en el contexto de un acogimiento preadoptivo. En relación con el interés del menor, el TS señaló en otra sentencia que este concepto había sido desarrollado en la reciente LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (ROJ: STS 4900/2015, de 26 de noviembre), procediendo a su aplicación como canon hermenéutico.

14. También en relación con el *interés superior del menor*, es, como siempre, abundante la jurisprudencia de los TSJ y las AP que se refiere a la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 en procedimientos relativos a la guarda, custodia, acogimiento y adopción de menores. Además, resulta interesante mencionar la STSJ

de Madrid (Sala de lo Social, Sección 1.<sup>a</sup>), núm. 625/2015, de 17 de julio (ROJ: STSJ M 8690/2015), por la que se estima un recurso de suplicación contra una sentencia del Juzgado de lo Social núm. 34 de Madrid y se concede al demandante el derecho a percibir la prestación de maternidad en su calidad de padre biológico de los menores nacidos, en Estados Unidos, por técnicas de reproducción asistida de *gestación por sustitución*. Para ello, el TSJ de Madrid desarrolla una argumentación presidida por el interés superior del menor y la equiparación por analogía entre esta situación y los supuestos de adopción y acogimiento, aplicando su jurisprudencia ya iniciada en 2012 y, especialmente, la STSJ (Sección 3.<sup>a</sup>), de 23 de diciembre de 2014. En esta hallamos referencias a diversos instrumentos internacionales como la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos (Conferencia General de la UNESCO de 19 de octubre de 2005) en relación con el respeto debido al consentimiento para la gestación; la Convención de Derechos del Niño de 1989, la Observación General núm. 14 de las Naciones Unidas de 2013 sobre la mencionada Convención, así como el CEDH y la jurisprudencia del TEDH a propósito del interés superior del menor; el art. 8 del CEDH en relación con el derecho a la vida familiar o algunos preceptos de la Ley 25/2014 de Tratados y otros Acuerdos Internacionales para recordar el valor de las normas internacionales en el ordenamiento interno. De esta manera, el TSJ puede afirmar que la gestante renunció a la titularidad de la relación jurídico parental a favor del padre biológico del menor y que la finalidad de la prestación de maternidad se relaciona no solo con el descanso obligatorio y voluntario derivado del parto, sino también, y de modo prioritario, con el necesario cuidado y atención al menor. De un modo muy similar se pronuncia la STSJ de Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1.<sup>a</sup>), núm. 4314/2015, de 1 de julio (ROJ: STSJ CAT 6998/2015), en relación también con la prestación de maternidad denegada al padre de dos menores nacidos por técnicas de reproducción de gestación por sustitución, prestación que es reconocida al estimarse el recurso de suplicación que esta sentencia aborda. Al fundamentarse en gran medida en la jurisprudencia de otros TSJ y, especialmente el de Madrid, encontramos las mismas referencias al Derecho internacional anteriormente mencionadas, si bien el TSJ de Cataluña presta especial atención además al régimen registral de la filiación en los supuestos de gestación por sustitución. El TSJ de Cataluña menciona también dos sentencias del TJUE de 18 de marzo de 2014 (asuntos C-167/12 y C-363/12), en las que el Tribunal de Luxemburgo considera que los Estados miembros no están obligados, en virtud de determinadas Directivas que favorecen el principio de igualdad de trato, a conferir un permiso de maternidad a una trabajadora en su calidad de madre subrogante o a una trabajadora incapacitada para gestar a un niño y que ha recurrido a un convenio de gestación por sustitución, rechazándose, sin embargo, la aplicación de tal argumentación por parte del TSJ, por ser la legislación europea en la materia de mínimos y, por tanto, mejorable por los Estados miembros.

15. En lo que respecta a la *protección de los derechos humanos*, hallamos referencias a diversos instrumentos internacionales en la materia en resoluciones pronunciadas por el TC durante este semestre, si bien, en la mayor parte de ellas, simplemente se menciona el texto internacional, sin que las sentencias entren a analizar disposiciones o preceptos concretos. Es el caso, en primer lugar, de la STC 194/2015, de 21 de septiembre, en la que tanto el recurrente en amparo como el TC se refieren al art. 14.5 del PIDCP en relación con el derecho a la doble instancia penal contra sentencias condenatorias por cuanto que las resoluciones anteriores habían tenido por desistido al recurrente por incomparecencia de su representación procesal y dirección letrada a la vista del recurso de apelación, estimándose el amparo solicitado. En relación con la especial trascendencia constitucional del recurso, el TC menciona asimismo la

STEDH de 20 de enero de 2015 (caso *Arribas Antón c. España*), la cual exige explicitar no solo los criterios de definición de dicho requisito, sino también su aplicación a los asuntos admitidos a trámite. En segundo lugar, la STC 152/2015, de 6 de julio, contiene una referencia al art. 14.1 del PIDCP y al art. 6.1 del CEDH al hilo de la argumentación relativa a la garantía de la independencia e imparcialidad que comporta el derecho al juez ordinario del art. 24.2 CE, que puede verse lesionado en el caso de una irregular determinación de los componentes de una Sala de justicia.

16. Siguiendo con la protección de los derechos humanos, el TC ha vuelto a prestar una atención destacada a la *jurisprudencia del TEDH* al referirse a la misma en 37 asuntos diferentes, pero sin situarse en una posición distinta a la expresada por el Tribunal de Estrasburgo. Se trata de SSTC 151/2015 y 153/2015, de 6 de julio; STC 155/2015, de 9 de julio; SSTC 161/2015, 162/2015, 163/2015, 164/2015, 165/2015, 166/2015, 168/2015, 170/2015, 171/2015, 172/2015, 173/2015, 174/2015, y 175/2015, de 20 de julio de 2015; STC 177/2015, de 22 de julio; SSTC 179/2015 y 182/2015, de 7 de septiembre; STC 184/2015, de 10 de septiembre; SSTC 188/2015, 190/2015, 191/2015, 192/2015, 193/2015 y 194/2015, de 21 de septiembre; SSTC 205/2015 y 206/2015, de 5 de octubre; SSTC 214/2015 y 218/2015, de 22 de octubre; SSTC 222/2015, 224/2015, 225/2015, 227/2015 y 228/2015, de 2 de noviembre; y STC 231/2015, de 5 de noviembre. Además, hemos de subrayar especialmente la STC 177/2015, de 22 de julio, por la que se resuelve un recurso de amparo solicitado por una supuesta vulneración de los *derechos fundamentales a la libertad de expresión y a la libertad ideológica* como consecuencia de una condena por delito de injurias a la Corona. Dicha sentencia, en cuya argumentación hallamos múltiples referencias a la jurisprudencia del TEDH en relación con las disposiciones del CEDH referidas a los derechos cuya violación se invoca, es objeto de un comentario más extenso en el apartado 3.5 de esta crónica.

17. Como es habitual también, la jurisprudencia de los TSJ y las AP contiene múltiples referencias al CEDH y a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en los ámbitos contencioso-administrativo y penal. En este semestre podemos destacar, por ejemplo, en relación con el *derecho a un proceso equitativo*, la SAP de Toledo (Sección 2.ª) núm. 98/2015, de 14 de julio (ROJ: SAP TO 693/2015), por la que se revoca una sentencia anterior del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Toledo que absolvía a los acusados de un delito contra la salud pública. En su sentencia, la AP de Toledo se fundamenta, en gran medida, en jurisprudencia del TEDH por la que se interpreta el art. 6 del CEDH en el sentido de que se hace indispensable garantizar el principio de audiencia pública en segunda o tercera instancia cuando haya de examinarse la culpabilidad o inocencia del acusado. No obstante, siguiendo también la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, se afirma que puede justificarse la ausencia de debate público en apelación en atención a las particularidades del procedimiento, la naturaleza del sistema de apelación interno, el alcance de los poderes del órgano de apelación, o la índole de las cuestiones a juzgar, de tal modo que el art. 6 CEDH no garantiza necesariamente el derecho a una vista pública, ni a comparecer personalmente en los debates. Sin embargo, el TEDH se ha pronunciado también en el sentido de que resulta indispensable contar con una audiencia pública cuando el Tribunal de apelación efectúa una nueva apreciación de los hechos estimados probados en primera instancia y los reconsidera, no siendo necesaria dicha audiencia *a sensu contrario* «cuando el Tribunal *ad quem* se limite a efectuar una interpretación jurídica diferente respecto a la realizada en la instancia anterior» (FJ 3). Por otra parte, la SAP de Toledo alude también al Derecho internacional a la hora de la delimitación del objeto de la conducta típica del art. 368 del CP, integrando la expresión drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas por remisión a las Listas I, II y IV de la Convención Única de

las Naciones Unidas sobre estupefacientes, firmada en Nueva York el 30 de marzo de 1961 y enmendada por el Protocolo de Ginebra de 1972, así como a la lista aneja al Convenio sobre Psicotrópicos, hecho en Viena el 21 de febrero de 1971.

18. En relación con el *derecho a la vida familiar*, cabe subrayar también el AAN, de 29 de octubre (ROJ: AAN 199/2015), por el que se deniega el traslado penitenciario solicitado por un preso perteneciente a la banda terrorista ETA, con el fin de ser ubicado en un centro lo más próximo posible a su domicilio familiar. La argumentación contenida en dicho Auto así como en el voto particular que lo acompaña se fundamenta en diversas normas internacionales relativas a los derechos de los internos penitenciarios y, en particular, en el CEDH y la jurisprudencia de Estrasburgo por lo que se refiere especialmente al derecho a la vida familiar. Dicho Auto es objeto de un comentario en el apartado 3.6 de la presente crónica.

19. En materia de *transporte marítimo*, hallamos pronunciamientos a destacar como la SAP de Islas Baleares núm. 306/2015, de 8 de octubre (ROJ: SAP IB 1783/2015), cuya argumentación se funda en diversas normas internacionales convencionales como el Convenio Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Abordaje, firmado en Bruselas el 23 de septiembre de 2010; el Convenio Internacional sobre Limitación de Responsabilidad por Reclamaciones de Derecho Marítimo, hecho en Londres el 19 de noviembre de 1976 y enmendado por Protocolo de 2 de mayo de 1996; el Convenio internacional sobre unificación de ciertas reglas en materia de transporte de pasajeros por mar, firmado en Bruselas el 29 de abril de 1961, así como el Convenio internacional sobre unificación de ciertas reglas en materia de transporte de equipaje de pasajeros por mar, firmado en Bruselas el 27 de mayo de 1967.

20. Cabe mencionar también la STC 196/2015, de 24 de septiembre, la cual estima, si bien por razones no vinculadas al Derecho internacional, un recurso de inconstitucionalidad planteado por el Consejo de Gobierno de la Generalitat Valenciana respecto de la DF 1.ª del Real Decreto-Ley 12/2011, de 26 de agosto, por el que se modificaba la Ley de Enjuiciamiento Civil con el fin de proceder a la aplicación, en el ordenamiento español, del Convenio Internacional sobre el embargo preventivo de buques, hecho en Ginebra el 12 de marzo de 1999.

21. En materia de *medio ambiente*, hemos de subrayar la STC 233/2015, de 5 de noviembre, por la que se resuelve el recurso de inconstitucionalidad planteado contra determinadas disposiciones de la Ley 2/2013 de protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley 22/1988 de Costas. Esta sentencia, en la que destacan especialmente la problemática de las dunas y el principio de no regresión en el estándar de protección ambiental, es objeto de un comentario detallado en el apartado 3.7 de esta crónica.

22. Por otra parte, el TS se ha pronunciado en varias sentencias sobre la eventual *responsabilidad del Estado* por posible incumplimiento de normas internacionales y europeas en ámbitos diferentes, como en materia de distribución de energía eléctrica (STS 3872/2015, de 11 de septiembre), de concesiones para transporte marítimo (STS 4476/2015, de 13 de octubre), sobre fiscalidad de no residentes y fondos de inversión (STS 4652/2015, de 22 de octubre), o sobre la prohibición de la munición de racimo (STS 5006/2015, de 30 de noviembre). Esta última, relacionada con la Convención sobre Municiones en Racimo de 30 de mayo de 2008, es objeto de un comentario en el apartado 3.8 de la presente crónica.

23. En materia de *inmunidad de jurisdicción*, cabe destacar la STSJ de Madrid (Sala de lo Social, Sección 6.ª) núm. 586/2015, de 14 de septiembre (ROJ: STSJ

M 10428/2015), por la que se examina un recurso contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 8 de Madrid que declaró improcedente el despido de un trabajador de la Embajada de Turquía en España. El TSJ de Madrid entiende que resulta de aplicación el Reglamento núm. 44/2001 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil por constituir la embajada un «establecimiento» y tener, por tanto, el demandado su domicilio en un Estado miembro de la UE, sin que la cláusula de sumisión a los tribunales turcos, contenida en el contrato de trabajo, pueda tener por efecto excluir dicho fuero. Para llegar a estas conclusiones, el TSJ cita extensamente la STJUE de 19 de julio de 2012 (asunto C-154/2011), que se refiere a la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961 y se extiende sobre la institución de la inmunidad de jurisdicción, excluida en supuestos como este por tratarse de actos realizados *iure gestionis*. Pese a ello, el TSJ de Madrid decide finalmente anular la sentencia de instancia por proceder la inhibición de los tribunales españoles a favor de los turcos, ante los que el demandante había presentado la primera demanda contra la Embajada de Turquía.

24. Por último, en cuanto al *Derecho de la Unión Europea*, su aplicación es habitual por parte del TS en multitud de casos. A lo largo de este semestre, además de las frecuentes referencias a normas comunitarias y sentencias del TJUE en el ámbito fiscal, de sociedades o del medio ambiente, cabe destacar sentencias relativas a la *acumulación de condenas* (SSTS 5267/2015 y 10689/2015, de 14 de diciembre; 5131/2015, de 3 de diciembre; 4456/2015, de 19 de octubre, o 4241/2015, de 27 de septiembre) y al *derecho de establecimiento y a la libre prestación de servicios* con motivo de la adhesión de Croacia (STS 4389/2015, de 27 de octubre).

25. Si bien la presente crónica no ha de ser el lugar en que se preste una atención detallada a la jurisprudencia del TC que aborda cuestiones de *Derecho de la UE*, hemos de subrayar una sentencia del TC que, por su especial trascendencia, merece nuestra atención. Se trata de la STC 232/2015, de 24 de noviembre, en la que se estima un recurso de amparo presentado por un profesor de educación secundaria contra una sentencia del TSJ de Madrid que le había denegado el reconocimiento de los sexenios solicitados por ser funcionario interino y no funcionario de carrera. La aplicación directa de la Directiva 1999/70 relativa al acuerdo marco de la Confederación Europea de Sindicatos, la Unión de Confederaciones de la Industria Europea y el Centro Europeo de la Empresa Pública sobre el trabajo de duración determinada; el seguimiento de la jurisprudencia del TJUE relacionada con asuntos semejantes (SSTJ de 13 de septiembre de 2007, *del Cerro Alonso*, C-307/05; de 22 diciembre de 2010, *Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres*, C-444/09 y 456/09) e incluso idénticos (ATJ de 9 de febrero de 2012, *Lorenzo Martínez*, C-556/11); y la eventual necesidad del planteamiento de una cuestión prejudicial son cuestiones centrales de Derecho de la UE que figuran tanto en las argumentaciones de las partes como en la respuesta del TC. Permitiéndole este asunto desarrollar su doctrina sobre la relevancia constitucional del incumplimiento del Derecho de la UE, el TC recuerda que ni el art. 93 de la CE a través del que se instrumenta la integración europea, ni el principio de primacía del Derecho de la UE han dotado a las normas de dicho ordenamiento de «rango y fuerza constitucionales», lo que no significa que deba abstenerse el TC de valorar los actos de los poderes públicos que aplican Derecho de la UE o se plantee su posible contradicción con este, valoración que versará sobre si se ha producido una vulneración de los derechos fundamentales. El TC aprovecha también para reiterar su controvertida doctrina según la cual dejar de aplicar una ley interna supuestamente contraria al Derecho de la UE sin plantear cuestión de inconstitucionalidad ni cuestión prejudicial vulneraría el derecho a un proceso con todas las garantías si existen dudas claras

sobre la supuesta contradicción; mientras que aplicar dicha ley nacional sin plantear una cuestión prejudicial no sería contrario al art. 24 de la CE cuando dicha decisión sea fruto de una exégesis racional de legalidad ordinaria. Ahora bien, entiende que corresponde al TC velar por el respeto del principio de primacía del Derecho de la UE cuando ya exista una interpretación auténtica efectuada por el TJUE, dando lugar el desconocimiento y preterición de esa norma interpretada por el Tribunal de Justicia a una violación del derecho a la tutela judicial efectiva. Por ello, considerando que el Tribunal de Luxemburgo se había pronunciado ya sobre la interpretación del principio de no discriminación contenido en el art. 4.1 de la Directiva 1999/70 con ocasión de cuestiones prejudiciales planteadas por jueces españoles y, singularmente, en un asunto relativo a una reclamación del todo idéntica a la presente y que esta jurisprudencia era conocida y formaba parte del debate ante el TSJ, el TC concluye que se ha vulnerado el principio de primacía del Derecho de la Unión al no haberse aplicado la Directiva 1999/70 tal y como había sido interpretada por el TJUE, sin siquiera haber citado ni valorado el TSJ la jurisprudencia aplicable, que no precisaba, según el TC, de una nueva cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia por tratarse de un «acto aclarado», siguiendo la «doctrina Cilfit».

### 3. COMENTARIOS DE SENTENCIAS

#### 3.1. Jurisdicción universal y principio de subsidiariedad

**JURISDICCIÓN UNIVERSAL.—Competencia de la jurisdicción española.—Subsidiariedad.—LOPJ.—LO 1/2014.—Extraterritorialidad.—Exposiciones razonadas.—Delitos de lesa humanidad.**

**Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 1 de julio de 2015 (ROJ: ATS 5751/2015).** Ponente: Francisco Monterde Ferrer.

**Referencia Centro de Documentación Judicial (Id. Cendoj) 28079120012015201505.**

**Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), de 20 de octubre de 2015 (ROJ: ATS 8634/2015).** Ponentes: Alberto Gumersindo y Jorge Barreiro.

**Referencia Centro de Documentación Judicial (Id. Cendoj) 28079120012015202119.**

1. Los dos autos analizados tratan sobre la oposición entre el principio de justicia universal y el principio de subsidiariedad, y sobre su aplicación en Derecho español tras las modificaciones aportadas por la nueva LO 1/2014, de 13 de marzo de 2009, que viene a modificar la versión precedente de la LOPJ 6/1985, que había hecho lo propio con la redacción inicial de esta ley.

2. Se parte, en ambos casos, de la existencia en otros países de procedimientos investigando hechos objeto de la instrucción en España, y de sus consecuencias ante los tribunales españoles, que deben mantener o renunciar a su competencia en el marco legislativo interno y normativo internacional.

3. El principio de subsidiariedad se contraponen al de justicia universal y se funda sobre la preferencia de unos tribunales frente a otros, afirmando una mayor solidez de la competencia de estos. Está regulado por la nueva versión de la ley y se inspira en el principio de complementariedad ante la Corte Penal Internacional, que permite

a esta tener una cierta tutela con respecto a los tribunales nacionales y decidir en qué casos le corresponde actuar de manera subsidiaria en sustitución de estos últimos. Tal función es igualmente asumida por el TS con respecto a la administración de justicia en otros países, lo que le obliga a una cierta «prudencia», que cita explícitamente.

4. En efecto, en aplicación del principio de subsidiariedad, la LOPJ dispone por un lado que se excluye la competencia de los tribunales españoles en una serie de supuestos, y por otro lado que, si se reúnen ciertas condiciones, la competencia se mantiene para permitir la realización de los objetivos primordiales de estas normas. Se trata concretamente la lucha contra la impunidad. Dicho de otra manera, por un lado se impone el principio de subsidiariedad, por otro lado el de justicia universal, según las circunstancias y especialmente según la apreciación de estas circunstancias por parte de los órganos jurisdiccionales españoles, que intervienen en dos etapas: primeramente, en ambos Autos, el Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional, que informa sobre la concurrencia de condiciones permitiendo dudar de la efectividad del procedimiento abierto en otro país, y seguidamente, el Tribunal Supremo, que valora y por tanto decide del mantenimiento o no de esta competencia.

5. Más exactamente, vemos en ambos Autos un ejemplo pragmático de la aplicación del art. 23.5 de la LOPJ, que dispone, en aplicación del principio de subsidiariedad, la exclusión del de justicia universal en los casos siguientes: «Los delitos a los que se refiere el apartado anterior no serán perseguibles en España en los siguientes supuestos: *a)* Cuando se haya iniciado un procedimiento para su investigación y enjuiciamiento en un Tribunal Internacional constituido conforme a los Tratados y Convenios en que España fuera parte. *b)* Cuando se haya iniciado un procedimiento para su investigación y enjuiciamiento en el Estado del lugar en que se hubieran cometido los hechos o en el Estado de nacionalidad de la persona a que se impute su comisión, siempre que: 1.º la persona a la que se impute la comisión del hecho no se encontrara en territorio español, o 2.º se hubiera iniciado un procedimiento para su extradición al país del lugar en que se hubieran cometido los hechos o de cuya nacionalidad fueran las víctimas, o para ponerlo a disposición de un Tribunal Internacional para que fuera juzgado por los mismos, salvo que la extradición no fuera autorizada».

6. Esta es la situación de base en ambos Autos, ya que en uno existe un procedimiento abierto en Argentina y en otro, en Chile, lo que permitiría excluir de entrada la competencia de los tribunales españoles si estas fueran las únicas disposiciones. Sin embargo, el mismo artículo añade las condiciones en que la justicia universal primará sobre la subsidiariedad: «Lo dispuesto en este apartado *b)* no será de aplicación cuando el Estado que ejerza su jurisdicción no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o no pueda realmente hacerlo, y así se valore por la Sala 2.ª del Tribunal Supremo, a la que elevará exposición razonada el juez o Tribunal. A fin de determinar si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado, se examinará, teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el Derecho internacional, si se da una o varias de las siguientes circunstancias, según el caso: *a)* Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal. *b)* Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia. *c)* Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia. A fin de determinar la

incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, se examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio».

7. En otros términos, la importancia de la lucha contra la impunidad es capital, lo que permite a la ley española mantener la competencia de nuestros tribunales en situaciones en que aparentemente hubiera podido imponerse su exclusión dejando paso a otros con un vínculo de conexión más «fuerte». Este mantenimiento implica, sin embargo, una valoración que tiene un cierto componente subjetivo de naturaleza triple, ya que depende no solo de los hechos en sí mismos y de la posibilidad o voluntad de llevar a cabo este procedimiento de manera adecuada, sino de un informe, una «exposición razonada», que debe presentarse por el Juzgado Central de Instrucción, y en tercer lugar de la valoración de este informe por la Sala de lo Penal del TS. Parece por tanto que, si bien quiere hacerse posible una posibilidad de plena conformidad con el Derecho internacional, la LOPJ ha puesto en marcha una cadena de obstáculos que añade un cierto carácter aleatorio en la apreciación de la exclusión de la justicia universal.

8. La exposición del Juzgado Central de Instrucción debe permitir «entender que la actuación de otro Estado es deficiente», de manera razonada, como lo indica el Auto de 1 de julio. Es decir, debe el TS estar en posición de afirmar, fundándose en esta exposición, que el procedimiento abierto en otro Estado, aparentemente más competente, es o puede ser inefectivo. En tal caso, se imponen los objetivos del principio de justicia universal, y no se pueden dejar sin tutela derechos altamente protegidos por el Derecho internacional, lo que implica el mantenimiento de la competencia española. Por ejemplo, en el Auto sobre el procedimiento abierto en Argentina, se trata de delitos de lesa humanidad, como el genocidio. La duda sobre el procedimiento abierto en Argentina hubiera permitido mantener la competencia española para asegurar el respeto del Derecho internacional, pero únicamente si tal duda estuviera suficientemente documentada.

9. Se percibe en estas condiciones para una justicia universal efectiva la esencia misma de la Ley de 2014, mucho más restrictiva que la formulación original de 1985 de la LOPJ, que ponía en marcha una jurisdicción universal absoluta. La versión de 2014, comparada con la de 2009, tiene fundamentalmente una cualidad general que es asimismo su mayor defecto a causa de su formulación concreta. Por un lado, afirma en su Exposición de Motivos que busca la conformidad con el Derecho internacional. Por otro lado, esta conformidad depende finalmente de una apreciación individualizada que es a la vez subjetiva y *ad hoc*, por no decir aleatoria. El principio de subsidiariedad es puesto así en el mismo plano que el de justicia universal, cuando este último debería primar más claramente y más fácilmente en cuanto a las finalidades perseguidas.

10. Esta contradicción aparente o paradoja se pone de manifiesto en la comparación de ambos Autos.

11. Así, en el de 1 de julio de 2015 sobre Argentina, en un caso todavía abierto en el que se ha declarado la prescripción de los hechos, a falta de resolverse un recurso de apelación, se remite una exposición razonada, lo que en sí mismo es muestra de la voluntad favorable al mantenimiento de la competencia de los tribunales españoles, por falta de una «disposición investigadora diligente y efectiva por parte de la jurisdicción de Argentina». Pero, según el TS, esta falta de voluntad no está documentada en

este caso concreto, faltando mención de las diligencias practicadas o de las circunstancias indicadas en el art. 23.5 de la LOPJ. Demora injustificada, falta de parcialidad o de independencia, nada está probado en esta exposición. Por ello, el TS decide «[n]o entrar a valorar si concurren o no en el presente caso los requisitos exigibles para que la jurisdicción española prosiga con la tramitación de la presente causa penal». Se devuelve por ello la causa al Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de la AN.

12. El segundo Auto, de 20 de octubre, opta por la solución inversa. Se trata de un caso con un procedimiento abierto en Chile, relativo al asesinato de una persona de nacionalidad española. Aquí el TS valora una nueva exposición razonada de este Juzgado Central de Instrucción, que subsana las omisiones anteriores. Es decir, que la ausencia de valoración impone posteriormente al Juzgado Central de Instrucción un trabajo detallado suplementario para fundar la competencia española. Esta nueva exposición razonada cumple todos los requisitos para permitir la valoración por parte del TS, y constituye un ejemplo procesal especialmente interesante. Consta así la existencia de un procedimiento abierto en Chile, pero prueba que otros procedimientos similares fueron archivados, y que ello implica el desconocimiento de recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, lo que permite ver en ello una situación de impunidad. Tal exposición recapitula seguidamente las diligencias practicadas en Chile, como, por ejemplo, una serie de informes policiales, las peticiones de la parte querellante y la orden de investigar ciertos órganos policiales o de interrogar a autoridades públicas. Se mencionan además ciertos aspectos como la parálisis de la investigación en varios momentos y el papel en ella de la Corte Suprema de Justicia de Chile. Suficientes elementos permitiendo una valoración del TS, que afirma que en ellos no se percibe «la voluntad de las autoridades chilenas de investigar los hechos ocurridos y a sus responsables». En consecuencia, ante la falta de voluntad de Chile de investigar los delitos, la justicia universal prima sobre la subsidiariedad. Algo evidente y necesario, pero dependiente, en cada caso, de una valoración individualizada que puede complicar o retardar de manera efectiva esta primacía y el establecimiento de la competencia de los tribunales españoles en casos especialmente graves y bienes jurídicos protegidos por el Derecho internacional.

Jacobo RÍOS RODRÍGUEZ

Université de Perpignan Via Domitia

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.68.1.2016.3a.01>

### 3.2. Represión del tráfico de estupefacientes en alta mar

**DERECHO DEL MAR.—Jurisdicción de Estados distintos del Estado de pabellón.—Jurisdicción preferente del Estado de pabellón.—Cooperación internacional en la lucha contra el tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.—Tratado hispano-luso para la represión del tráfico ilícito de drogas en el mar de 1998.—Alteración de los signos distintivos de un buque.**

**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de los Penal, Sección 1.<sup>a</sup>), de 11 de noviembre de 2015 (ROJ: STS 4587/2015).** Ponente: Andrés Palomo del Arco.

**Referencia Centro de Documentación Judicial (Id. Cendoj) 28079120012015100660.**

1. En esta Sentencia de 11 de noviembre de 2015, el TS resuelve un recurso de casación interpuesto contra el AAN de 30 de junio de 2015, que desestimaba un recurso

de apelación recaído en un asunto sobre tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas a bordo de un buque de pabellón extranjero en alta mar. Aunque algunas de las cuestiones planteadas en este asunto ya fueron tratadas por el TS en resoluciones anteriores, el análisis de esta sentencia resulta plenamente justificado porque perfila algunos aspectos problemáticos del criterio jurisprudencial esbozado en ellas. En el presente caso, el objeto del proceso es la existencia de jurisdicción preferente de las autoridades portuguesas sobre las autoridades españolas sobre un buque de pabellón portugués sospechoso de realizar actividades de tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas en alta mar.

2. Por lo que se refiere a las cuestiones fácticas, el relato de los hechos que se desprende de la sentencia analizada es el siguiente:

Desde marzo de 2014, la Guardia Civil se encontraba investigando a un doble nacional hispano-portugués como sospechoso de la autoría de un delito de tráfico de estupefacientes. El 27 de octubre de 2014, el buque «Eiskos» zarpó del puerto de Vigo hacia la costa de Marruecos para ser abastecido de hachís. En un momento indeterminado, el recurrente ordenó cambiar los distintivos y la documentación del buque, que enarbolaba el pabellón de Portugal por ser este el Estado de registro del mismo, para simular la apariencia de que este tenía pabellón de Guinea-Bissau.

El 31 de octubre de 2014, el Ministerio de Justicia de Portugal solicitó a las autoridades españolas el abordaje del buque por existir sospechas fundadas de que estuviera siendo utilizado para cometer un delito de tráfico de estupefacientes. El 23 de noviembre de 2014, los Servicios de Vigilancia Aduanera llevaron a cabo el abordaje del buque «Eiskos», que se encontraba en ese momento, según la sentencia, en aguas internacionales. Durante el abordaje, varios de los tripulantes intentaron quemar la mercancía que transportaba el buque. Como resultado de estas actuaciones, dos de los tripulantes debieron ser ingresados en diferentes hospitales y otros ocho fueron detenidos y conducidos al puerto de Almería, junto con el buque. El 26 de noviembre de 2014, efectivos de la Guardia Civil y del Servicio de Vigilancia Aduanera registraron el buque en presencia del patrón del buque y de su abogado, e incautaron 15.000 kilogramos de hachís en su interior, distribuidos en 793 fardos y dos sacos.

El 28 de noviembre de 2014, la Fiscalía portuguesa solicitó la cesión de jurisdicción y el traslado del procedimiento a las autoridades portuguesas. El 19 de mayo de 2015, el Juzgado Central de Instrucción núm. 3 acordó mediante auto el traslado del procedimiento a las autoridades de Portugal, frente al cual se interpuso recurso de reforma, que fue desestimado por auto dictado por el mismo Juzgado Central de Instrucción el 2 de junio de 2015. Contra este último, se interpuso un recurso de apelación ante la Audiencia Nacional, que fue desestimado por Auto de 30 de junio de 2015. Precisamente este auto es la resolución recurrida en casación en la Sentencia de la Sección 1.<sup>a</sup> de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de 11 de noviembre de 2015, cuyo análisis constituye el objeto del presente comentario.

3. Aunque se discuten cuestiones fácticas, pese a la inadecuación del foro para ello (art. 848 de la LECrim), esta sentencia plantea esencialmente dos cuestiones jurídicas relevantes: el alcance de la jurisdicción española sobre los buques que enarbolan pabellón de otro Estado y, por tanto, de la limitación de la tradicional regla de Derecho del Mar de jurisdicción exclusiva del Estado de pabellón en alta mar, cristalizada en el art. 92.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar (CNUDM) (aplicable a la zona económica exclusiva de acuerdo con el art. 58.2 del

mismo convenio), y, en segundo lugar, la relevancia jurídica del registro y de la alteración de los signos distintivos de un buque, que constituyen, en definitiva, elementos relacionados con la nacionalidad del mismo.

4. Por lo que respecta al primer punto, en la sentencia se confirma la interpretación y la decisión del tribunal *a quo*, ya que el TS considera que las actuaciones procesales llevadas a cabo por las autoridades españolas se realizaron en calidad de representación de las autoridades portuguesas. Dado que el buque apresado se encontraba en «aguas internacionales» (jurídicamente, aunque sin relevancia para la resolución del caso, la situación del buque a 28 millas del Cabo de Gata implica que se encontraba en la Zona Económica Exclusiva española, según resulta del art. 57 de la CNUDM y del art. 1 del Real Decreto 236/2013, de 5 de abril, por el que se establece la Zona Económica Exclusiva de España en el Mediterráneo noroccidental, *BOE* núm. 92, de 17 de abril de 2013) en el momento de la intervención de las autoridades españolas, en aplicación de la CNUDM, en principio debería regir el principio de jurisdicción exclusiva del Estado de pabellón establecido en su art. 92, según el cual correspondería llevar a cabo la detención a las autoridades portuguesas. No obstante, los arts. 99, 100, 105 y 108 a 110 de la CNUDM flexibilizan la aplicación de esta regla general, en atención a las necesidades de policía marítima y de situaciones de abuso de la libertad de navegación. En el caso concreto del tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, su art. 108 establece un deber de cooperación de todos los Estados en la represión de esas actividades y el derecho de todos los Estados a solicitar la cooperación de otros Estados en ese ámbito, pero no amplía la jurisdicción de Estados distintos del Estado de pabellón en esta materia, por lo que, por sí solo, no justifica la actuación de las autoridades españolas.

5. En este caso, la atribución de competencia internacional a las autoridades españolas tiene como fundamento jurídico el Convenio entre España y Portugal para la Represión del Tráfico Ilícito de Drogas en el Mar, hecho en Lisboa el 2 de marzo de 1998 y, concretamente, la solicitud de abordaje del buque efectuada por el Ministerio de Justicia de Portugal al Servicio de Vigilancia Aduanera español. Esta solicitud se limitaba a la aprehensión del buque, de su tripulación y de su carga, como se desprende de la petición de cesión de jurisdicción y traslado del procedimiento realizada por el Ministerio Fiscal portugués el 28 de noviembre de 2014. El recurrente había alegado que la competencia para el enjuiciamiento de la causa en España se derivaba tanto del art. 23.4.d) de la LOPJ (cuya interpretación por la AN con respecto a los casos de delitos de tráfico de drogas se analizó en el comentario de GARCÍA ANDRADE, P., *REDI*, 2014, núm. 2, pp. 214-221) como del art. 17 de la Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes o Sustancias Sicotrópicas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988, como Estado que llevó a cabo el abordaje y apresamiento. Pero el Tribunal Supremo, analizando el texto del Convenio hispano-luso y el de otros convenios bilaterales y multilaterales de carácter similar, concluyó que, dado que la atribución de competencia jurisdiccional del art. 23.4.d) de la LOPJ constituye una norma especial y se realiza sin perjuicio de lo que establezcan tratados internacionales, y teniendo en cuenta tanto el Convenio hispano-luso de 1998 como la Convención de Viena de 1988, la competencia española queda limitada a los actos de cooperación entre los Estados para la represión de los ilícitos cometidos en espacios marinos autorizados por el Estado de pabellón (los enumerados en los arts. 17 del Convenio de Viena de 1988 y 4 del Convenio hispano-luso de 1998) y, por tanto, se trata de actos de jurisdicción realizados en representación del Estado de pabellón, cuya compatibilidad con la Constitución Española de 1978 se analizó en la Sentencia de la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Constitucional 21/1997, de 10 de febrero (comentada por ZAVALA

SALVADO, J., *REDI*, 1997, núm. 2, pp. 160-169). En definitiva, el Estado de pabellón tiene la competencia para el enjuiciamiento de los delitos presuntamente cometidos, pues, como se establece en el FJ 3 de la sentencia objeto de este comentario: «Solo en los supuestos de represión de la piratería y de las *transmisiones no autorizadas desde alta mar* (infracción no tipificada en nuestro ordenamiento), se contempla además del apresamiento, el ejercicio de la jurisdicción penal [...]».

6. El art. 7 del Convenio hispano-luso de 1998 establece como jurisdicción preferente la del Estado de pabellón del buque, por lo que la del Estado que llevó a cabo el abordaje y la inspección tendría carácter subsidiario. En consecuencia, en el ámbito de la represión del tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, la actuación de las autoridades españolas sobre buques que enarbolan el pabellón de otro Estado se circunscribe a los actos de cooperación referidos, siempre y cuando cuenten con la autorización de dicho Estado, y solo en ausencia de actuación de este último podría comprender el enjuiciamiento de los delitos presuntamente cometidos. Este criterio se ha seguido en las Sentencias de la Sala de lo Penal del TS 948/1995, de 2 de octubre; 592 y 593/2014, de 24 de julio (véase el comentario de RÍOS RODRÍGUEZ, J., *REDI*, 2015, núm. 1, pp. 203-207), y 847/2014, de 5 de diciembre, citadas como fundamento decisorio en la sentencia comentada, y en el auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la AN de 4 de julio de 2014 (véase el comentario de SÁNCHEZ RAMOS, B., *REDI*, 2015, núm. 1, pp. 200-203). En todas estas decisiones se extiende la jurisdicción española sobre los buques sin pabellón o con pabellón ficticio sospechosos de ser utilizados para la comisión de delitos de tráfico de estupefacientes. Sin embargo, en este caso, se trata de un buque con pabellón legítimo y ha habido reclamo de jurisdicción por parte de Portugal, lo cual desplaza la jurisdicción española, en contra del criterio sostenido por el recurrente.

7. En segundo lugar, la sentencia trata brevemente la relevancia jurídica de la alteración de los signos distintivos del buque (nombre, matrícula y bandera o pabellón) sin el concurso del Estado de pabellón sobre la nacionalidad del buque: dado que no se había producido el registro del buque en Guinea-Bissau, no se le pueden reconocer efectos jurídicos a dicho cambio. Esto impide considerar que exista un supuesto de utilización de varias banderas o pabellones a conveniencia, y, por tanto, que el buque se pueda considerar a todos los efectos como un buque carente de nacionalidad, en el sentido del art. 92.2 de la CNUDM. Dado que no se indica ninguna causa de pérdida del pabellón portugués, el buque continuaba teniendo nacionalidad portuguesa en el momento del abordaje, aunque no enarbolase el pabellón correspondiente, resultándole, por tanto, aplicable el Convenio hispano-luso de 1998.

8. En conclusión, el Tribunal Supremo reitera un criterio jurisprudencial establecido anteriormente y muestra los límites de la actuación de las autoridades españolas sobre buques de pabellón extranjero, no solo en el caso del tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, sino también en otros, rectificando las imprecisiones mostradas en decisiones precedentes sobre la atribución de competencia en virtud del art. 23.4.d) de la LOPJ en relación con la Convención de Viena de 1988. Además, recuerda que la mera alteración de los signos distintivos de un buque, sin que se produzca una nueva matriculación en otro registro, no permite considerar dicho buque como un buque del Estado de pabellón ficticio o como un buque sin pabellón en el sentido del art. 92.2 de la CNUDM.

Ana M. MAESTRO CORTIZAS  
Universidade da Coruña

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.68.1.2016.3a.02>

### 3.3. Lucha contra el terrorismo yihadista

**ORGANIZACIONES TERRORISTAS.—Concepto.—Terrorismo yihadista.—Lista de entidades terroristas de Naciones Unidas.—Derecho internacional humanitario.—Células de captación y radicalización.**

**Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 2.<sup>a</sup>), de 2 de octubre de 2015 (ROJ: SAN 3086/2015).** Ponente: Concepción Espejel Jonquera.

**Referencia Centro de Documentación Judicial (Id. Cendoj) 28079220022015100028.**

1. La sentencia de la Audiencia Nacional aquí comentada trata una de las amenazas de mayor relieve contra la seguridad internacional, además, de lamentable actualidad. En efecto, el terrorismo yihadista, vinculado inicialmente a *Al Qaeda*, y posteriormente y con mayor relevancia al mal denominado Estado Islámico (*Daesh*), tiene una enorme proyección mediática en los últimos años, además de mostrar desconocidas facetas del terrorismo y de los atentados indiscriminados con un difícil encaje en la normativa nacional e internacional vigente. Nos estamos refiriendo, en concreto, a los denominados «lobos solitarios» y a las células de captación y adoctrinamiento que parecen actuar de forma aislada y sin coordinación entre ellas, de tal forma que se hace enormemente compleja su detección y eliminación.

2. En esta SAN del pasado 2 de octubre de 2015, se condena a un grupo de 11 personas, originarias todas ellas de la Ciudad Autónoma de Ceuta, por pertenecer a una célula yihadista de captación y adoctrinamiento. En efecto, queda probado que estas personas se organizaron para llevar a cabo la creación y mantenimiento de tal célula en Ceuta, coordinada con otra en Marruecos, y vinculadas ambas con las organizaciones terroristas que operaban en Siria; y que se dedicaron a enviar yihadistas para cometer acciones terroristas, incluidas las inmolaciones, a dicho país principalmente, integrándolos en organizaciones vinculadas a *Al Qaeda*, tales como *Jabhat Al Nusrah* y *Estado Islámico de Iraq y Levante (Islamic State of Irak and the Levant - Isil)*. En concreto, se demuestra que estas personas realizaban tareas de captación y adoctrinamiento tendentes a la radicalización de los candidatos a hacer la *Yihad* y la preparación física previa al desplazamiento. Asimismo, organizaban los viajes desde España y/o Marruecos a ciudades de Turquía, próximas a Siria y en donde cruzaban clandestinamente la frontera, pasando a los campos de entrenamiento de la organización terrorista y después a la lucha armada. También se encargaban de supervisar y controlar los viajes y las comunicaciones entre los miembros; efectuaban el posterior seguimiento de la situación de los desplazados y se ocupaban de la transmisión de información y comunicaciones entre los yihadistas sirios y los ceutíes y marroquíes ya incorporados y sus familiares y entre aquellos y los miembros de la célula pendientes de desplazarse en futuros viajes o encargados de las próximas captaciones y envíos de voluntarios y/o de fondos; proveían también la asistencia económica a las viudas, y la recaudación y el envío de dinero a los desplazados. Finalmente, difundían en Ceuta los designios de la organización terrorista y de sus ideólogos y transmitían a las familias de los fallecidos, a los integrantes de la célula y a jóvenes en proceso de captación los vídeos y documentación de los denominados «actos de martirio» y de los ataques perpetrados por los desplazados y reivindicados por *Jabhat Al Nusrah* o el *Isil*.

3. El Ministerio Fiscal calificó los hechos como constitutivos de un delito de integración en organización terrorista del art. 571.1 y 2 del CP y de un delito de tenencia ilícita de armas de fuego del art. 564.1.2 en relación con el art. 564.2.3 del CP, y sin

que concurrieran circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. En la sentencia, la ponente lista los hechos probados, basados mayormente en intervenciones de las comunicaciones y registros efectuados en los domicilios de los acusados, condenando a dos de ellos a doce años de prisión e inhabilitación absoluta por veinte años, en concepto de dirigentes de una organización terrorista; a los nueve restantes, diez años de prisión e inhabilitación absoluta por dieciocho años, por integración en organización terrorista; y a uno de estos últimos, además, a un año y seis meses de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, por tenencia ilícita de armas de fuego (art. 564.1 y 2 en relación con el art. 564.2.3 del CP).

4. Varias son las cuestiones que afectan al Derecho internacional en esta extensa sentencia. En efecto, el mismo concepto de organización terrorista permite un afianzamiento de la jurisprudencia del TS al respecto, y a partir de normativas internacionales y europeas en la materia, máxime cuando sigue sin concretarse una definición consensuada de terrorismo en Derecho internacional. Igualmente, la propia labor de Naciones Unidas a través del denominado Comité 1267, que ha establecido y actualiza un listado donde se recogen tanto personas físicas como entidades vinculadas al terrorismo internacional. Se acude, igualmente, a la jurisprudencia comparada, en concreto una sentencia de un tribunal de la ciudad belga de Amberes para justificar la no aplicación del Derecho internacional humanitario a los componentes yihadistas que luchan en Siria. Y finalmente, la actual regulación de los delitos de terrorismo, recogida a partir de la LO 2/2015, de 30 de marzo, que, entre otras cuestiones, recoge la participación a través de células para la captación y radicalización, así como el fenómeno de los denominados «lobos solitarios» que no pertenezcan necesariamente a una entidad terrorista *stricto sensu*.

5. Ya en los fundamentos preliminares se aborda una cuestión de suma importancia para la lucha contra el terrorismo internacional, cual es la cooperación policial entre los Estados. Ello se trata en cuanto que la defensa de los acusados, sin una clara especificación ni motivación, según la ponente, impugnó las pruebas documentales así como las intervenciones telefónicas y los registros efectuados. En este orden de cosas, la AN, y en relación con las investigaciones policiales realizadas por agentes extranjeros, recuerda la jurisprudencia marcada por las SSTS 202/2012, de 20 de marzo, y 251/2014, de 13 de abril. En las mismas, se establece la no obligación de acreditar la forma de obtención del número de teléfono de un sospechoso cuando no hay indicios de ilegitimidad en el proceso de obtención de la información, y dado que debe presumirse que los poderes públicos actúan siempre dentro de la legalidad (igualmente, SSTS 509/2009, de 13 de mayo; 309/2010, de 31 de marzo; y 862/2010, de 4 de octubre). Y es que, según la STS 575/2013, de 28 de junio, en la lucha contra la criminalidad organizada, debe regir el principio de reciprocidad y cooperación internacional entre las autoridades, incluidas las policiales, actuando en el marco de los principios de confianza y reconocimiento mutuo (véase STS 884/2012, de 8 de noviembre).

6. Como elemento central de la presente sentencia, debemos destacar el análisis que se hace sobre el concepto y alcance de «organización terrorista», toda vez que la normativa existente es bastante poco clara respecto a las células, que no son, por otra parte, propiamente un entramado organizado desde un punto de vista tradicional de dicho concepto. En efecto, la Audiencia considera que en la célula condenada concurren las características exigidas en el párr. 2.º del art. 570.1 bis del CP, a fin de calificarlo como organización criminal, y dada que su finalidad es subvertir el orden constitucional y alterar gravemente la paz pública, mediante la perpetración de delitos

de terrorismo. Así, para la AN, los acusados formaban una organización de carácter estable desde abril de 2012, realizando todas las actividades delictivas anteriormente descritas, incluyendo la ejecución de acciones que causaron centenares de víctimas en Siria e Iraq. Por tanto, no podrían ser considerados como un mero grupo de radicales religiosos que compartían o difundían sus ideas. Sus actividades cesaron en el momento en el que se produjeron las detenciones a partir de junio de 2013. Así, en la STS 338/2015, de 2 de junio, se indica con claridad, y así lo recuerda la propia AN, que el delito de asociación terrorista no se consume cuando en el desenvolvimiento de su actividad se cometen determinadas infracciones, sino desde que se busca una finalidad ya inicialmente delictiva, bastando con que se acredite alguna clase de actividad de la que se pueda deducir que los integrantes de la asociación han pasado del mero pensamiento a la propia ejecución de sus objetivos (véase STS 503/2008, de 17 de julio, citando a su vez las SSTS 802/2001, de 3 de mayo, y 50/2007, de 19 de enero).

7. Es más, la AN recuerda la STS 50/2007, de 19 de enero, la cual, y a fin de identificar cuándo nos encontramos ante una asociación terrorista, remite al Convenio Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas cometidos con Bombas, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 17 de diciembre de 1997 (BOE núm. 140, de 2 de junio de 2001), y en cuyo art. 2 dispone que comete delito quien ilícita e intencionadamente entrega, coloca, arroja o detona un artefacto explosivo u otro artefacto mortífero con el propósito de causar daños de cualquier tipo, personales o materiales, así como la tentativa, participación, contribución y organización en dicho acto (véanse SSTS 977/2012, de 30 de octubre, y 789/2014, de 2 de diciembre). Por su parte, y más concretamente la STS 503/2008, de 17 de julio, considera que las denominadas células islamistas constituyen bandas armadas, grupos u organizaciones terroristas, siendo suficiente la existencia de un grupo de personas con carácter permanente y mínimamente estructurado; y que tiene como finalidad las propias del terrorismo, esto es, la provocación de terror en la sociedad mediante actos violentos contra personas o bienes, orientados a la destrucción del sistema de vida occidental, o a la eliminación de sus opositores, y acudiendo a todo tipo de medios, desde la captación y adoctrinamiento de personas, la obtención de los medios materiales adecuados para su ejecución, la ayuda a los integrantes y la ejecución de atentados. En conclusión, y recordando nuevamente la jurisprudencia de la STS 50/2007, de 19 de enero, el concepto de terrorismo, organización o grupo terrorista no siempre se identifica con el de banda armada, sino que es la naturaleza de la acción cometida, la finalidad perseguida con esta actuación, la que determina el carácter terrorista o no de la misma.

8. Respecto al reconocimiento de organizaciones terroristas por parte de Naciones Unidas, el Consejo de Seguridad creó por Resolución 1267 (1999), de 15 de octubre, un Comité (Comité 1267) con la competencia de supervisar las sanciones impuestas a *Al Qaeda* y las personas y entidades asociadas, y a partir de una Lista que se va actualizando periódicamente. Según los párrs. 1 y 2 de la Resolución del Consejo de Seguridad 2161 (2014), de 17 de junio, se entenderá que una persona, un grupo, una empresa o una entidad están asociados con *Al Qaeda* cuando participe en la financiación, planificación, facilitación, preparación o comisión de actos o actividades ejecutados por *Al Qaeda* o por una célula, entidad afiliada o grupo escindido o derivado de ella, o realizados en o bajo su nombre, junto con ella o en su apoyo; suministre, venda o transfiera armas y material conexo a *Al Qaeda* o a una célula, entidad afiliada o grupo escindido o derivado de ella; reclute para *Al Qaeda* o una célula, entidad afiliada o grupo escindido o derivado de ella; o apoye por otros medios de actos o actividades ejecutados por ellos. Con todo, desde 1999 Naciones Unidas considera como orga-

nizaciones terroristas a *Al Qaeda* y a todas sus filiales o ramas. De forma expresa, *Al Qaeda* fue incluida como organización terrorista en el Listado de Naciones Unidas el 6 de octubre de 2001; *Al Qaeda Iraq* y su denominación *Estado Islámico de Iraq* lo fueron el 18 de octubre de 2004. De esta forma, Naciones Unidas considera denominaciones de la misma organización a *Jabhat Al Nusrah*, *Jabhet Al-Nusra*, *Al-Nusrah Front*, *Frente de la Victoria*, *Frente Al Nusrah para el Pueblo de Levante* y *Estado Islámico de Iraq y Levante (Isil)*. En abril de 2013 el Ministerio de Relaciones Exteriores de Siria solicitó a Naciones Unidas la inclusión de *Jabhat Al Nusrah* en la lista de organizaciones terroristas, siendo incluida por el Comité 1267 el 31 de mayo de 2013. Incluso se han adoptado medidas de embargo en el seno de Naciones Unidas por medio de la Resolución del Consejo de Seguridad 2199 (2015), de 12 de febrero [véase igualmente, la Resolución del Consejo de Seguridad 2249 (2015), de 20 de noviembre].

9. En el procedimiento ante la AN, se analiza el hecho de que las detenciones y acusaciones se realizaron con anterioridad al reconocimiento como organizaciones terroristas y su inclusión en la Lista correspondiente por parte de Naciones Unidas, el 31 de mayo de 2013. Con ello, podría intuirse que, al no tener un reconocimiento internacional las organizaciones a las cuales pertenecen los acusados, no podrían ser considerados, por tanto, como miembros de grupos terroristas internacionales. Para la AN, esto no es argumento suficiente, dado inicialmente que la inmensa mayoría de los enviados ceutíes y marroquíes se integraban en las filas del *Isil*, ya declarado como organización terrorista en 2004. Además, la inclusión formal de *Jabhat Al Nusrah*, o de cualquier otra organización, en el Listado de la ONU o de cualquier otro organismo internacional no constituye un requisito necesario para su consideración como terrorista ni para reputar a los integrantes de la red como participantes o integrantes de una organización terrorista, con independencia de que los primeros enviados se integrasen en *Jabhat Al Nusrah* pasando después a incorporarse al *Isil*. Con todo, la Audiencia concluye, vistas las pruebas periciales, que *Jabhat Al Nusrah* es la franquicia oficial de *Al Qaeda* en Siria, no siendo determinante los nombres, ya que, si un grupo cambia de nombre, ello no significa que deje de ser organización terrorista, dado que son las mismas personas, con la misma ideología y con los mismos fines.

10. A esta consideración trae a colación la STS 338/2015, de 2 de junio (respecto de *Herri Batasuna*, *Euskal Herrikarroka* y *Batasuna*), la cual sostiene que la previa declaración de ilicitud de una organización no es presupuesto normativo para la subsunción en los tipos de integración terrorista. Señala dicha STS que cuando las organizaciones funcionan siguiendo las consignas impuestas por una organización terrorista, son dirigidas por personas designadas ya pertenecientes a la organización terrorista y son alimentadas, material o intelectualmente desde aquella, y además le apoyan y complementan para sus fines por medio de actos violentos, debemos entender que forman parte, irremediabilmente, de la organización terrorista, y ello a pesar de que sus miembros no hayan participado directamente en ningún acto violento. Concluye la STS citada que «las organizaciones son terroristas en la medida en que sus finalidades rellenan los requisitos contemplados en los numerosos Instrumentos Internacionales de la ONU que se refieren al terrorismo y, en el ámbito europeo, y de modo específico en la Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo, de 3 de junio» (DO L núm. 164, de 22 de junio de 2002). Esta última Decisión marco, en su art. 1, y tomando como referencia el art. 2.1.b) del Convenio de Naciones Unidas para la Represión de la Financiación del Terrorismo, de 9 de diciembre de 1999 (BOE núm. 123, de 23 de mayo de 2002), y la Posición común 2001/931/PESC del Consejo, de 27 de diciembre (DO L núm. 344, de 28 de diciembre de 2001), conceptúa el delito de terrorismo en razón de su finalidad, y de forma, en nuestra opinión, excesivamente genérica. De

este modo, habrá una acción terrorista cuando se pretenda intimidar gravemente a una población; obligar indebidamente a los poderes públicos o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo o desestabilizar gravemente o destruir las estructuras fundamentales políticas, constitucionales, económicas o sociales de un país u organización internacional. Y por grupo terrorista, se entiende toda organización estructurada de más de dos personas, establecida durante cierto periodo de tiempo, que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos de terrorismo. Por otra parte, la Decisión marco 2002/475/JAI exige a todos los Estados miembros que adopten las medidas necesarias para tipificar como delitos los actos intencionales consistentes en la dirección y participación de un grupo terrorista. En la misma línea, la STS 977/2012, de 30 de octubre, recuerda que en el concepto «terrorismo» es más esencial la finalidad, esto es, las acciones cometidas o que se pretenden cometer; la que determina el carácter terrorista o no de la misma; concluyendo que este concepto de terrorismo —y consecuentemente de organización o de grupo terrorista— es el que prevé el art. 571 del CP, refiriéndose a los que pertenecen, actúan al servicio o colaboran con bandas armadas, organizaciones o grupos cuya finalidad sea la de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública.

11. Otra cuestión de interés que podemos observar en la sentencia de la AN es la remisión que se hace a la jurisprudencia comparada, en concreto a una Sentencia de un Tribunal de la ciudad belga de Amberes, de 11 de febrero de 2015, sobre la aplicación del Derecho internacional humanitario en actos terroristas (FJ 2). Y es que en el caso belga, los acusados pretendían alegar que se encontraban en una guerra a fin de liberar a Siria del presidente sirio, exigiendo que se les aplicase la normativa establecida en los Convenios de Ginebra. Para el órgano judicial, estaba claramente demostrado que los acusados querían llevar a cabo una guerra yihadista salafista violenta en cualquier lugar del mundo y en cualquier zona en guerra. Además, estos últimos, integrados en *Jabhat Al Nusrah*, eran conscientes de que estaban participando en una organización terrorista, por lo que no podía considerarse como acciones de las fuerzas armadas durante un conflicto armado, y dado que el Derecho internacional humanitario exige que las fuerzas armadas se describan como fuerzas, grupos y unidades organizadas bajo una cadena de mando «militar», responsable de las acciones de sus subordinados y tiene que existir un conjunto de normas que pueda asegurar que dichas «fuerzas armadas» cumplen con el Derecho internacional humanitario; precisando que las mismas deben ser reconocibles a distancia, llevar sus armas abiertamente y respetar las leyes y usos de la guerra. El Tribunal belga sigue indicando que los integrantes de *Jabhat Al Nusrah* eran más bien «un grupo grande de rebeldes armados que lucha por el establecimiento de un estado islámico mundial y por la expansión del conflicto interno de Siria y que es responsable de casi seiscientos ataques, incluyendo más de treinta ataques suicidas»; añadiendo que las armas no se llevan abiertamente y que sus miembros no pueden ser reconocidos, y que «*Jabhat Al Nusrah* no ejecuta acciones militares, en el sentido que les da el Derecho internacional humanitario sino que lleva a cabo actos de terrorismo (internacionales), tales como ataques suicidas, expolios, bandidaje, ejecuciones aleatorias, asesinatos y homicidios, que son claramente delitos de terrorismo». En definitiva, cometen actos indiscriminados sin diferenciar a la población civil de las fuerzas armadas.

12. Finalmente, la AN considera no aplicable al caso el art. 575 del CP en su redacción dada por la LO 2/2015, de 30 de marzo (BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015), adoptada a partir de la Resolución del Consejo de Seguridad 2178 (2014), de 24 de septiembre, toda vez que no había entrado en vigor en el momento en el que fue invocada su aplicación, además que no sería más favorable para los acusados.

Además que dicha Ley Orgánica no destipifica el delito de integración en organización terrorista como sostenía la defensa (FJ 2). Según la Audiencia, la modificación acaecida por dicha Ley Orgánica busca dar un carácter sistémico a los delitos de terrorismo, además de incluir una nueva definición del mismo, inspirada en la ya citada Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo, de 13 de junio, modificada por la Decisión marco 2008/919/JAI del Consejo, de 28 de noviembre (*DO L* núm. 330, de 9 de diciembre de 2008), y dar cabida necesaria al fenómeno del terrorismo individual, más conocido como «lobos solitarios». En este contexto, debemos recordar que la Resolución del Consejo de Seguridad 2178 (2014) aborda la amenaza actual que representan las actividades de captación, adoctrinamiento, formación y radicalización que de forma individual o por medio de las nuevas tecnologías, hacen grupos de personas, a veces sin vínculos organizativos entre ellos. Igualmente, la Resolución analiza el fenómeno de los combatientes terroristas desplazados, considerado ya una de las mayores amenazas a la seguridad de toda la comunidad internacional, y de la UE en particular. De este modo, la Resolución lo que pretende, y así hace la LO 2/2015, es solicitar que los Estados miembros adopten medidas legales para prevenir y reprimir el reclutamiento, la organización, el transporte o el equipamiento de las personas que viajan a un Estado distinto de sus Estados de residencia o nacionalidad para cometer, planificar o preparar actos terroristas o participar en ellos, o para proporcionar o recibir adiestramiento con fines de terrorismo, y la financiación de sus viajes y actividades. De este modo, en el ordenamiento español se mantiene y actualiza la tipificación de las conductas centrales articuladas en torno a organizaciones o grupos terroristas, incluidas las células de captación y radicalización, y se añade el terrorismo individual, y el preocupante fenómeno de los combatientes terroristas desplazados.

13. En conclusión, estamos ante una sentencia que viene a afianzar la jurisprudencia del TS sobre la concepción y alcance de terrorismo y organizaciones terroristas, además de abordar el nuevo fenómeno del terrorismo individual y la acción ilícita de células de radicalización y captación que ya representan una grave amenaza para la seguridad en el mundo actualmente. La adopción de normas en todos los niveles, nacional, europeo e internacional, así como una necesaria y requerida cooperación multilateral, deben constituir la piedra angular en la lucha contra el terrorismo en todas sus vertientes. Y la labor de interpretación y aplicación de la norma de los jueces y tribunales en estos ámbitos es esencial para asegurar el Estado de Derecho y los principios básicos de convivencia.

Miguel Á. ACOSTA SÁNCHEZ  
Universidad de Cádiz

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.68.1.2016.3a.03>

### **3.4. El derecho a la educación post-obligatoria de los extranjeros en España**

#### **DERECHO A LA EDUCACIÓN.—Educación post-obligatoria de los extranjeros mayores de edad.**

**Sentencia del Tribunal Constitucional 155/2015, de 9 de julio (BOE núm. 194, de 14 de agosto de 2015).** Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos.

1. El presente comentario trata sobre un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Navarra con relación al art. 9.2 de la LO 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEx), en

la redacción dada por la LO 2/2009, de 11 de diciembre. El TC desestima el recurso por entender que el precepto impugnado no prohíbe en modo alguno el acceso a la educación post-obligatoria de los extranjeros mayores de edad.

2. Para analizar la sentencia resulta obligado recoger el tenor literal del precepto impugnado. En concreto, el art. 9.2 de la LO 2/2009, de 11 de diciembre, dispone lo siguiente: «Los extranjeros mayores de dieciocho años que se hallen en España tienen derecho a la educación de acuerdo con lo establecido en la legislación educativa. *En todo caso*, los extranjeros *residentes* mayores de dieciocho años tienen el derecho a acceder a las demás etapas educativas post-obligatorias, a la obtención de las titulaciones correspondientes, y al sistema público de becas *en las mismas condiciones que los españoles*» (cursivas añadidas). La inconstitucionalidad del precepto reside, según el recurso, en que solo garantiza el derecho a la educación post-obligatoria a los extranjeros mayores de dieciocho años si son residentes en España. Así, el problema se suscita por la contradicción existente entre el art. 27.1 de la CE («Todos tienen derecho a la educación») y el art. 9.2 de la LO 2/2009 que reserva el acceso a la educación post-obligatoria a los mayores de dieciocho años que sean «residentes».

3. En el plano sustantivo, y a juicio del Parlamento de Navarra, que actúa como demandante, el tenor literal del precepto impugnado no prohíbe expresamente el derecho a la educación post-obligatoria de los extranjeros mayores de edad en situación de irregularidad, pero sí que lo hace indirectamente dado que incorpora un inciso relativo a la residencia. Es decir, aquel extranjero mayor de edad que no goce de la autorización de residencia se encuentra con la «sutil y eficaz prohibición» de acceder a la educación post-obligatoria. De esta manera, allí donde el legislador pretendía regular el derecho a la educación con vocación universal, cercena su ámbito de aplicación personal al vincular la titularidad del derecho a la residencia.

4. La demanda se apoya en la interpretación que el propio TC efectuó sobre el art. 27 de la CE con relación con el art. 13 de la CE (STC 236/2007, de 7 de noviembre). Tal sentencia declaró inconstitucional y nulo el inciso que reservaba la educación no obligatoria a los extranjeros residentes del art. 9.3 de la LO 4/2000, de 11 de enero, en la redacción dada por el art. 1.7 de la LO 8/2000, de 22 de diciembre. Desde entonces, según doctrina constitucional, el derecho del niño a ser escolarizado cubre tanto la enseñanza obligatoria como la no obligatoria, y ambas forman parte del contenido esencial del derecho a la educación.

5. A su vez, la demanda apela al derecho a la educación de toda persona que se halle bajo la jurisdicción del Estado, independientemente de su condición nacional o extranjera (en situación regular o irregular) y de la distinción entre los menores y los mayores de edad. Esto se deduce de la lectura del art. 27 de la CE interpretado a la luz del art. 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, del art. 2 del Protocolo adicional al CEDH y del art. 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).

6. Como tercer argumento, la Letrada del Parlamento de Navarra no encuentra fundamento constitucional alguno que permita excluir de la enseñanza post-obligatoria a los extranjeros no residentes dado que precisamente el derecho a la educación es considerado indispensable para el desarrollo de la dignidad (arts. 10.1 y 13 de la CE).

7. El Abogado del Estado solicita la desestimación del recurso de inconstitucionalidad sobre la base de dos grandes consideraciones. Critica que la base jurídica del recurso se reduzca casi exclusivamente a la citada STC 236/2007 dado que la LO 2/2009, de 11 de diciembre, cuyo precepto se pretende impugnar, se dicta, precisamente, con

la finalidad de adaptar los preceptos anulados a la jurisprudencia del TC. Pero no solo la apelación a la doctrina constitucional es desacertada por este motivo, sino que a ello se añade que la reforma de 2009 también tiene como fin acomodar la Ley de extranjería a varias Directivas europeas, entre ellas, la 2004/114/CE, de 13 de diciembre, que entre otras cuestiones, exige la autorización de estancia para acceder a los estudios post-obligatorios (Directiva del Consejo 2004/114/CE, de 13 de diciembre, relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado).

8. Por todo ello, el Abogado del Estado considera que la residencia no condiciona la solicitud de acceso a los estudios post-obligatorios, sino que es una consecuencia de ello. La residencia se concede para estudiar, el propio acceso a los estudios post-obligatorios lleva a ella. El concepto de «residencia» del artículo impugnado responde a esta comprensión. En modo alguno se concibe como condición prohibitiva para quien no goza de ella.

9. Como advertimos al inicio, el TC desestima el recurso de inconstitucionalidad. Para empezar, la sentencia desmonta el primer argumento presentado por la parte recurrente en el que considera que es de aplicación directa la jurisprudencia iniciada con la STC 236/2007, de 7 de noviembre. En contra de la demanda, el TC estima inaplicable la doctrina constitucional referida dado que aquella se centra en el derecho a la educación no obligatoria de los extranjeros menores de edad. Es distinto el caso que ahora ocupa al Tribunal, es decir, el de los *mayores de edad* que pretenden realizar estudios *post-obligatorios*.

10. Una parte importante de la sentencia se dedica a analizar sintéticamente las sucesivas redacciones del artículo impugnado, y a explicar la tendencia legislativa en materia de educación y extranjería, lo que *a posteriori* resulta clave para entender la decisión tomada. Así las cosas, la LO 4/2000, de 11 de enero, aporta una doble diferenciación. Por un lado, distingue entre el derecho a la educación de los extranjeros menores y mayores de edad, y por otro lado, diferencia entre la enseñanza básica (obligatoria) y la educación no obligatoria (educación infantil y enseñanzas superiores a la básica). Posteriormente, la LO 8/2000 disgrega la educación infantil de la educación no obligatoria y respecto de los menores de seis años prevé que las Administraciones públicas garantizarán la existencia de plazas suficientes para asegurar la escolarización de la población que lo solicite (art. 9.2). La misma LO 8/2000 reserva el derecho a la educación de naturaleza no obligatoria a los «extranjeros residentes» en las mismas condiciones que los españoles (art. 9.3). Este último precepto fue el que el TC declaró inconstitucional por estimar que el término «residentes» incluido en el mismo vulneraba el art. 27.1 de la CE (STC 236/2007, de 7 de noviembre).

11. La vigente LO 2/2009 suprime la referencia a la educación infantil, que queda incluida en la regla general sobre el derecho a la educación de los menores de dieciséis años. Al mismo tiempo, reconoce el derecho a la enseñanza post-obligatoria de los extranjeros menores de dieciocho años (art. 9.1 de la LOEx). Con relación a los *extranjeros mayores de edad* que se hallen en España, en primer orden, la LOEx se remite a la legislación educativa, sin hacer alusión alguna a su situación de regularidad (art. 9.2 primer inciso). A continuación, establece que «en todo caso» los extranjeros residentes mayores de dieciocho años y los españoles pueden acceder a la educación post-obligatoria, a la obtención de sus titulaciones y al sistema público de ayudas «en las mismas condiciones» (art. 9.2 segundo inciso). La lectura que hace el TC pone el foco en los elementos alusivos a la no distinción entre españoles y extranjeros, sin detenerse en las implicaciones que la residencia pudiera tener (FJ 3).

12. En esta línea, el TC retoma un conjunto de sentencias (SSTC 86/1985, de 10 de julio; 212/2005, de 21 de julio, y la referida 236/2007, de 7 de noviembre) a la luz de las cuales la dimensión prestacional del derecho a la educación consagrado en el art. 27.1 de la CE no se limita a la educación básica, sino que se extiende a los niveles superiores. Esta interpretación viene acompañada, además, de la jurisprudencia del TEDH sobre el derecho a la educación (art. 2 del Protocolo adicional al CEDH), que lo identifica con aquel que abarca las distintas etapas de la enseñanza hasta alcanzar los estudios universitarios, en cuyo ámbito los poderes públicos disponen de un mayor margen de actuación (FJ 5) (podía haberse citado como ejemplo ilustrativo la STEDH *Leyla Sahin c. Turquía*, núm. 44774/98, de 29 de junio de 2004, párrs. 136-137).

13. En la dimensión internacional, la argumentación podría complementarse con una referencia a la Observación General núm. 13 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que a la hora de interpretar el art. 13.2 del PIDESC relativo al derecho a la educación («la enseñanza superior debe hacerse, igualmente, accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno»), insiste en el principio de no discriminación e igualdad de trato (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General núm. 13, *El derecho a la educación*, 8 de diciembre de 1999, E/C.12/1999/10, párrs. 6 y 31-37).

14. El FJ 6 de la sentencia es el más tajante en la medida en que desecha la interpretación efectuada por la parte recurrente y explica que del art. 9.2 de la LOEx no se desprende una exclusión directa del derecho a la educación post-obligatoria de los extranjeros mayores de edad no residentes. Al contrario, cuando el art. 9.2 de la LOEx prevé que «en todo caso los extranjeros residentes mayores de dieciocho años tienen el derecho a las demás etapas educativas», equipara de manera plena a extranjeros y españoles.

15. El TC aporta un argumento definitivo inspirado en la coherencia entre el precepto impugnado y otros artículos de la misma LOEx. Así, esta prevé que los extranjeros pueden encontrarse legalmente en España en situación de «residencia» o en situación de «estancia» (Capítulo II de la LO 2/2009, de 11 de diciembre). Añade el TC que, precisamente, los extranjeros que se hallan en España por estudios habitualmente tienen un permiso de «estancia» sin ser residentes (art. 33 de la LOEx).

16. A lo sumo, el art. 9.2 de la LOEx admite que una eventual legislación educativa podría incluir condiciones diferenciadas para los extranjeros mayores de edad que pretendan acceder a las enseñanzas post-obligatorias. Si esto ocurriera, entonces sí que el TC entraría a analizar la constitucionalidad de la nueva ley. Ahora bien, dado el vacío legislativo en la vigente normativa educativa, el TC no puede acreditar por el momento que existan condiciones legales para declarar la inconstitucionalidad del precepto (FJ 6).

17. La sentencia cuenta con dos Votos concurrentes, uno de ellos formulado por el Magistrado don Andrés Ollero y el otro formulado por el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos, al que se adhieren la Magistrada doña Adela Asúa y el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré.

18. En lo que se refiere al primer voto concurrente, en palabras del Magistrado Andrés Ollero, la argumentación del Tribunal adolece de una «notable sobrecarga normativista» que ignora el papel de los principios en la interpretación de la CE. Defiende que la ausencia de desarrollo legislativo no implica necesariamente que el régimen adolezca de defectos, sino que puede responder a una postura adoptada voluntariamente por el legislador. Rechaza la idea de que la «legislación negativa» se

transforme en un «derecho con contenido positivo». En esta línea, el magistrado apela al empleo de los principios para interpretar la CE y para delimitar los perfiles de los derechos económicos, sociales y culturales, entre ellos, el derecho a la educación. Esta lectura le lleva a resaltar la dimensión prestacional del derecho, más que en su rasgo universal.

19. El segundo voto concurrente es el aportado por el Magistrado Xiol Ríos, que a su vez es el ponente de la resolución examinada. En primer término, explica que la sentencia es el resultado del consenso alcanzado en el seno del TC como «mínimo irrenunciable» para dar salida a la petición solicitada por el Parlamento de Navarra. En sus palabras, la sentencia salvaguarda el derecho a la educación post-obligatoria de los extranjeros mayores de dieciocho años no residentes. Esto se debe a que no existe legislación educativa que establezca condiciones diferenciadas de trato, de ahí que sean de aplicación *directa* los arts. 27 y 14 de la CE en virtud de los cuales el trato dispensado a los extranjeros no residentes debe ser el mismo que aquel otorgado a los españoles y extranjeros residentes. Solo en el caso de que se desarrollaran normativamente las condiciones diferenciadas de trato, estas podrían presentarse ante el TC para que determine si son acordes con el orden constitucional (se remite al FJ 6 de la sentencia). Por el momento, no existe desarrollo normativo y, en consecuencia, no pueden observarse limitaciones ni prohibiciones. El voto no puede ser más pragmático y elocuente.

20. Ahora bien, cabe añadir que, si finalmente se desarrollara una normativa educativa estableciendo condiciones de trato diferentes y esta fuera recurrida, la presente sentencia ofrece la respuesta cuando afirma que el término «en todo caso» del art. 9.2 de la LOEx quiere expresar también «con independencia de lo regulado en las leyes educativas» (FJ 6). La sentencia toma en consideración la referencia explícita del legislador a la expresión «en todo caso» para priorizar tal extremo frente a posibles regulaciones del legislador sectorial del ámbito educativo, con lo cual consigue blindar el derecho a la educación como bien jurídico a proteger frente a cualquier otra contingencia de ámbito menor, como pudiera ser el de la residencia. La hipótesis que plantea el TC sirve fundamentalmente para sortear una respuesta más tajante, más directa y más clara o para aplazarla si se diera el caso.

21. Por otro lado, de acuerdo con la argumentación del magistrado, se admite que desde el momento en el que existiera una legislación educativa al respecto, prevalecería esta sobre los arts. 27 y 14 de la CE. *A sensu contrario*, ¿queda relegada la aplicación de los arts. 27 y 14 de la CE ante la ley orgánica? ¿O la CE sería de aplicación *indirecta* dado que en la sentencia se refiere de manera expresa a su «aplicación *directa*»?

22. La línea argumental, a nuestro juicio, no ha de centrarse tanto en la existencia o no de una eventual legislación educativa que regule el derecho de los extranjeros mayores de edad. La cuestión planteada es si el inciso relativo a la «residencia» figura en la LO 2/2009 como condición previa al acceso a los estudios post-obligatorios, o como referencia genérica en alusión a la entonces vigente LO 2/2006, de 3 de mayo, de educación, y a las Directivas europeas, entre ellas, la 2004/114/CE, de 13 de diciembre. Del propio precepto impugnado se pueden hacer interpretaciones no tan minimalistas como la efectuada, que solo se explica por las opiniones «encontradas» en el seno del TC y la tensión que se trasluce de la sentencia y de los votos particulares. El derecho a la educación puede ser observado por el TC como un derecho en su máxima expresión, accesible, disponible y adaptable [ABRISKETA, J., «El derecho a la educación y los derechos en la educación en España», en REY, F. (dir.), *Los Derechos Humanos*

*en España: un balance crítico*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 309-340]. La tarea, en este caso, no es solo del legislador, sino también del juzgador, que elude incidir con rotundidad en la función de tutela que le corresponde. Aún subsiste la pregunta: ¿hasta qué punto el derecho a acceder a la educación post-obligatoria está desligado del previo permiso de residencia? ¿Es la residencia una condición previa, posterior o simultánea al acceso a la educación?

23. En cualquier caso, la LO 8/2013, de 9 de diciembre, para la Mejora de la Calidad Educativa (LOMCE) no hace alusiones a este respecto. Los recursos pendientes ante el TC obedecen a otro tipo de razones: la invasión de competencias de las Comunidades Autónomas, la contradicción entre el carácter aconfesional del Estado y lo dispuesto en la LOMCE y la eliminación de la asignatura Educación para la Ciudadanía, entre otros motivos.

24. La forma y la honda significación de la sentencia reflejan las contradicciones internas entre quienes sencillamente no encuentran razones suficientes para declarar inconstitucional el precepto y quienes querrían haber ido más allá en la interpretación del derecho a la educación post-obligatoria de los extranjeros mayores de edad.

25. En conclusión, la sentencia analizada no solo aporta una clave de interpretación «en diferido» sobre el alcance del derecho a la educación post-obligatoria para los extranjeros mayores de edad, sino que también representa un instrumento sobre el que formularse preguntas a las que la misma no ha podido dar respuesta al objeto de alcanzar un consenso de mínimos en el seno de nuestro Tribunal Constitucional.

Joana ABRISKETA

Universidad de Deusto

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.68.1.2016.3a.04>

### 3.5. Delito de injurias a la Corona: los límites al ejercicio legítimo de la libertad de expresión y la libertad ideológica

**INJURIAS A LA CORONA.—Derecho a la libertad de expresión.—Derecho a la libertad ideológica.—Jurisprudencia del TEDH.—«Discurso del odio».**

**Sentencia del Tribunal Constitucional 177/2015 (Pleno), de 22 de julio (BOE núm. 200, de 21 de agosto de 2015).** Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos. Votos Particulares: Adela Asúa Batarrita con adhesión de Fernando Valdés Dal-Ré; Encarnación Roca Trías; Juan Antonio Xiol Ríos.

1. La sentencia dictada por el Pleno del TC, en fecha 22 de julio de 2015, resuelve un recurso de amparo presentado contra la Sentencia de la Sala de lo Penal de la AN, de 5 de diciembre de 2008, la cual desestimaba el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia del Juzgado Central Penal de la AN, de 9 de julio de 2008, por el que se condenaba a los recurrentes por un delito de injurias a la Corona, tipificado en el art. 490.3 del CP. En la sentencia de cuyo comentario nos ocuparemos en las páginas siguientes, se examina la posible vulneración de los derechos fundamentales a la libertad de expresión y a la libertad ideológica de los recurrentes, a fin de determinar si la conducta enjuiciada —la quema pública de una fotografía de los reyes en el curso de una concentración antimonárquica que tuvo lugar, en 2007, en Gerona— constituye un ejercicio legítimo de tales derechos o bien sobrepasa los límites amparados por los derechos mencionados, lesionando, por tanto, el honor de la institución de la Corona.

2. La relevancia del Derecho internacional en el pronunciamiento objeto de atención es patente al invocarse disposiciones del CEDH referidas a los derechos fundamentales cuya violación se examina, y fundamentar extensamente el TC su argumentación en un amplio número de sentencias del TEDH en relación con los mismos, argumentación que conduce al Tribunal a desestimar el amparo solicitado. La sentencia se acompaña de tres Votos Particulares que consideran la conducta de los recurrentes amparada por la Constitución española y, más específicamente por el derecho a la libertad de expresión (en el caso de los Votos presentados por Adela Asúa y Juan Antonio Xiol) y por la libertad ideológica (en el caso del Voto particular formulado por Encarnación Roca), los cuales se fundamentan también en jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo.

3. Los hechos que dan lugar a la condena de los recurrentes parten de la manifestación celebrada el 13 de septiembre de 2007 con motivo de la visita del Rey Don Juan Carlos a la ciudad de Gerona, que iba encabezada por una pancarta en la que se leía «300 años de Borbones, 300 años combatiendo la ocupación española». En el curso de la concentración que siguió a dicha manifestación, los dos recurrentes, portando el rostro tapado, quemaron una fotografía de los reyes, colocada boca abajo en el centro de la plaza del Vino de la ciudad, tras rociarla con líquido inflamable. Como se ha indicado, el Juzgado Central de la AN condenó a los acusados, por un delito de injurias a la Corona (art. 490.3 del CP), previsto en el Capítulo II «Delitos a la Corona» del Título XXI del CP relativo a los «Delitos contra la Constitución», a una pena de 15 meses de prisión, sustituida por multa de 30 meses que ascendió a 2.700 euros. Los recurrentes interpusieron un recurso de apelación contra dicha sentencia por vulneración de la libertad de expresión en relación con la libertad ideológica, consagradas en los arts. 20.1.a) y 16.1 de la CE, respectivamente, recurso que fue desestimado por la Sala de lo Penal de la AN. En su sentencia, la AN entendió que los hechos enjuiciados excedían del ejercicio legítimo de la libertad de expresión, constituyendo la conducta una acción innecesaria para defender la opinión de los concentrados y formalmente injuriosa por el contexto en el que se había producido.

4. Los demandantes denuncian, en su recurso de amparo, la vulneración de sus derechos fundamentales a la libertad ideológica (art. 16.1 de la CE) y a la libertad de expresión [art. 20.1.a) de la CE]. Respecto de la primera, alegan que no tiene más limitación que la necesaria para el mantenimiento del orden público y que las sentencias recurridas se han apartado de la doctrina constitucional para detenerse más en los límites de los derechos fundamentales que en el contenido constitucionalmente protegido de los mismos y así sancionar su opción ideológica contraria a la Monarquía. En relación con la libertad de expresión, entienden que su conducta no implicó ningún menosprecio vejatorio contra los reyes, menos aún «si se tiene en cuenta el contexto de reivindicación o contestación política en contra de la Monarquía en el que se produjo y la condición político-pública de la institución monárquica que resulta, en consecuencia, más permeable a la crítica». Invocan, en este sentido, soluciones seguidas por otros Tribunales Constitucionales, como el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América en sentencias dictadas en casos como *Texas v. Johnson* de 1989, por la que se anuló la condena penal impuesta por la quema de una bandera americana al considerar la conducta amparada por la libertad de expresión. El Ministerio Fiscal, por su parte, se opone a la estimación del amparo, particularmente porque la condena penal de los recurrentes no se fundó en su ideología antimonárquica, sino en el modo en que la manifestaron externa y públicamente, excediendo los límites del ejercicio de la libertad de expresión.

5. En la fundamentación jurídica de su pronunciamiento, el TC decide partir del contenido de la libertad de expresión, recordando su jurisprudencia previa y refiriéndose ampliamente a sentencias del TEDH relativas al art. 10 del CEDH. Así, se recuerda que la libertad de expresión no solo sirve para difundir ideas u opiniones «consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que contrarían, chocan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población» (STEDH de 24 de febrero de 1997, *De Haes y Gijssels c. Bélgica*). Dado que nuestro sistema no es el de un modelo de «democracia militante» que imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento constitucional, el TC recuerda que la libertad de expresión resulta especialmente valiosa cuando es ejercida por una persona elegida por el pueblo en representación de sus electores, permitiéndosele, sin perjuicio del deber de respetar la dignidad, reputación y derechos de terceros, «recurrir a una cierta dosis de exageración, o incluso de provocación, es decir, de ser un tanto inmoderado en sus observaciones», tal y como afirmó el TEDH en el caso *Otegi c. España*.

6. En efecto, la STEDH de 15 de marzo de 2011, dictada en el caso *Otegi c. España*, es profusamente citada en la sentencia objeto de nuestro comentario. Para el TC, dicho asunto, en el que el TEDH entendió que la conducta del recurrente quedaba amparada por el derecho a la libertad de expresión, no es comparable al caso que ahora enjuicia. En aquel asunto, Otegi era un representante electo, formaba parte de un grupo parlamentario —concretamente, portavoz del grupo parlamentario *Sozialist Abertzaleak*, antiguo EH, del Parlamento Vasco— y expresó su opinión sobre un asunto sujeto al debate político, refiriéndose, aunque de manera provocativa y exagerada, a una cuestión de interés público en el País Vasco —como eran las declaraciones realizadas por el Sr. Otegi en las que consideraba al rey responsable de las torturas supuestamente producidas en la detención de los responsables del diario *Euskalunon Egunkaria*—, circunstancias que, según el TC, no se dan en el presente caso. Procede hacer notar, no obstante, que el TC no parece apartarse de manera relevante de los principios que inspiran la jurisprudencia de Estrasburgo en relación con la libertad de expresión en general y respecto del caso *Otegi c. España* en particular, sino que las grandes diferencias se aprecian más bien en la interpretación de los elementos fácticos y circunstanciales de los asuntos, lo que puede conducir a decisiones contrapuestas (en un sentido similar y para un comentario, véase SOTO GARCÍA, M., «TEDH - Sentencia de 15.03.2011, *Otegi Mondragón c. España*, 2034/07. Los límites de la libertad de expresión en el debate político», *RDCE*, vol. 42, 2012, pp. 575-591).

7. El derecho a la libertad de expresión no es, sin embargo, absoluto, como queda puesto de manifiesto tanto en el art. 20.4 de la CE como en el art. 10.2 del CEDH. Conforme a este último, nótese que las injerencias permitidas al ejercicio de la libertad de expresión deberán estar previstas por la ley y ser necesarias, en una sociedad democrática, para proteger intereses legítimos tales como, por ejemplo, la defensa del orden, la prevención del delito, la protección de la reputación o de los derechos ajenos; excepciones que, en todo caso, deben ser interpretadas restrictivamente. A estos efectos, el TC recuerda, remitiéndose nuevamente a la jurisprudencia de Estrasburgo, que puede resultar necesario, en atención a la tolerancia y respeto a la dignidad como fundamentos de una sociedad democrática, «sancionar e incluso prevenir todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia» (STEDH de 16 de julio de 2009, *Féret c. Bélgica*). De este modo, el TC introduce en su sentencia el denominado «discurso del odio» como límite de la libertad de expresión que justificará la desestimación del recurso de amparo. En todo caso, la exigencia de extremo rigor resulta indispensable en la ponderación de los límites a la libertad de expresión, de tal modo que el Derecho penal no se convierta

en un factor de disuasión de su ejercicio, algo indeseable en un Estado democrático (STEDH de 23 de abril de 1992, *Castells c. España*).

8. Pues bien, el TC entra a valorar si la quema de una fotografía de los reyes en el contexto en que esta se produjo constituye un ejercicio legítimo de la libertad de expresión o si, por el contrario, la conducta enjuiciada presenta un contenido intrínsecamente injurioso y vejatorio que excede de los límites de dicha libertad. Para ello, parte de subrayar la protección jurídica reforzada que recibe la Corona en nuestro Código Penal, al constar el delito de injurias contra la misma entre los delitos contra la Constitución y no entre los delitos contra el honor, de modo que el bien jurídico protegido —señala el TC— sea el mantenimiento del orden político, además del honor y dignidad del monarca siempre que la ofensa se relacione con el ejercicio de sus funciones. En este sentido, se recuerda, no obstante, como hacía el TEDH en el caso *Otegi c. España*, que el hecho de que el monarca ocupe una posición de neutralidad y «no esté sujeto a responsabilidad» no implica un obstáculo al debate sobre su posible responsabilidad institucional o simbólica.

9. En este punto relativo a la crítica política hacia las instituciones públicas, cabe destacar —como hiciera la STEDH en el caso *Otegi c. España*— otros textos internacionales, particularmente del Consejo de Europa, tales como la Declaración sobre la libertad del discurso político en los medios de comunicación, adoptada el 12 de febrero de 2004 por el Comité de Ministros, en la que se afirma que las instituciones y órganos del Estado «pueden ser objeto de críticas en los medios de comunicación. Debido a su posición preeminente, estas instituciones no deberían ser protegidas como tales por el Derecho penal contra las declaraciones difamatorias o que insultan. No obstante, cuando estas instituciones se benefician de tal protección, esta protección debería aplicarse de manera muy restrictiva evitando, en todos los casos, que pudiera utilizarse para que se limite la libertad de crítica». Asimismo, la Resolución núm. 1577 (2007) de la Asamblea Parlamentaria «Hacia una despenalización de la difamación» invita a los Estados «a excluir de su legislación relativa a la difamación cualquier protección reforzada de las personalidades públicas, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal». Precisamente en relación con el art. 490.3 del CP, se ha pronunciado el TEDH, considerando que una disposición que concede al jefe del Estado un nivel de protección más elevado que a otras personas o instituciones respecto de la difusión de información u opiniones y que prevé sanciones más graves para los autores de declaraciones injuriosas no se ajusta, en principio, al espíritu del Convenio (*Otegi c. España*, párr. 55), como ya había afirmado el TEDH en su Sentencia *Colombani* respecto de jefes de Estado extranjeros (STEDH de 25 de junio de 2002, caso *Colombani c. Francia*) y en *Artun y Givener* respecto del jefe de Estado propio (STEDH de 26 de junio de 2007, *Artun y Givener c. Turquía*). En todo caso, cabría cuestionar la pertinencia de este reproche a nuestro ordenamiento jurídico por cuanto que el nivel de protección del jefe del Estado no es superior en la medida en que la definición de los elementos del tipo no varían entre el art. 490.3 y los arts. 208 y ss. del CP, aplicables a cualquier ciudadano, si bien la sanción penal sí resulta un tanto más elevada por lo que se refiere específicamente a las injurias a la Corona. Las anteriores consideraciones, aunque acogidas en cierta medida en los Votos Particulares (especialmente en el formulado por el Magistrado Juan Antonio Xiol) no son, sin embargo, tomadas en cuenta por la sentencia del Pleno. En su lugar el TC entiende que, si bien las críticas a las instituciones públicas reflejan la participación política de los ciudadanos, la inmunidad frente a restricciones del poder público «no resulta predicable cuando lo expresado, aun de forma simbólica, solamente trasluce ultraje o vejación», incitando incluso al odio hacia la institución en cuestión y la persona que la representa.

10. Precisamente en relación con el «discurso del odio», es de destacar cómo el TC asume que sus manifestaciones son las relacionadas con las condiciones étnicas, religiosas, culturales o sexuales de las personas, pero considera que el discurso fóbico también se muestra en los casos en que se pretende «fomentar el rechazo y exclusión de la vida política, y aun la eliminación física, de quienes no comparten el ideario de los intolerantes». Por ello, para la mayoría del Pleno, la quema de la fotografía «traslada la idea de que los monarcas deben ser ajusticiados» y «comporta una incitación a la violencia contra la persona y la institución que representa, fomenta sentimientos de agresividad contra la misma y expresa una amenaza», lo que se ve agravado por el carácter premeditado del comportamiento y la orientación a mostrar el mayor grado de hostilidad hacia la Corona.

11. Es precisamente la argumentación del TC relativa al «discurso del odio» la que suscita, en gran medida, la discrepancia de los magistrados que formulan Votos Particulares a la sentencia aquí comentada. En efecto, resulta relevante destacar, a nuestro entender, cómo los Magistrados Asúa y Xiol centran su argumentación en rechazar la argumentación del TC basada en el «discurso del odio» por considerar que lo banaliza, distorsionando de modo peligroso su alcance. A estos efectos, encontramos en sus Votos discrepantes referencias abundantes a la jurisprudencia del TEDH, en gran parte previamente citada en la sentencia, pero también a otros instrumentos internacionales como la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de 1965 o la Recomendación núm. R (97) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, en las que pueden hallarse las primeras referencias al «discurso del odio» como límite de la libertad de expresión. Esta última define el «discurso del odio» como toda «forma de expresión que propague, incite, promueva o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia, incluida la intolerancia expresada por agresivo nacionalismo y el etnocentrismo, la discriminación y la hostilidad contra las minorías, los inmigrantes y las personas de origen inmigrante». En consecuencia, argumenta la Magistrada Adela Asúa en su Voto Particular que equiparar el discurso antimonárquico con el «discurso del odio» revela «una lamentable utilización de conceptos acuñados sobre realidades dramáticas que en modo alguno admiten comparación con los insultos a una institución»; mientras que, para el Magistrado Juan Antonio Xiol, se produce una banalización del «discurso del odio», al no darse las notas que, según la jurisprudencia del TEDH y del propio TC, permiten calificar un acto como tal, esto es, que suponga una incitación directa a la violencia y que se dirija contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas, creencias o actitudes vitales en particular (SSTEDH de 4 de diciembre de 2003, *Günduz c. Turquía*, y de 6 de julio de 2006, *Erbakan c. Turquía*, citadas en la STC 235/2007). Este último Voto Particular se refiere también a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, dictada en los casos *Fáber c. Hungría*, de 24 de julio de 2011; *Murat Vural c. Turquía*, de 21 de octubre de 2014; o *Christian Democratic People's Party c. Moldavia*, de 2 de febrero de 2010, en los que el TEDH estimó que las conductas enjuiciadas no podían considerarse manifestaciones del discurso del odio; el último de los casos citados se relacionaba precisamente también con la quema de retratos de representantes políticos institucionales y banderas.

12. Una vez descartado por el TC que nos hallemos ante el ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión, la sentencia aquí comentada prosigue con el análisis de la posible vulneración de la libertad ideológica de los recurrentes (art. 16.1 de la CE), dado que estos entienden que la condena penal implica un castigo por la expresión pública de sus convicciones antimonárquicas. Tras recordar que este

derecho fundamental no se agota en su dimensión interna sino que comprende una importante dimensión externa de manifestación cuyas únicas limitaciones se refieren a las necesarias para el mantenimiento del orden público, el TC entiende que el reproche penal de las sentencias recurridas no provoca el efecto disuasorio respecto de la exteriorización de un credo político, sino que la condena se relaciona exclusivamente con el «tratamiento de incitación al odio y a la exclusión de un sector de la población mediante el acto de que fueron objeto los retratos oficiales de los reyes». En cuanto a la limitación relativa al mantenimiento del orden público, se vuelve a remitir a la jurisprudencia de Estrasburgo para afirmar que la acción enjuiciada pudo generar reacciones violentas «incompatibles con un clima social sereno y minar la confianza en las instituciones democráticas» (STEDH, *Feret c. Bélgica*, ya citada) o avivar el sentimiento de desprecio o incluso de odio hacia la Monarquía exponiendo a los reyes «a un posible riesgo de violencia» (STEDH de 8 de julio de 1999, *Sürek c. Turquía*), teniendo en cuenta que «la incitación al odio no requiere necesariamente el llamamiento a tal o cual acto de violencia ni a otro acto delictivo» (STEDH, *Feret c. Bélgica*). A este respecto, se pronuncia también en contra el Magistrado Juan Antonio Xiol, pues afirma que, al defenderse en la sentencia que la incitación a la violencia y la expresión de una amenaza al rey legitiman la injerencia en las libertades de los recurrentes, no sería de aplicación el delito de injurias a la Corona del art. 490.3 del CP, sino más bien el art. 490.2 del CP que castiga las amenazas al rey y sus familiares.

13. Por último, en la sentencia que comentamos, se hace especial mención también a la doctrina del TEDH (de nuevo, principalmente por remisión a *Otegi c. España*) en relación con la pena concreta a la que se condena a los recurrentes. Así, la imposición de penas de prisión solo resultaría compatible con la libertad de expresión del art. 10.1 del CEDH en circunstancias excepcionales, tales como el caso de autos en que, según el TC, se lesionan gravemente otros derechos fundamentales como consecuencia del discurso de odio o de incitación a la violencia (esta salvedad a la no aplicación de penas de prisión por difamaciones o insultos consta también en la Declaración sobre la libertad de discurso político en los medios de comunicación, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, antes citada). El hecho de que la pena de prisión fuera sustituida por una multa es considerado proporcionado por el TC, ya que esta última, si bien no elimina la inscripción de la condena penal en el Registro de antecedentes penales, sí mitiga los efectos de la condena.

14. En suma, nos hallamos ante una sentencia no exenta de controversias, en la que se aborda, una vez más, el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión y sus delicados límites, especialmente los relacionados con el «discurso del odio» o la incitación al uso de la violencia. Tanto la mayoría del Pleno como los magistrados que suscriben los Votos Particulares parecen estar de acuerdo en los principios bien asentados que rigen en la materia, incluyendo la trascendental doctrina emanada de Estrasburgo que sirve de fundamento a sus argumentaciones. Son, sin embargo, la complicada subsunción de los hechos y la interpretación del contexto las que generan importantes discrepancias sobre las que probablemente se pronuncie nuevamente el TEDH.

Paula GARCÍA ANDRADE  
Universidad Pontificia Comillas  
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.68.1.2016.3a.05>

### 3.6. Denegación de acercamiento de presos que no vulnera derechos fundamentales reconocidos en normas internacionales, especialmente el derecho a la vida familiar

**ACERCAMIENTO DE PRESOS.—Derecho a la vida familiar.—Reeducación y reinserción social.—Convenio Europeo de Derechos Humanos.—Jurisprudencia del TEDH.**

**Auto de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 1.<sup>a</sup>), de 29 de octubre de 2015 (ROJ: AAN 199/2015 - ECLI: ES:AN:2015:199A).** Ponente: Fernando Grande-Marlaska Gómez. Voto particular: Ramón Sáez Valcárcel.

**Referencia Centro de Documentación Judicial (Id. Cendoj) 28079220012015200002.**

1. El auto de la Sala de lo Penal de la AN que nos ocupa se refiere a una denegación de traslado de centro penitenciario a un preso perteneciente a la banda terrorista ETA. Se ubica dentro de la petición hecha en los últimos meses por varios de estos presos, quienes buscan acercarse a cárceles de País Vasco y Navarra tras la política de dispersión carcelaria aplicada sobre este colectivo. En concreto, el auto al que nos referimos resuelve un recurso de apelación contra un auto del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria que desestimaba un recurso de reforma formulado por un interno contra un Acuerdo de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias que, a su vez, denegaba su traslado a un centro penitenciario alavés. Tanto el recurrente como los magistrados que dictan el auto y el voto particular se refieren e interpretan varias normas internacionales relativas a los derechos de los internos penitenciarios y, en especial, el CEDH y la jurisprudencia del TEDH relativos al derecho a la vida familiar de tales internos.

2. El preso fundamenta su recurso en la vulneración de varios derechos fundamentales: el derecho de comunicaciones y visitas, el derecho de defensa y asesoramiento jurídico, el derecho de asistencia médica, y el derecho a la cultura y a la educación. Ante ello, la AN examina la competencia del juez de Vigilancia Penitenciaria en materia de traslados, la posible vulneración de tales derechos y la relación entre la finalidad de las políticas de alejamiento de presos y su reinserción social a la luz de la normativa y jurisprudencia nacional e internacionales aplicables.

3. En cuanto a la competencia del juez de Vigilancia Penitenciaria en materia de traslados, el auto recuerda, a través de la cita de sentencias del TC (STC 138/1986), del TS (STS de 5 de diciembre de 1986) y del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción (4/1995, 18/1998, 3/2002, 4/2004 y 10/2012), que la Administración Penitenciaria es la competente para resolver tanto sobre el destino inicial como por traslado de los internos [art. 79 de la Ley Orgánica General Penitenciaria (LOGP) y art. 31 del Reglamento Penitenciario], sin perjuicio del control jurisdiccional ordinario —contencioso-administrativo— al que están sometidos los actos administrativos. Del mismo modo, el juez de Vigilancia Penitenciaria no puede interferir en el ejercicio de esa competencia, pero sí y de forma excepcional, anteponer a ella su jurisdicción para salvaguardar los derechos fundamentales y beneficios penitenciarios del interno afectado (art. 76 de la LOGP).

4. Sobre la alegada vulneración de los derechos fundamentales, el auto sostiene en primer lugar y sobre la base del art. 76 de la LOGP, el art. 25.2 de la CE y su interpretación realizada por sentencias como la STC 28/1998, de 23 de febrero y la STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 8 de marzo de 2013, que: «No

se reconoce en nuestro ordenamiento jurídico un derecho subjetivo a favor de los internos y presos para el cumplimiento de sus condenas en centros penitenciarios cercanos a la localidad de su entorno familiar y afectivo; corresponde a la Administración Penitenciaria decidir en cada caso atendiendo a las circunstancias concretas de la organización penitenciaria y personales del penado, pues no puede olvidarse que el cumplimiento de la condena impone un tratamiento individualizado». En relación con las otras violaciones de derechos fundamentales alegadas por el recurrente y teniendo en cuenta las pruebas que existen en el caso sobre las comunicaciones mantenidas con familia, amigos y letrados, la asistencia médica recibida y las actividades formativas tomadas, la sala considera que no se han afectado tales derechos que el preso estima violados.

5. El auto reflexiona a continuación sobre la finalidad de reinserción de las penas, que puede motivar un traslado si el cumplimiento de la pena en un centro penitenciario favorece o se dirige a tal fin. Sin embargo, señala que puede darse también la situación inversa, especialmente en el caso de los internos condenados por delitos de terrorismo o relacionados con ETA sobre quienes, como en este caso, no consta su desvinculación con dicha organización, de modo que la rotura de tales vínculos es precisamente la que persigue o conlleva su reinserción. Destaca además que en los convenios internacionales en materia de terrorismo no se prevé nada en relación con el acercamiento de presos condenados por estos delitos. Tampoco considera violado el principio 20 de la Resolución 43/173 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 9 de diciembre de 1988, alegada expresamente por el recurrente. Este principio establece que, si lo solicita la persona detenida o presa, será mantenida, en lo posible, en un lugar de detención o prisión situado a una distancia razonable de su lugar de residencia habitual. Sin embargo, no habría sido vulnerado en este caso porque la imposibilidad del acercamiento en casos como el que nos ocupa tiene, en opinión de la sala, una «base legal ampliamente consolidada».

6. En relación con la jurisprudencia del TEDH, dicho Tribunal ha abordado en varios ocasiones el derecho a la vida familiar de los internos penitenciarios (véanse, entre otras, SSTEDH de 18 de abril de 2006 y 4 de diciembre de 2007: casos *Dickson c. Reino Unido*; y STEDH de 20 de mayo de 2008: *Ferla c. Polonia*). En el caso concreto que nos ocupa, el recurso se refiere a dos sentencias —SSTEDH de 25 de octubre de 2013, *Khodorkovshiy y Lebedev c. Rusia*; y de 23 de octubre de 2014, *Vintman c. Ucrania*— que señalan que la determinación del destino de los internos en prisión debe respetar su derecho fundamental a la vida privada y familiar, existiendo el derecho de los presos a cumplir la condena cerca de sus domicilios porque así lo exige el derecho a la vida familiar. En este sentido, cabe recordar que el art. 8 del CEDH contiene un derecho a la vida familiar con un contenido «notablemente ampliado» respecto al derecho más tradicional a la intimidad familiar tal y como se configura en la mayoría de las constituciones nacionales, incluida la española [véase SANTOLAYA MACHETTI, P., «El derecho a la vida privada y familiar (un contenido notablemente ampliado del derecho a la intimidad)», en GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA MACHETTI, P. (coords.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, 3.ª ed., Instituto de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, pp. 429-449]. No obstante, para los magistrados que subscriben este auto, existen motivos que pueden justificar que se asignen presos a otros destinos, como la necesidad de evitar hacinamientos o garantizar la disciplina adecuada y que también han sido reconocidos en la citada jurisprudencia del TEDH. Argumentan, además, que a ellas habría que añadir, cuando se trata de delincuencia organizada o de terrorismo, como en este caso, otras derivadas de la necesidad de evitar una excesiva concentración de miembros de la misma orga-

nización en un mismo centro penitenciario, cuando ello pueda servir para que se siga ejerciendo desde la organización un control de sus miembros; el respeto a la dignidad de las víctimas; la seguridad de los funcionarios de las instituciones penitenciarias; o el propio derecho a la resocialización de los internos que manifiestan una voluntad de apartarse de la organización terrorista. En este sentido recuerdan que la política de dispersión de presos tiene como finalidad principal, precisamente, la de romper los lazos de los miembros con la organización terrorista y con los colectivos afines, facilitando el abandono de tal organización y, eventualmente, su reinserción social. Concluyen así de forma tajante que «la opción relativa al acercamiento de los presos de la banda terrorista ETA a centros penitenciarios de País Vasco y Navarra, es una alternativa de política criminal que en último caso corresponde decidir al Gobierno de la Nación, en el ámbito de su discrecionalidad reglada, no teniendo este Tribunal competencia al respecto, al no haberse producido vulneración alguna de derechos fundamentales del interno recurrente», por lo que desestiman el recurso.

7. Por el contrario, el Magistrado Ramón Sáez Valcárcel considera en su voto particular que la sala debió estimar el recurso y reconocer el derecho del interno a ser ubicado en centro penitenciario lo más próximo posible a su domicilio familiar. Para ello argumenta, en primer lugar, que el cumplimiento de las penas de prisión lo más cerca posible del domicilio familiar forma parte de los derechos del recluso y se encuentra íntimamente relacionado con el principio resocializador. En segundo lugar, que la Administración Penitenciaria no cuenta, al contrario de lo que sostiene la mayoría de la sala, con cobertura legal para alejar de manera sistemática a una categoría de reclusos en atención a la naturaleza de delito. Se sirve en su argumentación en este sentido del principio de reinserción reconocido con carácter general en el art. 25.2 de la CE, de lo dispuesto tanto en la LOGP (arts. 12, 59.2 y 63) y el Reglamento Penitenciario (art. 3.3), como en instrumentos jurídicos internacionales como el art. 8 del CEDH; el apartado 17.1 de la Recomendación REC (2006) 2 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre reglas penitenciarias europeas; el art. 20 del Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, aprobados por la Resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988, de la Asamblea General; o el apartado 9 de las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos de las Naciones Unidas, aprobadas por las Resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977, del Consejo Económico y Social. En tercer lugar, el magistrado incide especialmente en la vulneración del derecho a la vida familiar de ese alejamiento de acuerdo con el CEDH y la jurisprudencia del TEDH y al que considera un auténtico «estándar mínimo europeo de un derecho fundamental del que es titular el condenado internado en un establecimiento penitenciario». Finalmente, considera al alejamiento incompatible con la libertad de la persona al estar utilizando una noción de reinserción social que la Administración puede imponer contra la voluntad del condenado. Además, ese planteamiento obviaría también que, en ocasiones, el acercamiento a la familia y amigos puede convertirse en un mecanismo de conexión con una realidad social cambiante que rechace la violencia y favorezca efectivamente la reeducación y reinserción social.

8. Por tanto y paradójicamente, el CEDH y la jurisprudencia del TEDH han servido en este caso para fundamentar ambas posturas, la del auto y la del voto particular, es decir, a favor y en contra del acercamiento de presos etarras a cárceles de País Vasco y Navarra. Ambas posturas discrepan, al fin y al cabo, sobre si existe o no una base legal suficiente, incluida la proveniente del Consejo de Europa, que justifique tal política penitenciaria y que la mayoría de la sala interpreta de forma positiva al considerar que prevalece la interpretación que hacen de la finalidad de reeducación y

reinserción social del alejamiento sobre el derecho a la vida familiar de los internos. En cualquier caso, conviene señalar que las sentencias del TEDH citadas en el caso no se refieren a presos por causas terroristas.

Laura MOVILLA PATEIRO  
Universidade de Vigo

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.68.1.2016.3a.06>

### 3.7. El principio de no regresión en el estándar de protección ambiental

**DERECHO INTERNACIONAL DEL MEDIO AMBIENTE.—Principio de no regresión en el estándar de protección ambiental.—Protección medioambiental.—Ley de Costas.—Zona marítimo-terrestre.—Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible («Río+20»).**

**Sentencia del Tribunal Constitucional 233/2015 (Pleno), de 5 de noviembre de 2015 (BOE núm. 296, de 11 de diciembre de 2015).** Ponente: Fernando Valdés Dal-Ré.

1. El 5 de noviembre de 2015, el Pleno del TC adoptó, por unanimidad, la sentencia mediante la cual ha resuelto estimar de forma parcial el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por 106 diputados del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso de los Diputados contra determinadas disposiciones de la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas.

2. En la sentencia objeto de atención en el presente comentario se cuestionaba la constitucionalidad de aquellos apartados de la Ley 2/2013 de protección y uso sostenible del litoral que habían modificado la Ley de Costas 22/1988 (BOE núm. 129, de 30 de mayo de 2013), y que suponían las innovaciones jurídicas introducidas por la reforma de la Ley de Costas realizada en el año 2013. En concreto, las disposiciones impugnadas eran: en primer lugar, el art. 1, apartados 2, 3, 10-12, y 39-41; en segundo lugar, el art. 2; en tercer lugar, las DDAA 2.<sup>a</sup>, 4.<sup>a</sup>, 5.<sup>a</sup>, 6.<sup>a</sup>, 7.<sup>a</sup> y 9.<sup>a</sup>; en cuarto lugar, la DT 1.<sup>a</sup>; y en quinto lugar, el Anexo de la Ley 2/2013. Con ello, se denunciaba la violación de tres preceptos constitucionales, a saber: el art. 132.2 de la CE relativo a los bienes de dominio público (que es parte del Título VII: Economía y Hacienda), el art. 45 de la CE sobre el medio ambiente y calidad de vida (que se incorpora en el Título I: De los derechos y deberes fundamentales, Capítulo III: De los principios rectores de la política social y económica), y el art. 9.3 de la CE referido a las garantías jurídicas (que es parte del Título preliminar de la CE).

3. En relación con ello, cabe señalar que la Ley 2/2013 —como, de hecho, lo fue en su momento también la antigua Ley 22/1988— está siendo muy controvertida, suscita muchos debates doctrinales y es, también, objeto de varios pronunciamientos judiciales pues toca muy de cerca aspectos que son vitales para la sociedad y economía española. Con este acto normativo, el Gobierno de España ha intentado dar respuesta a una serie de críticas y encontrar soluciones a varios conflictos suscitados por la aplicación de las disposiciones de la antigua Ley de Costas, vigente durante cinco lustros [véase SOBRINO HEREDIA, J. M., «L'aménagement du territoire maritime et la planification en droit espagnol», en BOILLET, N. (dir.), *L'aménagement du territoire maritime dans le contexte de la politique maritime intégrée. Actes du Colloque de Brest 9 et 10 octobre 2014*, París, Pedone, 2015, pp. 182-189. Para un estudio de la Ley 2/2013 nos

remitimos, también, a: MUÑOZ AMOR, M. M., «Comentario a la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de costas», *Práctica urbanística*, 2013, núm. 123, pp. 50-60; y PÉREZ GÁLVEZ, J. F. y ALEMÁN MONTERREAL, A. (coords.), *Costas y urbanismo. El litoral tras la Ley 2/2013, de protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley de Costas*, Madrid, La Ley, 2013].

4. A nuestro entender, el TC analiza detalladamente las disposiciones impugnadas de la Ley 2/2013 en relación con los tres artículos de la CE mencionados, que se consideran vulnerados por las disposiciones controvertidas, para, luego, desestimar la mayor parte de las presuntas vulneraciones alegadas por la parte recurrente. Y, al hilo de la lectura de los argumentos y afirmaciones utilizadas en este asunto, estimamos que la problemática de las dunas, por un lado, y el principio de no regresión en el estándar de protección ambiental, por otro lado, representan las dos cuestiones que mayor interés despiertan a efectos de este comentario de la STC 233/2015.

5. En primer lugar, por lo que se refiere a la cuestión de las dunas, hay que mencionar que el art. 3 de la Ley 22/1988, de Costas, modificado por la Ley 2/2013, estipula que son considerados «bienes de dominio público marítimo-terrestre», en virtud del art. 132.2 de la CE, la ribera del mar y de las rías, el mar territorial y las aguas interiores, así como los recursos naturales de la zona económica exclusiva y la plataforma continental de España. Si bien en el caso del mar territorial, de las aguas interiores, y de los recursos naturales de la zona económica exclusiva y de la plataforma continental existe una legislación específica en el ámbito nacional que refleja, en su inmensa mayoría, el marco jurídico internacional existente al respecto en la materia —en el que destacan las disposiciones de la CNUDM— a la que se puede acudir para poder conocer los límites de la soberanía y la jurisdicción de España en este campo, consideramos que, respecto de la ribera del mar y de las rías, esta modificación legislativa arroja claridad al contener una definición amplia de la noción de «la ribera del mar y de las rías» en tanto que bien de dominio público previsto por el art. 132.2 de la CE.

6. Así, en esta categoría se incluyen, por un lado, «[l]a zona marítimo-terrestre o espacio comprendido entre la línea de bajamar escorada o máxima viva equinoccial, y el límite hasta donde alcancen las olas en los mayores temporales conocidos» —como pueden ser, por ejemplo, las marismas, las albuferas, las marjales, los esteros, y, como regla general, «las partes de los terrenos bajos que se inundan como consecuencia del flujo y reflujo de las mareas, de las olas o de la filtración del agua del mar»—, y, por otro lado, las playas o zonas de depósito de materiales sueltos —como, por ejemplo, las arenas, las gravas y los guijarros, incluyendo los escarpes, las bermas y las dunas—. Por lo que se refiere específicamente a las dunas, quisiéramos indicar que se tendrá en cuenta el límite de las mismas, que fuese estimado necesario a efectos de garantizar la estabilidad de la playa y la defensa de la costa. El legislador español va más allá al incidir, luego, que por «dunas» se entenderán aquellos «depósitos sedimentarios, constituidos por montículos de arena tengan o no vegetación que se alimenten de la arena transportada por la acción del mar, del viento marino o por otras causas» (art. 1.4 de la Ley 2/2013).

7. En cuanto al alcance de la noción de «dunas» en la Ley 2/2013, los recurrentes alegaban en este asunto que «al anularse la consideración demanial de todas las cadenas de dunas litorales, se limitan indebidamente el ámbito del dominio público, excluyendo espacios que forman parte de un único ecosistema, que solo quedarán protegidos *per relationem* con otros elementos del litoral [...] infringiendo con ello el principio de seguridad jurídica del art. 9.3 CE, y el art. 132.2 CE» [STC 233/2015, FJ 3.c)].

8. En respuesta a estas cuestiones planteadas, el TC recordó que el art. 4.d) del Reglamento de la Ley de Costas de 1989, tras incluir en la delimitación de la playa las cadenas de dunas que estén en desarrollo, desplazamiento o evolución debida a la acción del mar o del viento marino, modulaba la inclusión de las restantes dunas limitándolas a las «fijadas por vegetación hasta el límite que resulte necesario para garantizar la estabilidad de la playa y la defensa de la costa». Este acto normativo había sido objeto de impugnación ante el TS [STS (Sala de lo Contencioso) de 5 de diciembre de 2013], el cual aprovechó la ocasión para afirmar que, para que una duna fuese excluida del dominio público estatal, era necesaria una prueba específica y contundente de que la duna había sido fijada por la vegetación hasta el punto de que no resultaba necesaria para garantizar la estabilidad de la playa y la defensa de la costa [STC 233/2015, FJ 3.c)]. A continuación, el TC encontró que la exigencia de garantizar la estabilidad de la playa y la defensa de la costa impedía la exclusión de las dunas móviles o en evolución. Ello encuentra su fundamento en diversas consideraciones de distinta índole, en el contexto de un escenario global de calentamiento de los océanos y subida del nivel del mar. Lo que ya no está puesto en duda por parte de toda la comunidad internacional. Esta situación delicada fue advertida para varios países en el marco de diversos foros internacionales, tales como: el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático —creado por las Naciones Unidas y la Organización Meteorológica Mundial—, la Agencia Europea de Medio Ambiente, o la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible celebrada en el año 2012 (véanse los puntos 165 y 190 del documento «El futuro que queremos», que es conocido, también, como la «Declaración de Río+20», y que fue aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución A/Res/66/288, con fecha del 11 de septiembre de 2012. Para un análisis de estas cuestiones, véase OANTA, G. A., «Protection and Preservation of the Marine Environment as a Goal for Achieving Sustainable Development on the Rio+20 Agenda», *International Community Law Review*, vol. 16, 2014, núm. 2, pp. 214-235).

9. En relación con ello, cabe recordar que, tal y como lo afirmó el propio TC en su Sentencia 227/1988, de 29 de noviembre, «la incorporación de un bien al dominio público supone no tanto una forma específica de apropiación por parte de los poderes públicos, sino una técnica dirigida primordialmente a excluir el bien afectado del tráfico jurídico privado, protegiéndolo de esta exclusión mediante una serie de reglas exorbitantes de las que son comunes en dicho tráfico *iure privato*» (FJ 14). Además, el TC estimó, en lo referido a la zona marítimo-terrestre, que la naturaleza y las características de la misma no se reducen solamente al hecho físico al tratarse de «un espacio en el que entran en contacto el mar y la tierra» [STC 149/1991, de 4 de julio, FJ 1.c) y d); STC 233/2015, FJ 2.a)].

10. Esta situación especial de la zona marítimo-terrestre había sido reconocida, años atrás, primero, en el marco del Consejo de Europa, y, luego, por la entonces Comunidad Económica Europea. Así, el Consejo de Europa adoptó en 1973 la Resolución (73) 29 sobre la protección del litoral, y diez años más tarde la Carta Europea de la Planificación Regional/Espacial. Por otra parte, en la Conferencia de Regiones Periféricas Marítimas de la Comunidad Económica Europea se adoptó, el 20 de octubre de 1981, la Carta Europea del Litoral (para un estudio detallado de este texto jurídico, véase SANZ LARRUGA, F. J., «La protección ambiental del litoral español. Hacia una gestión sostenible e integrada de las zonas costeras», *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2000, núm. 4, pp. 459-485). La Carta Europea del Litoral fue seguida por la adopción de una Resolución del Parlamento Europeo en 1982 precisamente sobre estas cuestiones (JO C núm. 182, de 19 de julio de 1982).

En todos estos documentos se reconocía la escasez y la fragilidad del litoral, y, también, se incidía en la necesidad de la existencia de una planificación integrada de las zonas costeras de los Estados al comprenderse, entre otras consideraciones, que el litoral jugaba un papel esencial para la vida humana y para el mantenimiento de los equilibrios naturales que condicionan la vida humana, así como un papel estratégico para el desarrollo económico y en la reestructuración de la economía mundial, siendo un lugar donde pudiesen realizar actividades económicas y sociales generadoras de empleo para la población local. Finalmente, el TC desestimó la impugnación relativa a la nueva regulación de las dunas (STC 233/2015, FJ 3).

11. Y, en segundo lugar, respecto del principio de no regresión en el estándar de protección ambiental —conocido, también, como la «cláusula *stand-still*»—, quisiéramos señalar que los recurrentes alegaban que la Ley 2/2013 vulneraba el art. 45 de la CE relativo al medio ambiente y la calidad de vida, en relación con los arts. 53 (sobre la tutela de las libertades y derechos, y el recurso de amparo) y 132 de la CE, puesto que constituía «una rebaja arbitraria del nivel de protección del ecosistema litoral» [STC 233/2015, Antecedentes 1.b)]. Se estimaba, entre otras, que varias de las modificaciones introducidas por la Ley 2/2013 en la Ley de Costas posibilitaban una reducción significativa de la servidumbre de protección en las rías (que representan una parte de la zona marítimo-terrestre), y que estas modificaciones rebajaban el estándar de protección del ecosistema litoral, lo que era considerado injustificado, irrazonable y, por tanto, arbitrario.

12. En relación con ello, cabe mencionar que el principio de no regresión en el estándar de protección ambiental requiere que cualquier disminución del nivel de protección ambiental realizada por vía legislativa debe basarse sobre razones objetivas suficientemente fundamentadas y en cambios sobrevenidos en las circunstancias físico-geográficas del bien ambiental protegido, y no en la libre disposición del legislador. En caso contrario, dicha modificación no podría ser conforme con las disposiciones de la CE. Asimismo, se considera que este principio trata de establecer hitos mínimos del respeto a la biodiversidad (véase SAGOT RODRÍGUEZ, M., «El principio de no regresión en materia ambiental: análisis de dos casos de directrices transgresoras», *Actualidad Jurídica Ambiental*, 2013, núm. 2; para un estudio de este principio, nos remitimos a GEIS CARRERAS, G., «Cuestiones específicas de la ejecución de sentencias urbanísticas que inciden en la protección del medio ambiente: especial referencia al principio de no regresión del suelo verde urbano», *Revista Vasca de Administración Pública*, 2014, núms. 99-100, pp. 1525-1545).

13. Tal y como lo ha afirmado el propio TC en una sentencia muy reciente (STC 45/2015, de 5 de marzo, FJ 4), este principio busca la conservación y la utilización racional de los recursos naturales. Se trata de un principio ya reconocido tanto en el Derecho internacional como en el Derecho de la UE y en el Derecho nacional de varios Estados, y ha sido, también, objeto de atención por los órganos judiciales de distintos países europeos. Hoy en día, es considerado en tanto que una *lex non scripta* en el Derecho internacional medioambiental, y cada vez más se encuentra, igualmente, en la agenda internacional medioambiental. En esta línea se sitúa, por ejemplo, la Resolución del Parlamento Europeo, de 29 de septiembre de 2011, sobre la elaboración de una posición común de la UE ante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible (Río+20) (DO C núm. 56 E, de 26 de febrero de 2013). Resolución en la que se solicitaba el reconocimiento de este principio de no regresión en el contexto de la protección del medio ambiente y de los derechos fundamentales (apdo. 97).

14. Pero, entendemos que no tendría que olvidarse que el art. 45 de la CE enuncia un principio rector y no un derecho fundamental, que es el referido a la protección del medio ambiente. Es doctrina consolidada del TC que, en virtud del segundo epígrafe de este precepto constitucional, los Tribunales deben velar por el respeto del medio ambiente, de conformidad con lo que dispusiera la normativa de desarrollo de este artículo de la CE [entre otras: SSTC 32/1983, FJ 2; 149/1991, FJ 1; 102/1995, FFJJ 4-7; 199/1996, FJ 3; 233/2015, FJ 2.c)]. La norma que regulase la protección del medio ambiente no sería intangible, y, por tanto, «la apreciación del potencial impacto negativo de su modificación sobre la conservación del medio ambiente requiere una cuidadosa ponderación en la que, como uno más entre otros factores, habrá de tomarse en consideración la regulación preexistente». Ir más allá equivaldría con un alcance intangible para el derecho al medio ambiente [STC 233/2015, FJ 2.c)], el cual consideramos que no se correspondería con las disposiciones del art. 45 de la CE.

15. Por todo ello, en cuanto a la problemática de si la Ley 2/2013 constituía o no una disminución arbitraria del nivel de protección del ecosistema litoral al no respetar el principio de no regresión en el estándar de protección ambiental, el TC encontró que la solución no vendría dada por la mera comparación de la antigua Ley de Costas y la nueva ley controvertida al no representar la primera «un parámetro jurídico válido para determinar la constitucionalidad de la segunda». Tal y como afirmó el TC en su Sentencia 141/2014, de 11 de septiembre, la Ley de Costas «puede contribuir a la interpretación de la evolución legislativa y del grado de alteración del *statu quo* que supone su reforma, pero en ningún caso puede erigirse en un factor de petrificación, que en tantas ocasiones hemos rechazado por contrariar el legítimo margen de configuración del legislador democrático y el propio carácter dinámico del ordenamiento jurídico» [FJ 9; véase también la STC 233/2015, FJ 2.d)]. Como bien se apuntó por la doctrina, la Ley de Costas en 1988 introdujo un ambicioso marco reglamentario para la protección del litoral que, a pesar de los problemas ocasionados por su ejecución, supuso un cambio radical en la orientación de la gestión del litoral compatible con las propuestas hechas por distintas Organizaciones internacionales (SOBRINO HEREDIA, J. M., *op. cit.*, p. 189).

16. En definitiva, la STC 233/2015 avala la constitucionalidad de la mayoría de las disposiciones de la Ley 2/2013 relativa a la protección y uso sostenible del litoral, y que modifica la Ley 22/1988, de Costas. Disposiciones que fueron recurridas ante el TC por ser consideradas que vulneraban diversos preceptos constitucionales.

Gabriela A. OANTA  
Universidade da Coruña  
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.68.1.2016.3a.07>

### 3.8. Responsabilidad del Estado y prohibición de la munición de racimo

#### PROHIBICIÓN DE MUNICIONES DE RACIMO.—Responsabilidad del Estado.

**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, Sección 6.<sup>a</sup>), de 30 de noviembre de 2015 (ROJ STS 5006/2015).** Ponente: Juan Carlos Trillo Alonso.

**Referencia Centro de Documentación Judicial (Id. Cendoj) 28079130062015100602).**

1. El 30 de noviembre de 2015, el TS dictaba sentencia desestimando la demanda de la empresa armamentística Instalaza que exigía al Estado unos 40 millones de

euros en concepto de indemnización por daño emergente y lucro cesante por la prohibición de munición de racimo, tras la ratificación por España de la Convención de Dublín. En particular, la demandante interpuso recurso de casación contra la SAN de 28 de octubre de 2013, que rechazó la demanda de la actora contra la Orden del Ministerio de la Presidencia, de 5 de septiembre de 2011. Mediante esta Orden, se desestimó la pretensión de indemnización de la empresa por los perjuicios ocasionados como consecuencia de la aprobación de una moratoria unilateral por el Consejo de Ministros, el 11 de julio de 2008, y la ulterior ratificación de la Convención sobre Municiones de Racimo, de 30 de mayo de 2008. En efecto, España firmó la Convención el 3 de diciembre de ese mismo año, procediendo a su ratificación el 8 de junio de 2009 y publicando en el *BOE* núm. 69, de 19 de marzo de 2010, el correspondiente Instrumento de Ratificación.

2. En opinión de la empresa, la responsabilidad del Estado que daría lugar a su derecho a la indemnización derivaría de que la moratoria unilateral y la ratificación de la Convención supusieron la conversión de las granadas de mortero MAT-120 en *res extra commercium*. La empresa había alegado que la prohibición de fabricación y venta de tal munición contenida en dicho Acuerdo del Consejo de Ministros, de 11 de julio de 2008, no derivaba «de la aplicación necesaria de norma jurídica alguna» operando así «como causa eficiente de los citados perjuicios». Asimismo, consideraba que «se trata de una medida de caso único para la demandante y para otra empresa española que fabricaba y comercializaba municiones de racimo», por lo que «en modo alguno se pueden identificar como una carga u obligación general». Sin embargo, la reclamación fue desestimada al entender que el correspondiente Acuerdo se ajustaba a lo dispuesto en la Ley 53/2007, de 28 de diciembre, sobre el control del comercio exterior de material de defensa y de doble uso, así como a las funciones en materia de política exterior y de defensa atribuidas en virtud del art. 97 de la CE. En consecuencia, no procedería la indemnización al no existir la antijuridicidad del daño.

3. El TS hace suyo el razonamiento de la AN al considerar que la reclamación indemnizatoria carece de título formal de legitimación. En virtud del cual la moratoria del Gobierno «se produjo en el ejercicio de sus competencias [art. 97 CE; art. 5.1.d) y concordantes de la Ley 50/1997], una vez adoptada la Convención [...] anticipando la aplicación de la misma». A su vez, el compromiso adquirido a través de la Convención «responde al mandato parlamentario a que se hace referencia en el texto del Acuerdo, concretado en la disposición final quinta de la Ley 53/2007 [...] El Gobierno promoverá y apoyará las iniciativas nacionales e internacionales, tanto en el ámbito de Naciones Unidas como en los organismos multilaterales competentes que tengan por objetivo la restricción y, en su caso, la prohibición de las bombas de racimo, especialmente peligrosas para las poblaciones civiles». En este sentido, el Consejo de Estado había establecido en el correspondiente dictamen preceptivo que el Acuerdo del Consejo de Ministros no tenía por objeto una privación de derechos específica, sino «una modificación de un régimen existente por otro más acorde con el interés público superior de protección de la vida humana y con el Derecho internacional humanitario, modificación que era previsible y aparece configurada como una carga general».

4. Planteado el caso ante el TS, la empresa demandante centra su argumentación en la concurrencia de los elementos que permiten establecer la responsabilidad patrimonial del Estado, sobre la base de los arts. 9.3 y 106.2 de la CE, del art. 139.1 de la Ley 30/1992 y de la correspondiente jurisprudencia. En particular, considera que la Administración, a través del Acuerdo del Consejo de Ministros y de la ratificación de la Convención, le habría causado un daño real, efectivo, individualizado y antiju-

rídico, al suponer la imposibilidad de fabricar y vender el armamento MAT-120. La Sala llama la atención sobre la formulación de esta argumentación al considerar que «no guarda relación con la fundamentación de la sentencia recurrida, en la que no se cuestiona ni el funcionamiento que la recurrente, con el calificativo de normal, atribuye a la Administración [...], ni las consecuencias que de ello se derivan, en concreto, la expulsión del MAT-120 del comercio lícito, ni los perjuicios que esa expulsión pudo originar a la actividad de la recurrente, ni que esos perjuicios no se producirían si no se hubieran adoptado los acuerdos de mención».

5. La desestimación de la demanda se fundamenta, por un lado, en la inexistencia de previsiones legales en la Ley 53/2007 que sirva de base a la reclamación en los términos del art. 139.3 de la Ley 30/1992, según el cual «las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que estos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos». En segundo lugar, para la Sala también resulta evidente y determinante que el Acuerdo del Consejo de Ministros establece una «modificación del régimen existente por otro más acorde con la protección de la vida humana y el Derecho internacional humanitario, modificación que además de previsible se configura como una carga general». De este modo, no existe una privación específica de derechos de la empresa Instalaza. Además, la Sala destaca el régimen especial de sujeción que surge de la autorización propia de la industria armamentística que puede cambiar, por lo que tampoco puede la recurrente alegar imprevisión ante el cambio de régimen originado por el Acuerdo y por la ratificación de la Convención.

Jorge Antonio QUINDIMIL LÓPEZ  
Universidade da Coruña

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.68.1.2016.3a.08>