

II. JURISPRUDENCIA

A) JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA EN MATERIA DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO *

Coordinación a cargo de

Javier ROLDÁN BARBERO

Catedrático de Derecho internacional público
Universidad de Granada

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO.—2.1. Aplicación del Acuerdo ADPIC en el ordenamiento español en materia de patentes de producto químico o farmacéutico. Reserva de España al Convenio de la Patente Europea.—2.2. Valor jurídico de los tratados en España. Derechos humanos. Discapacidad.—3. EL ESTATUTO INTERNACIONAL DEL ESTADO.—3.1. Apatridia. Condición jurídica de los saharauis. Reconocimiento del estatuto de apátrida.—4. DERECHO DEL MAR.—4.1. Tráfico internacional de estupefacientes.—4.2. Pesca. Gestión y conservación de recursos pesqueros. Acuerdos de cesión de cuotas de pesca entre Estados miembros. Acuerdo de Arcachon entre España y Francia.—5. ASILO Y REFUGIO.—5.1. Comentario general.—5.2. Persecución por motivos de género. Permanencia en España por razones humanitarias.—6. PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.—6.1. Jurisdicción universal.—6.2. Recurso de casación y derecho a una doble instancia penal.—6.3. Tortura y otros tratos inhumanos y degradantes.—6.4. Art. 10.2 CE. Cuestiones generales.

1. INTRODUCCIÓN

En esta crónica, que abarca la jurisprudencia recaída en el segundo semestre de 2011, se han seguido directrices similares a las anteriores. En consecuencia, algunos ámbitos y algunas decisiones no son objeto de comentario, pero sí deben ser objeto en esta introducción de una referencia para su seguimiento por el lector interesado. Veamos:

* Esta crónica corresponde a las resoluciones dictadas entre el 1 de julio y el 31 de diciembre de 2011. La primera identificación de resoluciones relevantes ha correspondido a los Profs. Eva Díez Peralta y Jesús González Giménez, de la Universidad de Almería, y Rafael Marín Aís, de la Universidad de Granada.

— Algunas resoluciones se encuentran a caballo entre el Derecho de la Unión Europea y el propiamente internacional. Este carácter fronterizo tiene la Sentencia *Arcachon*, que sí ha merecido un breve comentario en las páginas siguientes. Pero este carácter fronterizo también lo tienen otras decisiones que no han podido ser objeto de reseña. Destacaría, en este orden de ideas, la Sentencia 1296/2011, dictada el 15 de septiembre de 2011 por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid. En ella se interpreta la directiva comunitaria sobre reagrupación familiar a la luz de la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, adoptada en 1989.

— Tampoco hemos dedicado una glosa a sentencias que consolidan una jurisprudencia ya reseñada en crónicas anteriores. Es el caso de decisiones relativas a convenios para evitar la doble imposición o a las exenciones fiscales establecidas en el marco de la OTAN. Sí me gustaría simplemente citar, a propósito de una jurisprudencia conocida y consolidada, la Sentencia de nuestro Tribunal Constitucional 118/2011, de 5 de julio (*BOE* de 2 de agosto). En ella se reafirma que «son las reglas internas de delimitación competencial las que en todo caso han de fundamentar la respuesta a las controversias planteadas en torno a las atribuciones del Estado y de las Comunidades Autónomas, de suerte que la ejecución de los tratados internacionales corresponderá a quien, conforme a dichas reglas, ostente la competencia material». En consecuencia, el máximo intérprete de nuestra Constitución estima parcialmente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Andalucía al considerar que esta Comunidad Autónoma es la competente en materia de organización interna de las cajas de ahorro fundadas por la Iglesia católica, sin que tal cosa quede enervada por la celebración, por parte del Estado, del Acuerdo con la Santa Sede sobre Asuntos Jurídicos de 3 de enero de 1979.

— Otros asuntos, también reseñados en crónicas anteriores, han seguido generando jurisprudencia aunque ya de menor importancia para el Derecho internacional público. Estoy pensando en el asunto *Alakrana*, sobre el cual el Tribunal Supremo, el pasado 26 de diciembre, ha vuelto a pronunciarse a fin de rebajar a 403 años de cárcel la pena para los autores del secuestro de este atunero vasco y a fin, asimismo, de descartar que los marineros puedan ser considerados víctimas del terrorismo, pues el pillaje era el verdadero objetivo del secuestro.

— También, lógicamente, soslayamos el comentario de resoluciones judiciales dictadas por tribunales internos de terceros países que afectan a los intereses jurídicos de España. Citemos solamente las sentencias dictadas por la Corte de Apelación del Circuito 11 de Estados Unidos el 21 de septiembre, y ratificadas el 29 de noviembre, en relación con el asunto *Odyssey*. En ellas se da la razón a España en cuanto a la propiedad del pecio del *Nuestra Señora de las Mercedes*. De este modo, se adapta la normativa norteamericana a los presupuestos del Derecho internacional reconociendo la inmunidad soberana de los buques de Estado.

— Esta crónica, como las anteriores, solo se refiere a la jurisprudencia pronunciada por el Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo, Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas. Sin embargo, debemos dejar constancia de la primera condena de cárcel dictada, por otro órgano judicial, en España por mutilación genital. Se trata de una sentencia del pasado 16 de noviembre emitida por la Audiencia Provincial de Teruel. La resolución enfatiza el valor de la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados internacionales en la materia, frente a cuyos valores no se puede oponer la profesión de creencias religiosas o convicciones ideológicas o culturales de signo diverso.

— Naturalmente, las resoluciones más vinculadas al Derecho internacional privado quedan reservadas a la crónica contigua; pero sí son dignas de mención algunas de estas decisiones que invocan conceptos jurídico-internacionales de interés. Tal es

el caso de una STS pronunciada el pasado 9 de diciembre (Sala de lo Contencioso, 2917/2010), en la que se establecen los requisitos para validar la reagrupación familiar de menores marroquíes en España sometidos a la *kafala*, institución del mundo islámico alternativa a la adopción. Pues bien, entre esos requisitos se señala que no se puede violar el «orden público internacional español» (*sic*). También encierra interés mencionar las SSTs 7514 y 7515/2011, de 7 de noviembre, concernientes a la concesión de nacionalidad a un marroquí. En estas dos sentencias parejas se desconsidera el dictamen emitido por el Centro Nacional de Inteligencia que desaconsejaba dicha naturalización por razones de orden público que no han llegado a ser precisadas. Por tanto, las resoluciones ofrecen enseñanzas sobre la transparencia y la publicidad administrativas, aun en cuestiones internacionales, en un Estado de Derecho como el nuestro. Otros asuntos de naturaleza privatista atañen a asuntos de relevancia pública. Esto sucede con la STS 2314/2008, de 8 de septiembre de 2011, atinente a la inadmisibilidad del recurso contencioso interpuesto por una sociedad domiciliada en Estados Unidos contra el acuerdo que reclama compensación por los daños causados por el accidente del *Prestige*.

— En fin, en otros asuntos de connotaciones internacionales no se ha llegado a dictar resolución sobre el fondo, la cual habría sido sin lugar a dudas jugosa. Me refiero, en particular, a la querrela presentada por un grupo de abogados contra las tres principales agencias de calificación —Moody's, Fitch y Standard & Poor's— que tanto y tan opacamente influyen en nuestras vidas. La Audiencia Nacional desestimó esta querrela al considerar que no existen indicios de alteración de precios en el mercado bursátil ni utilización de información privilegiada, según un auto dictado el 30 de agosto de 2011.

En el momento de ultimar esta crónica el nuevo Gobierno, presidido por Mariano Rajoy, vuelve a invocar la necesaria modernización y agilización de la Justicia en España. Que así sea.

Javier ROLDÁN BARBERO

2. RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO

2.1. Aplicación del Acuerdo ADPIC en el ordenamiento español en materia de patentes de producto químico o farmacéutico. Reserva de España al Convenio de la Patente Europea

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 766/2011 (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), de 11 de noviembre de 2011, FJ 8.º Ponente: Jesús Corbal Fernández.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079110012011100736.

OCTAVO.—En el motivo tercero se alega infracción del art. 9.3 de la Constitución en relación con los arts. 167.2 y 167.5 CPE, la Disposición Transitoria del Real Decreto 2424/1986 de aplicación de CPE en España, el Instrumento de Adhesión de España al CPE de 10 de julio de 1986, la Disposición Transitoria 1.ª LP y los arts. 112 LP, 113 LP, 114 LP, 126 LP y 127.6 LP, al contravenir la Audiencia la jurisprudencia que exige el respeto escrupuloso del principio de seguridad jurídica. Con independencia de que el

motivo está montado en el vacío dadas las razones en que se basó la Audiencia para desestimar la apelación de las demandantes en la problemática concreta que se examina, en cualquier caso, a partir de la Sentencia de esta Sala de 10 de mayo de 2011, número 309, ya no se plantea el problema de aplicación de la Reserva efectuada por España al CPE (Instrumento de Adhesión de 10 de julio de 1986; RD 2424/1986, de 10 de octubre), ya que al ratificarse por España, sin reserva alguna, el Acuerdo sobre los Aspectos de Derecho de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC, o TRIPS en versión en lengua inglesa) —BOE 24 de enero de 1995—, aquélla ha quedado sin efecto. La doctrina de dicha Sentencia, que constituye la jurisprudencia «actual», que es la del momento que se juzga, y la que debe aplicar ineludiblemente el Tribunal, salvo cambio explícito que aquí no se justifica, determina, por un lado, que deba resolverse el asunto conforme a la misma, considerándose suficiente la motivación por remisión, por no suscitarse ninguna cuestión de interés que no esté examinada en dicha Sentencia, resultando ociosa la reproducción de sus argumentos, y, por otro lado, que si bien se mantiene un criterio diferente al de la Audiencia, y que coincide con el del Juzgado de lo Mercantil, no es necesario casar por aplicación de la doctrina de la equivalencia de resultados o del resultado útil, con arreglo a la que no resulta exigible acordar la casación cuando el motivo se desestima aunque sea por razones distintas a las de la sentencia impugnada.

Por todo ello el motivo decae.

Confirmando la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 309/2011 (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), de 10 de mayo de 2011, FJ 4.º Ponente: Jesús Corbal Fernández.

No publicada en Cendoj. RJ 2011/3853.

CUARTO.—[...] Examinadas las precedentes cuestiones previas se plantea seguidamente, como presupuesto insoslayable de la retroactividad o irretroactividad, la cuestión relativa a la aplicabilidad del Acuerdo sobre los ADPIC. La respuesta afirmativa no ofrece duda ni en el aspecto del ordenamiento jurídico interno, ni en el del internacional público. En el primer aspecto se debe señalar que el Acuerdo —como Anexo 1C— forma parte del Tratado de Marrakech ratificado por España y que fue publicado en el BOE. Por tanto, se dan los requisitos para que se convierta en norma del ordenamiento interno, con valor superior incluso a las normas de legalidad ordinaria, por aplicación de los artículos 96.1 CE y 1.5 CC, y según reconocen reiterada doctrina del Tribunal Constitucional y jurisprudencial de esta Sala 1ª del Tribunal Supremo. Por otra parte, y en lo que atañe a los preceptos que aquí interesan —arts. 27.1 y 70.2 del Acuerdo— son normas claras, precisas e incondicionales, que no precisan de mecanismo complementario, como desarrollo legal o reglamentario, y que tienen carácter sustantivo civil generando derechos y obligaciones para los particulares (en cuanto que las patentes constituyen derechos de carácter patrimonial). Por tanto, nos hallamos ante normas del ordenamiento jurídico interno, auto-ejecutivas («self-executing») y de aplicación directa por los órganos jurisdiccionales —en este caso, Tribunales civiles—.

Tampoco hay objeción a la aplicación del Acuerdo en la perspectiva del Derecho de la Unión Europea —ni de Derecho derivado, ni de jurisprudencia del TJUE—, porque, dada la naturaleza de la materia, no hay contradicción alguna. Y asimismo, no hay obstáculo de Derecho internacional público. De conformidad con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969 (Instrumento de Adhesión de 2 de mayo de 1972, BOE 17 de junio de 1980), los Tratados deben ser cumplidos y observados

(art. 27), el posterior deroga el anterior en lo que no sea compatible (art. 30.3), la regla de la irretroactividad no rige para las situaciones posteriores (art. 28) y deberán ser interpretados de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta el objeto y fin (art. 31.1). No hay conflicto con el CPE porque, con independencia de que las partes son prácticamente las mismas (aparte de que en su caso habría que reducir la operatividad de la Reserva al Estado no parte que la invocase), debe tenerse en cuenta que España no «blindó» en el art. 2.2 del Acuerdo-ADPIC el CPE, ni tampoco formuló reserva alguna al art. 27.1 A-ADPIC (art. 72), y, en cualquier caso, la Reserva al CPE no es un acuerdo sino una declaración unilateral de España, que no le supone obligación alguna respecto de la Organización Europea de Patentes, constituyendo únicamente una facultad, de modo que podría retirar la reserva sin contradecir el CPE, el cual incluso la alienta (art. 167.4). Por ello, una afectación de la Reserva por el A-ADPIC en nada menoscaba el CPE; más bien, al contrario, contribuye a la unificación del Derecho europeo en la materia, que es uno de los anhelos (junto a la transparencia y seguridad jurídica) que impregnan la regulación unitaria.

Siendo clara la aplicación directa en España del A-ADPIC (en cuanto a las normas susceptibles de tal efecto) se plantea seguidamente el tema de la retroactividad. La tesis contraria a dejar sin efecto la congelación ex art. 167.5 CPE, o dicho de otro modo, de oposición a la aplicación plena del art. 27.1 A-ADPIC, aparte de otros argumentos menores e inconsistentes, como la idea de separar con un distinto nivel de protección las patentes de procedimiento y de producto, que no tiene base y contradice el principio de no discriminación, entiende que en el tema que se debate rige el principio de irretroactividad que consagra el art. 70.1 del Acuerdo, de modo que dicha irretroactividad comprende los actos realizados y se extiende a todos sus efectos. Sin embargo, dicha tesis no tiene en cuenta que el art. 70.2 recoge una manifestación de la denominada retroactividad media o limitada, que distingue las situaciones consumadas o agotadas de las situaciones realizadas con posterioridad a la entrada en vigor de la segunda norma (la retroactiva), y que está admitida por reiterada doctrina del Tribunal Constitucional y jurisprudencial del Tribunal Supremo. La afirmación de que el art. 70.2 recoge un supuesto de retroactividad media se deduce (i) del tenor literal de la norma de dicho apartado 2, (ii) de la regla de interpretación lógica de que, de no entenderlo así, dicho precepto (70.2) quedaría vacío de contenido, (iii) de la interpretación resultante de relacionar el apartado 2, con los otros apartados del art. 70, singularmente los números 3, 4, 6 y 7, y (iv) finalmente, coincide con la conclusión sentada por el Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio en la Decisión de 18 de septiembre de 2000 que resolvió una disputa sobre aplicación del art. 33 del A-ADPIC (aunque la decisión contiene doctrina general) entre Canadá y Estados Unidos (WT/DS170/AB/R); y cuyas principales apreciaciones se pueden resumir en que los apartados 1 y 2 del art. 70 son disposiciones independientes y mutuamente excluyentes; la expresión «actos realizados» del art. 70.2 (principio de irretroactividad, y respecto de los que el Acuerdo no genera obligaciones) se refiere a «las cosas hechas», «a lo que ha sido hecho» y «está actualmente completo y acabado»; y «materia existente» a la que se refiere el art. 70.2, alude a las invenciones protegidas mediante patente, comprendiendo las situaciones que no han dejado de existir, respecto de las que el Acuerdo genera derechos y obligaciones.

Por todo lo expuesto, el art. 167.5 CPE no puede seguir aplicándose a patentes concedidas y vigentes al 7 de octubre de 1992, debiendo prevalecer el principio de no discriminación del art. 27.1 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, Anexo 1 C del Acuerdo por el que se estableció la OMC (BOE 24 de enero de 1995).

Nota: 1. Esta sentencia de noviembre de 2011 pone punto final a uno de los contenciosos de más interés y notables implicaciones económicas que se han desarrollado en nuestros tribunales en materia de Derecho internacional público. Con esta segunda sentencia que confirma la anterior de mayo queda, pues, sentada la jurisprudencia del Alto Tribunal, confirmando la aplicabilidad directa del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo ADPIC en adelante) en el ordenamiento jurídico español a pesar de la reserva formulada al Convenio de Múnich de 1973 sobre la patente europea (CPE). La importancia de pronunciamientos posteriores que hayan de resolver los epígonos litigiosos de esta nutrida controversia vendrá referida más a aspectos técnicos del Derecho de patentes que a una evolución de lo juzgado en esta cuestión central. Prueba de ello es la primera sentencia reseñada que zanja un litigio relativo al emblemático producto de la atorvastatina.

2. Merece esta jurisprudencia un comentario breve por dos razones. En primer lugar, el largo peregrinar por numerosos órganos judiciales de distintos órdenes jurisdiccionales desde la primera sentencia (Sentencia de 9 de diciembre de 2005 del Juzgado de Primera Instancia núm. 27 de Madrid) le ha robado novedad a esta cuestión, no sólo en el terreno científico —el tema ha sido objeto de una atención doctrinal más que perceptible—, sino incluso judicial, ya que la Sala 3.^a de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo [como se dio cuenta en esta revista: *REDI*, vol. LXIII (2011), 2, pp. 184-192], había resuelto un par de meses antes, por vía de la revisión de la traducción de una patente europea, la aplicabilidad directa del Acuerdo ADPIC en el ordenamiento español. Esta es, pues, la crónica de una jurisprudencia anunciada. Pero, y de forma más importante, la brevedad viene demandada por la parquedad de la argumentación jurídica del Tribunal Supremo. A estas alturas importaba menos el acierto en el tiro que la justificación y la Sala de lo Civil ha optado por la acumulación de argumentos jurídicos enunciados, pero sin desarrollar con excepción quizá de aquel relativo a los efectos de la reserva que, en consecuencia, habrá de tomarse como el principal.

3. La sentencia argumenta acertadamente la aplicabilidad directa del Acuerdo ADPIC en tres planos: Derecho interno, Derecho de la Unión Europea y Derecho internacional. Siendo el punto de partida el significado de la integración de los tratados internacionales en el ordenamiento español (art. 96.1 CE), el Tribunal Supremo recurre aparentemente a la terminología de la eficacia directa (normas claras, precisas e incondicionales) unido al que debe ser su significado jurídico material (esto es, que no precisan de mecanismo complementario, como desarrollo legal o reglamentario, y que tienen carácter sustantivo civil generando derechos y obligaciones para los particulares) para fundamentar el carácter *self-executing* y la aplicación directa de los arts. 27.1 y 70.2 del Acuerdo ADPIC. Poco objetable salvo floritura doctrinal.

4. Sin embargo, cosa distinta ocurre con la argumentación respecto de los dos planos restantes. La argumentación de la falta de obstáculos en Derecho de la Unión es tautológica como poco o, más bien, inexistente. La única explicación loable de esta omisión vendría de la ausencia de argumentos contradictorios de las partes al respecto, pero ello no justifica que el TS hubiera dejado claro por qué no existe contradicción y si esta se deriva de la inexistencia de normas sustantivas contradictorias o de que la materia objeto del litigio no entra dentro del ámbito del Derecho de la Unión Europea, el cual no prejuzga la solución jurídica que los ordenamientos internos den a la eficacia directa del Derecho de la Organización Mundial del Comercio. Finalmente, por lo que se refiere al Derecho internacional, el Tribunal Supremo decide acumular en una suerte de *totum revolutum* el carácter obligatorio de los pactos, los criterios

de interpretación de los tratados internacionales y las reglas sobre tratados sucesivos sobre la misma materia que recoge el art. 30 del Convenio de Viena de 1969 (que no se aplica en sentido estricto al caso, sino en cuanto reflejo del Derecho internacional consuetudinario). Por qué tales cuestiones eran relevantes, qué problemática entrañaban y, en su caso, qué solución jurídica demandaban, debe consultarse no en la sentencia sino en las aportaciones de la doctrina (sigue siendo la obra de referencia *Una década del Acuerdo ADPIC. Avances en la protección de la innovación*, Fundación CEFI, 2006). Sí es verdad que, aun sin desarrollarlo, el Tribunal Supremo se maneja con fortuna en el difícil régimen de las reservas a los tratados, al apuntar que la relevancia de la reserva española quedaría confinada a la disparidad de partes entre el CPE y el Acuerdo ADPIC (prácticamente inexistente), pero sobre todo cuando extrae las consecuencias correctas de la naturaleza jurídica unilateral de la reserva en tanto que instrumento de exclusión de la asunción de obligaciones convencionales y, en ningún modo, un instrumento o acuerdo bilateral contrarregulador. Este argumento «en cualquier caso», como dice la sentencia y ya apuntó tempranamente parte de la doctrina (véase la contribución de Diego Liñán Nogueiras en la obra citada), impedía abordar la cuestión desde la perspectiva de la incompatibilidad de tratados sucesivos en el tiempo, pues la afectación de la reserva española al CPE por parte del Acuerdo ADPIC en nada contradecía las obligaciones internacionales asumidas por España en el CPE.

Pablo MARTÍN RODRÍGUEZ
Universidad de Almería

2.2. Valor jurídico de los tratados en España. Derechos humanos. Discapacidad

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Contencioso, Sección 1.ª), de 26 de octubre de 2011. Ponente: Fernando Seoane Pesqueira.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 15030330012011100988.

TERCERO.—Tanto la asociación Solcom, en el recurso n.º 352/2010, como la asociación asistencia personal para la vida independiente, en el recurso acumulado n.º 353/2010, solicitan seguidamente la nulidad del Decreto 15/2010, en base a la alegación de que este fomenta el internamiento sistemático de ciudadanos con diversidad funcional en detrimento de la opción libre de vida independiente en su entorno y comunidad más cercana, y lo hace por cuanto se destinan más recursos económicos a cada plaza de internamiento que a la opción alternativa de recibir asistencia personal para una vida independiente en el propio domicilio y comunidad próxima. Consideran que con ello se vulneran los arts. 9.2 (promoción de las condiciones de igualdad por los poderes públicos), 9.3 (jerarquía normativa), 10 (dignidad), 14 (igualdad), 15 (vida e integridad física y moral), 17 (libertad), y 19 (libre elección de residencia) de la Constitución, Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, y art. 19 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, ratificada por España mediante instrumento publicado en el BOE de 21 de abril de 2008, que, bajo la rúbrica «Derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad», establece:

«Los Estados partes en la presente Convención reconocen el derecho en igualdad de condiciones de todas las personas con discapacidad a vivir en la comunidad, con opcio-

nes iguales a las de las demás, y adoptarán medidas efectivas y pertinentes para facilitar el pleno goce de este derecho por las personas con discapacidad y su plena inclusión y participación en la comunidad, asegurando en especial que:

a) Las personas con discapacidad tengan la oportunidad de elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir, en igualdad de condiciones con las demás, y no se vean obligadas a vivir con arreglo a un sistema de vida específico;

b) Las personas con discapacidad tengan acceso a una variedad de servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo de la comunidad, incluida la asistencia personal que sea necesaria para facilitar su existencia y su inclusión en la comunidad y para evitar su aislamiento o separación de ésta;

c) Las instalaciones y los servicios comunitarios para la población en general estén a disposición, en igualdad de condiciones, de las personas con discapacidad y tengan en cuenta sus necesidades».

Esta alegación es de carácter tan genérico que dificulta el análisis, pues no se especifican los preceptos y extremos del Decreto impugnado a los que cabe achacar aquella crítica, que es más de política legislativa en torno a lo que se reputa más conveniente, y tampoco se concretan los aspectos de los preceptos invocados a los que se extiende la contradicción.

La fiscalización de la actuación de la Administración que corresponde a esta jurisdicción ha de centrarse en el examen de la adecuación de la misma a la legalidad y el sometimiento a los fines que la justifican (art. 106.1 de la Constitución), por lo que resulta ineludible la mención por los recurrentes de aquellos preceptos que se reputan vulnerados y los aspectos en que esa infracción tiene lugar desde su perspectiva, que es lo que no hacen las demandantes, quienes se limitan a enumerar normas y artículos sin mayor especificación. En todo caso, la crítica que dirigen al Decreto impugnado es más de conveniencia u oportunidad que de legalidad, en cuanto censuran que se destinen más recursos económicos a cada plaza de internamiento que a la opción alternativa de recibir asistencia personal para una vida independiente en el propio domicilio y comunidad próxima, sin que el control que en esta sede debe realizarse pueda extenderse a dichos extremos que quedan extramuros de la legalidad. De todos modos, con el mismo carácter genérico con que se esgrime la alegación, cabe decir que no se aprecia que se infrinjan los preceptos constitucionales mencionados, ni la Ley 39/2006, ni el art. 19 de la Convención de 2006, con la regulación que en el Decreto autonómico se contiene, mereciendo destacar que el derecho a vivir de forma independiente, que se recoge en el art. 19 de la Convención, incluye asimismo el acceso a los servicios de asistencia residencial (apartado b), y que, con arreglo a los arts. 14, 17 y 18 de la Ley 39/2006, la prestación económica para cuidados familiares, cuando el beneficiario esté siendo atendido por su entorno familiar, es excepcional, es decir, únicamente cuando no sea posible el acceso a un servicio público o concertado de atención y cuidado, porque los servicios del Catálogo del art. 15 (prevención, teleasistencia, ayuda a domicilio, centros de día y noche, atención residencial) tendrán carácter prioritario y se prestarán a través de la oferta pública de la Red de Servicios Sociales por las respectivas Comunidades Autónomas mediante centros y servicios públicos o privados concertados debidamente acreditados. Por tanto, el espíritu y finalidad que se contienen en el Decreto impugnado, son acordes a los que se recogen en la Ley 39/2006, a la que desarrolla.

QUINTO.—[...] Solcom argumenta que la aplicación directa de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad (arts. 4, 14 y 19, entre otros) implica que la consulta al interesado debería ser vinculante respecto de la determinación de los servicios y prestaciones derivados del Decreto recurrido, puesto que de lo contrario no

se garantiza que la persona en situación de dependencia disfrute de su efectiva voluntad y autonomía para tomar sus propias decisiones. Por su parte, la asociación asistencia personal para la vida independiente, además de reputar vulnerados los mismos preceptos de aquella Convención, aduce que la ausencia de carácter vinculante de la consulta al interesado supone una vulneración del derecho de la persona discapacitada a tomar decisiones libremente sobre su vida de forma independiente, las cuales no pueden adoptarse sin su expreso consentimiento, debiendo tener las personas con discapacidad la oportunidad de elegir su lugar de residencia, y dónde y con quién vivir, en igualdad de condiciones con las demás, y no se vean obligadas a vivir con arreglo a un sistema de vida específico.

Ninguno de los preceptos mencionados de la Convención de Nueva York de 2006 exige que haya de ser vinculante la consulta al interesado respecto a la elaboración del Programa Individual de Atención. Así, el único lugar del art. 4 (rubricado «Obligaciones generales») que se refiere a la consulta es su apartado 3, en el que se establece que «En la elaboración y aplicación de legislación y políticas para hacer efectiva la presente Convención, y en otros procesos de adopción de decisiones sobre cuestiones relacionadas con las personas con discapacidad, los Estados partes celebrarán consultas estrechas y colaborarán activamente con las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas con discapacidad, a través de las organizaciones que las representan». Nada se dice en él en torno a que las consultas con las personas afectadas hayan de ser vinculantes.

Tampoco se impone la vinculación de la consulta en el art. 14, rubricado «Libertad y seguridad de la persona», pues dicho precepto se dedica al aseguramiento de que las personas con discapacidad disfruten del derecho a la libertad y seguridad y que no se vean privadas de su libertad ilegal o arbitrariamente y que cualquier privación de libertad sea de conformidad con la ley, y que la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de la libertad, dedicándose el apartado 2 al aseguramiento de las garantías procesales de los discapacitados, de modo que no se aborda en dicho precepto nada relacionado con lo que se alega.

Por su parte, el art. 19 de la Convención, antes transcrito, solamente pretende asegurar, en su apartado a), que las personas con discapacidad tengan la oportunidad de elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir, en igualdad de condiciones con las demás, así como que no se vean obligadas a vivir con arreglo a un sistema de vida específico, pero de ahí no se desprende que haya de ser vinculante la consulta al interesado en la elaboración del Programa Individual de Atención.

En consecuencia, no existe fundamento para acoger la pretensión de nulidad del art. 37 del Decreto impugnado [...].

Nota: 1. De la presente sentencia resulta destacable que el Tribunal entre a analizar la pretensión de la parte recurrente de que se establezca la nulidad de una norma con rango reglamentario, debido a su presunta incompatibilidad con una serie de preceptos constitucionales así como con una disposición (art. 19) de la reciente Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (que fue adoptada por unanimidad junto con su Protocolo Facultativo mediante Resolución de la Asamblea General de la ONU 61/611, el 13 de diciembre de 2006, A/RES/61/611). En este caso, el Tribunal sí deja constancia de la posición en el ordenamiento jurídico español de este instrumento, señalando que el Reino de España ha ratificado este tratado internacional y su instrumento de ratificación ha quedado publicado en el *BOE* (núm. 96, de 21 de abril de 2008, p. 20648). El Reino de España, además, mediante la ratificación del Protocolo Facultativo a la Convención (véase el

BOE núm. 97, de 22 de abril de 2008, p. 20750), ha aceptado la competencia del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad para recibir comunicaciones individuales —interpuestas por personas sujetas a su jurisdicción— en relación con los derechos recogidos en la Convención. El Tribunal omite especificar que la entrada en vigor en el ordenamiento internacional de la Convención (así como de su Protocolo Facultativo) se había producido el día 3 de mayo de 2008 (el trigésimo día desde el momento en que fue depositado el vigésimo instrumento de ratificación); puede verse el comentario a una sentencia donde el Tribunal Supremo empleó como elemento hermenéutico la Convención omitiendo igualmente este detalle en MARÍN AÍS, R., *REDI*, vol. LXII, 2010-1, pp. 194-195.

2. En el presente asunto, la asociación recurrente pretende la declaración de nulidad de una norma reglamentaria (Decreto 15/2010) de ámbito autonómico que en palabras de la misma se decanta por dar prioridad al internamiento de ciudadanos con cierto tipo de discapacidad frente a la libre elección de una vida independiente en la comunidad y entorno más inmediato de estas personas. Según la posición de la recurrente esta norma resulta incompatible con una serie de derechos fundamentales (recogidos en los arts. 14, 15, 17 y 19 CE) así como con los arts. 4, 14 y 19 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. El Tribunal rechaza la pretendida nulidad señalando el carácter genérico de los argumentos esgrimidos que en su opinión obedecen más a un criterio de política legislativa que a uno de legalidad; en opinión del Tribunal la recurrente pretende censurar que se destinen más recursos económicos a cada plaza de internamiento que a la opción de recibir asistencia en el propio domicilio y comunidad próxima. Por tanto parece que el Tribunal ha aplicado la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad como una norma que forma plenamente parte del ordenamiento jurídico por la vía del art. 96.1 CE; e incluso se ha aventurado a interpretar el contenido de algunos de sus artículos para descartar como sostiene la recurrente que la consulta al interesado respecto de las prestaciones y servicios contenidos en el Decreto impugnado deba ser vinculante, tal y como presumiblemente sería más acorde con el respeto de la voluntad y autonomía de la persona discapacitada para permitir la realización efectiva de los derechos recogidos en la Convención. En cualquier caso, habida cuenta de que los derechos recogidos en la Convención no son susceptibles de aplicación directa en la mayor parte de los casos (*self-executing*), sino que requieren la adopción de medidas legislativas internas para su plena efectividad, otra opción interpretativa que el Tribunal ha rehusado explorar y que quizá habría sido más fructífera para las pretensiones de la parte recurrente consiste en interpretar los derechos fundamentales esgrimidos (igualdad, integridad moral, libertad y libre elección de residencia) a la luz de las disposiciones y sobre todo a la luz del espíritu y finalidad de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad por imperativo del propio art. 10.2 CE.

3. Para terminar cabe señalar que la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad está llamada a desempeñar un notable papel en el ordenamiento jurídico español. De momento su implementación ya ha supuesto la adopción de un considerable número de modificaciones legislativas y reglamentarias (véanse en particular la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *BOE* núm. 184, de 2 de agosto de 2011, p. 8748, así como el Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *BOE* núm. 224, de 17 de septiembre de 2011, p. 98872).

Por otra parte, no debe soslayarse que el presente es un acuerdo internacional *mixto* desde el punto de vista del ordenamiento jurídico de la Unión Europea, al convertirse esta en la primera organización internacional en ser parte contratante en un tratado internacional sobre derechos humanos depositando el instrumento de confirmación oficial de la Convención el pasado 23 de diciembre de 2010. Este detalle tendrá incidencia en el ordenamiento jurídico interno a la hora de implementar, interpretar y aplicar el Derecho derivado de la Unión que recaiga en áreas cubiertas por la Convención de acuerdo con las exigencias del principio de cooperación leal (art. 4.3 TUE). Es el caso, por ejemplo, de la Propuesta de Directiva del Consejo, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, de 2 de julio de 2008, COM(2008) 426 final. Tanto su transposición al Derecho español como su interpretación y aplicación deberán realizarse a la luz de las obligaciones que se derivan de la Convención.

Una interesante monografía que aborda los derechos de las personas con discapacidad combinando la triple perspectiva internacional, europea e interna, en BIEL PORTERO, I., *Los derechos humanos de las personas con discapacidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

Rafael MARÍN AÍS
Universidad de Granada

3. EL ESTATUTO INTERNACIONAL DEL ESTADO

3.1. Apátrida. Condición jurídica de los saharauis. Reconocimiento del estatuto de apátrida

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso), de 14 de octubre de 2011. Ponente: María Isabel Perelló Doménech.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079130032011100447.

En idéntico sentido:

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso), de 21 de octubre de 2011. Ponente: María Isabel Perelló Doménech.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079130032011100462.

TERCERO.—Tal y como recoge la sentencia impugnada, en la solicitud del estatuto de apátrida manifestaba el interesado haber nacido en Aaiún (Sáhara Español), que entre los años 1976 a 1985 residió en los campamentos de refugiados saharauis, entre 1985 y 1998 residió en Cuba, por razón de estudios, y entre 1998 y 2007 residió de nuevo en los campamentos de refugiados; añadiendo que el pasaporte argelino que presentó sólo le sirve para viajar pero no le reconoce como nacional de dicho país.

Efectivamente, a la solicitud presentada, se acompañaba pasaporte expedido en Argel por las autoridades argelinas el 24 de abril de 2006, documento de identidad expedido por República Saharaui el 22 de septiembre de 2005, y documento de la MINURSO, expedido por las Naciones Unidas en septiembre 1998.

Pues bien, resulta plenamente aplicable al supuesto de autos la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de octubre de 2009, que lejos de contener

un pronunciamiento aislado y puntual, es una más entre varias sentencias con la misma fundamentación jurídica, todas ellas referidas asimismo a solicitantes del estatuto de apátrida procedentes de los campos de refugiados saharauis. Podemos citar, en este sentido, además de la anotada en la sentencia de instancia, nuestras Sentencias de 20 de noviembre de 2007 (RC 10503/2003), 25 de junio de 2008 (RC 1415/06), 18 de julio de 2008 (RC 555/2005), 19 de diciembre de 2008 (RC 7337/2005) y la más reciente de 20 de junio de 2011 (RC 5767/2007), entre otras.

Frente a esta doctrina jurisprudencial ya consolidada, que la Sala de instancia recoge y transcribe, no pueden prevalecer las razones aducidas por el Sr. Abogado del Estado en su recurso de casación, que ya han sido examinadas y desestimadas por esta Sala en las aludidas sentencias; por lo que, en definitiva, el presente recurso no puede prosperar.

Nota: Los casos seleccionados tienen un trasfondo común. Se trata de supuestos en los que dos ciudadanos saharauis procedentes de los campamentos de refugiados en Argelia, y que han entrado ilegalmente en España, solicitan del Ministerio del Interior el reconocimiento del estatuto de apátrida, siéndoles denegado. Recurridas las resoluciones del Ministerio del Interior ante la Audiencia Nacional, esta estima sus recursos, reconociéndoles la condición de apátridas en aplicación de una jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo. La Abogacía del Estado recurre entonces en casación ante el Tribunal Supremo las sentencias de la Audiencia Nacional, siendo sus pretensiones finalmente desestimadas por el Alto Tribunal, que reitera su jurisprudencia.

Los motivos avanzados por la Abogacía del Estado en apoyo de sus recursos son dos. El primero, que el estatuto de apátrida solo puede ser reconocido a personas que de hecho no tienen ni pueden conseguir documentación, lo que, considera, no ocurre en estos casos, ya que estas personas disponen de documentación argelina consistente en la emisión de pasaportes «cuya finalidad es que los saharauis puedan salir a países que, como España, no tienen reconocido como país a la República Árabe Saharaui Democrática». En segundo lugar, la Abogacía del Estado entiende que los saharauis residentes o procedentes de los campamentos de refugiados en Argelia disfrutaban de los elementos esenciales de protección internacional recogidos en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 28 de julio de 1951, por lo que no les es aplicable la Convención sobre el Estatuto de Apátridas de 28 de septiembre de 1954.

Sin embargo, como decimos, el Tribunal Supremo rechaza sus recursos aplicando en ambos supuestos una jurisprudencia que considera consolidada: «La sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de octubre de 2009, [...] lejos de contener un pronunciamiento aislado y puntual, es una más entre varias sentencias con la misma fundamentación jurídica, todas ellas referidas asimismo a solicitantes del estatuto de apátrida procedentes de los campamentos de refugiados saharauis»; concluyendo que las sentencias dictadas por la Audiencia Nacional que reconocen a estos saharauis la condición jurídica de apátridas no vienen sino a recoger y a transcribir dicha jurisprudencia, que queda así, de nuevo, validada.

La jurisprudencia a la que alude el Tribunal Supremo, que ya analicé en una crónica previa de la *REDI* [el comentario corresponde a la crónica de «Jurisprudencia en materia de Derecho internacional público», ROLDÁN BARBERO, J. (coord.), vol. LXII, 2010, 2, pp. 226-230], vino a establecer que el hecho de que Argelia otorgue a los saharauis que viven en los campos de refugiados situados en su territorio pasaportes, no implica el reconocimiento por esta de la nacionalidad argelina. También afirmó el Tribunal Supremo que el carácter restringido y específico del mandato establecido por la resolución del Consejo de Seguridad de la ONU por la que se creó la Misión de las

Naciones Unidas para el Referéndum en el Sáhara Occidental (MINURSO), impide considerar que dicha operación de mantenimiento de la paz otorgue a los saharauis la protección y asistencia que requiere el art. 1.2.i) de la Convención sobre el Estatuto de Apátridas de 1954 para excluirlos de la condición de apátrida. De este modo, el Tribunal Supremo reconoció que los ciudadanos saharauis procedentes de los campamentos de refugiados de Argelia tienen derecho en España al reconocimiento del estatuto de apátrida.

Un apunte más en relación, en este caso, con la interpretación por parte del Tribunal Supremo de la regulación interna del estatuto de apátrida. En España, esta regulación está constituida por el art. 34.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que ha sido modificado por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre. Tras la citada modificación, el régimen de concesión de la situación de apátrida se concibe como un mandato imperativo para el Ministerio del Interior, que queda obligado a reconocer la condición de apátrida a los extranjeros que, manifestando que carecen de nacionalidad, reúnen los requisitos previstos en la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 28 de septiembre de 1954, y a expedirles la documentación prevista en el art. 27 de la citada Convención. A ello añade el citado art. 34.1 que: «El estatuto de apátrida comportará el régimen especial que reglamentariamente se determine». De este modo, la Convención exige de los Estados partes un desarrollo normativo específico que, en nuestro caso, se contiene en el Real Decreto 865/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Reconocimiento del Estatuto de Apátrida (RREA).

Pues bien, resulta interesante destacar que el Tribunal Supremo, en la primera de las sentencias objeto de análisis, considera irrelevante en el supuesto concreto la tardanza por parte del solicitante en efectuar su petición del estatuto de apátrida ante las autoridades españolas competentes (en efecto, éste había tardado más de tres meses desde su llegada a España en efectuar su solicitud). Más teniendo en cuenta que el art. 4.2 del RREA establece que: «cuando el interesado haya permanecido en situación de ilegalidad durante más de un mes, o haya presentado su petición de reconocimiento del estatuto de apátrida teniendo incoada una orden de expulsión, la solicitud se presumirá manifiestamente infundada». Sin embargo, el Tribunal Supremo, aplicando por extensión la doctrina jurisprudencial relativa al art. 7.2 del Reglamento de aplicación de la Ley de Asilo, considera que la presunción *iuris tantum* establecida por el art. 4.2 del RREA «puede entenderse desvirtuada si a tenor de los datos concurrentes en el caso examinado se concluye que en el solicitante concurren todos los requisitos y condiciones necesarios para el reconocimiento y concesión del estatuto de apátrida; que es justamente lo que ocurre en el presente caso». Concluye así el Tribunal que su solicitud no puede presumirse manifiestamente infundada, por lo que confirma la sentencia de instancia. De este modo, dicho saharauí ve así reconocida en España su condición de apátrida pese a la tardanza en solicitar dicho estatuto y de encontrarse en nuestro país en una situación de ilegalidad.

Finalmente, las sentencias que nos ocupan confirman que estamos asistiendo a un nuevo posicionamiento por parte de la Audiencia Nacional en relación con la condición jurídica en España de ciudadanos saharauis procedentes de los campamentos de refugiados en Argelia en línea con la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Este nuevo posicionamiento, más dócil a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, queda confirmado en las recientes Sentencias de 6 de octubre de 2011 (asuntos 4416/2011 y 4417/2011), 13 de julio de 2011 (asunto 3670/2011), y 20 de octubre de 2011 (asunto 4750/2011). Nos encontramos, por tanto, ante una práctica jurisprudencial del Tribunal Supremo que ha cristalizado y que la Audiencia Nacional acata, lo cual es novedoso

si tenemos en cuenta la existencia de una jurisprudencia anterior que les denegaba la condición de apátridas. Y, también hay que decirlo, estamos ante una jurisprudencia que impide seguir considerando como meramente residual la figura de los apátridas en España, con el consiguiente «efecto llamada» que ello conlleva, razón que podría explicar la posición del Ejecutivo en los casos de referencia. Basta para entender su posición examinar el contenido del capítulo III del REEA donde se describen los elementos esenciales del estatuto de apátrida, que contienen, amén de la obligación por parte de estos de acatar la Constitución Española, un conjunto de derechos en los ámbitos de la residencia y el trabajo «de conformidad con lo dispuesto en la normativa de extranjería», así como en lo relativo a la reagrupación familiar [sobre dicha regulación interna véase: DE LORENZO SEGRELLES, J. M., «Art. 34. Residencia de apátridas, indocumentados y refugiados», en ESPLUGUES MOTA, C. (coord.), *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 841-858, en p. 850].

Por último, cabe mencionar una reciente sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria (TSJC), que ha confirmado el permiso de residencia en España a un saharauí por entender que, cuando nació, el Sahara Occidental era provincia española y sus padres tenían un Libro de familia expedido por las autoridades españolas así como documentos de identidad españoles (aunque ahora no lo son), por lo que, a su juicio, se dan las circunstancias para obtener dicho permiso por arraigo familiar (véase una referencia a esta sentencia en: Iustel, *Diario del Derecho*, 10 de noviembre de 2011).

Carmen LÓPEZ-JURADO
Universidad de Granada

4. DERECHO DEL MAR

4.1. Tráfico internacional de estupefacientes

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 4.^a), de 26 de septiembre de 2011. Ponente: Juan Francisco Martel Rivero.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079220042011100024.

TERCERO.—Participación del acusado en los hechos juzgados.

[...] c) *Y sobre las supuestas irregularidades en el abordaje del BARCO000, se cuestionó genéricamente por la defensa del acusado la legalidad del abordaje a que fue sometida la mencionada embarcación en horas del mediodía del 11-10-2003 en aguas internacionales, también sin más especificaciones y aprovechando la fase de informe, lo que impidió que el Ministerio Fiscal respondiera a esta peculiar impugnación. A pesar de la parquedad de la alegación, en aras del cumplimiento del deber de motivación de las resoluciones judiciales, pasamos a exponer las características de la materia objeto de análisis, para a continuación tratar de las diligencias practicadas en este procedimiento relativas al abordaje del barco donde se hallaba la droga incautada.*

Como recuerda la S.T.S. de 23-1-2007, el artículo 17 párrafo 3º de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 20-12-1988, ratificado por España el 30-7-1990, establece que «toda parte que tenga motivos razonables para sospechar que una nave que esté haciendo uso de la libertad de navegación con arreglo al derecho internacional y que enarbole el pabellón o lleve matrícula de otra parte, está siendo utilizada para el tráfico ilícito, podrá notificarlo al Estado del pabellón y pedir que confirme la matrícula; si la confirma, podrá solicitarle

autorización para adoptar las medidas adecuadas con respecto a esa nave», y en su párrafo 4º indica que «de conformidad con el párrafo 3º o con los tratados vigentes entre las partes, o con cualquier otro acuerdo o arreglo que se haya podido concertar entre ellas, el Estado del pabellón podrá autorizar al Estado requirente, entre otras cosas: a) Abordar la nave; b) Inspeccionar la nave, y c) Si se descubren pruebas de implicación en el tráfico ilícito, adoptar medidas adecuadas con respecto a la nave, a las personas y a la carga que se encuentren a bordo.

Nota: La Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 23/2011 examina la responsabilidad penal de un tripulante de uno de los buques que participó en la operación internacional de tráfico de estupefacientes por vía marítima abortada por el abordaje del Servicio de Vigilancia Aduanera llevado a cabo el día 11 de octubre de 2003.

La operación, orquestada por una red criminal con conexiones internacionales, estaba dirigida a la introducción en Europa, a través de las costas gallegas, de varias toneladas de droga provenientes de Colombia. Con ese objeto, los traficantes se servían de una flotilla integrada por una serie de buques con pabellón de conveniencia y tripulación de varios Estados, entre la que se encontraba el acusado, de nacionalidad ucraniana. Para la Sección 4.ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, el acusado, jefe de máquinas de un buque remolcador, que prestó funciones auxiliares en la operación, «embarcó con pleno conocimiento de los fines y actos a que se iba a dedicar el remolcador» (hecho probado tercero).

En los primeros días de octubre de 2003, tras el oportuno aviso de fuentes policiales, el Servicio de Vigilancia Aduanera puso en marcha un dispositivo aeronaval destinado a la localización e interceptación del buque elegido para ser el que finalmente transportara la droga a Galicia, después del trasvase desde los buques nodrizas provenientes de Colombia. El buque en cuestión, un viejo pesquero de nombre *South Sea* (véase, por ejemplo, el artículo publicado en el diario *El Mundo* el 14 de octubre de 2003), navegaba con pabellón de Senegal y matrícula de Dakar. Con el señalado motivo, el 9 de octubre se solicitó por el Servicio de Vigilancia Aduanera, y el 10 de octubre se autorizó por el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Villagarcía de Arosa en auto de la misma fecha, el abordaje del referido pesquero. A su vez, ese mismo día, las autoridades de Senegal dieron su visto bueno a la acción prevista. El abordaje se produjo finalmente el día siguiente, el 11 de octubre de 2003, aproximadamente a las 12:45 horas (hecho probado quinto), a unas ochenta millas de la costa portuguesa, a la altura de Lisboa (véase, por ejemplo, el artículo publicado en el diario *El Mundo* el 14 de octubre de 2003).

Tras el abordaje del buque, en una primera inspección ocular de seguridad no se observó la presencia de sustancias estupefacientes. Sin embargo, teniendo en cuenta la seguridad de la existencia del alijo que se desprendía de las investigaciones practicadas con anterioridad, se decidió trasladar el *South Sea* hasta el puerto de Villagarcía de Arosa, con el fin de realizar una minuciosa inspección del mismo. Una vez llegado el pesquero a puerto el domingo día 12 de octubre de 2003, y tras el pertinente reconocimiento a fondo, fueron hallados en una zona de la proa del buque, hábilmente camuflados, un total de 283 bultos conteniendo cocaína, de unos 6.460 kilogramos, con peso neto de 5.734,105 kilogramos y una pureza media del 78,30 por 100 (hecho probado quinto).

Por otro lado, el acusado, junto con los tripulantes del remolcador, sería detenido algunos días más tarde, el 25 de octubre de 2003 (hecho probado quinto).

Poco a poco los detenidos en relación con este alijo, uno de los más importantes en la historia de la lucha contra el narcotráfico en España y en Europa, han sido juzgados y, por lo general, condenados.

La sentencia que nos ocupa considera los hechos declarados probados «como constitutivos de un delito contra la salud pública, en relación con sustancia que causa grave daño a la salud (cocaína), en cantidad de notoria importancia y desarrollando una conducta de extrema gravedad, en la doble vertiente de la elevada cantidad de la droga objeto del tráfico ilícito y de utilización de buques, previsto en los artículos 368.1, 369.1.5ª y 370.3º del Código Penal» (FJ 1.º). Al mismo tiempo, estima la sentencia que de dicho delito resulta criminalmente responsable el acusado «por la participación directa, material y voluntaria que tuvo en su ejecución», sin que se apreciara la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal (*ibid.*). Por todo ello, se le impone una pena de seis años y un día de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de 69.610.000 euros, además del abono de las costas procesales generadas.

En definitiva, esta decisión de la Audiencia Nacional está en consonancia con la jurisprudencia [véase, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 21/1997, o la Sentencia núm. 55/2007 del Tribunal Supremo (Sala 2.ª de lo Penal), de 23 de enero de 2007, o la Sentencia núm. 406/2007 del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª), de 4 de mayo de 2007] y la práctica española en la materia y es acorde, como no podía ser de otro modo, con la normativa internacional. En primer lugar, con las disposiciones del art. 108 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, que se refiere única y vagamente a la cooperación entre todos los Estados para reprimir el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas realizado en alta mar. En segundo lugar, con el art. 17.3 de la Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 28 de diciembre de 1988, ratificada por España el 30 de julio de 1990 (*BOE*, 10 de noviembre de 1990), que prevé la posibilidad de que cualquier Estado parte lleve a cabo las medidas adecuadas en relación con buques sospechosos de ser empleados para este tráfico cuando naveguen bajo el pabellón de otro Estado parte, a condición de que se haya obtenido, previamente, la autorización del Estado de pabellón del buque. En el caso concreto de autos, se desprende de la sentencia que las formalidades exigidas en la disposición señalada fueron respetadas.

Particular interés posee la sentencia en relación con las coordenadas donde se produce el abordaje que, por lo que se nos indica, debe corresponder a la zona económica exclusiva de Portugal, pero en la sentencia es considerada, a todos los efectos, como alta mar.

Carlos ESPALIÚ BERDUD
Universidad de Córdoba

4.2. Pesca. Gestión y conservación de recursos pesqueros. Acuerdos de cesión de cuotas de pesca entre Estados miembros. Acuerdo de Arcachon entre España y Francia

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, Sección 4.ª), de 18 de octubre de 2011. Ponente: Santiago Martínez-Vares García.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079130042011100567.

SEXTO.—*El alcance de la reclamación de responsabilidad patrimonial sobre la que se pronuncia esta Sala, según se expresó en la demanda y tuvo en cuenta la sentencia de*

instancia, se desglosó en tres peticiones. La primera reclamaba el daño emergente causado a los recurrentes por la privación carente de contraprestación alguna, de al menos 81.000 Tm. de las posibilidades de pesca de anchoa reconocidas a la flota española, en las campañas a las que se refería el Acuerdo de Arcachon entre 1993 y 2002. En segundo término el lucro cesante por la pérdida de ingresos en la Comunidad Autónoma en el País Vasco consecuencia de la menor demanda de anchoa y el menor precio alcanzado por las descargas de la misma en el ámbito de la Comunidad Vasca, y, por último, los demás daños derivados de la consolidación de la presencia de la flota francesa en la Zona CIEM VIII por las cesiones efectuadas por España en la misma. Por esos tres conceptos la reclamación ascendió a la suma solicitada de 254.788.577 euros.

Conviene recordar que los principios que rigen la política pesquera común de la Unión y, por tanto, de cada Estado miembro, se basan en la explotación racional y responsable de los recursos para conseguir la estabilidad del sector, respetando sus intereses a largo plazo y el mantenimiento de las condiciones socioeconómicas del mismo. Así resulta de los sucesivos reglamentos comunitarios normas con rango de ley, como el 3762/1992 y el posterior 2371/2002. Y a conseguir esos objetivos se dirige la Ley de Pesca Marítima del Estado 3/2001, de 26 de marzo, cuando en su Exposición de Motivos expresa que: «La política pesquera común y la gestión de la pesca marítima se basan en la protección de los recursos, y tienden a lograr el desarrollo sostenible del sector pesquero, mediante un régimen basado en el equilibrio de las disponibilidades existentes y su explotación racional y responsable, de modo que se consiga el empleo óptimo de los factores de producción, favoreciendo así la rentabilidad y mejorando las condiciones socioeconómicas del sector pesquero a medio y largo plazo, especialmente la de las poblaciones locales dependientes de la pesca».

A todo ello, y a la conformidad a Derecho del Acuerdo de Arcachon, ya nos referimos en la sentencia de 3 de junio de 2009, recurso de casación núm. 4130/2007, en la que confirmamos la recurrida en la instancia, y de la que hemos recordado lo esencial en relación con la conformidad a Derecho del Acuerdo del que derivan las pretensiones aquí ejercitadas. De acuerdo con ello, y como reconocen los recurrentes, su derecho a pescar en la zona viene condicionado por el sometimiento a los requisitos que para ello les imponen las normas de la Unión y del Estado español. Las normas de la Unión se refieren al reparto de las disponibilidades de pesca entre los Estados miembros, de modo que son estos los titulares de los recursos pesqueros, y, a su vez, los que regulan los requisitos que han de cumplir sus flotas nacionales para la explotación de los recursos dentro de los límites que la normativa aplicable establezca. De este modo la Ley de Pesca Marítima del Estado regula las medidas de protección y regeneración de los recursos, así como posibles medidas limitadoras de la actividad pesquera que vinculan a quienes la ejercen; y la gestión de esa actividad se explicita en el capítulo IV del Título I de la Ley que determina los requisitos generales y especiales que se han de cumplir para el ejercicio de la actividad pesquera, y que contiene exigencias que han de observar los buques, o, por mejor decir sus armadores, incluyendo a los barcos en los censos generales o específicos que correspondan, contando con la licencia que les autorice para esa actividad, etc. Cuando esas condiciones se cumplen la actividad les es permitida.

Lo anterior significa que lejos de poseer un derecho subjetivo en relación con el ejercicio de esa actividad, lo que ostentan es un interés legítimo en la explotación de la misma, sujeto a las condiciones referidas.

De ahí que podamos concluir que los recurrentes tienen el deber jurídico de soportar las consecuencias, que no lesión, que experimenten en sus bienes y derechos siempre que aquélla sea fruto o resultado del funcionamiento normal o anormal de los servicios

públicos, artículo 141.1 de la Ley 30/1992, que derivaron del Acuerdo de Arcachon, que, como sabemos, supuso una evidente mejora de las condiciones en que se desarrolló a partir de su firma la actividad pesquera en la Zona CIEM VIII, eliminando los problemas de enfrentamientos entre las flotas que en ella faenaban, evitando la utilización de determinadas artes de pesca perjudiciales para la especie, estableciendo tiempos de veda y de prohibición de capturas en determinados días, así como evitando la confluencia de las flotas en los mismos periodos de actividad. Además de comportar para el sector pesquero de la Nación en su conjunto, determinadas ventajas en forma de compensaciones, en la cesión de cuotas de distintas especies.

[...]

SÉPTIMO.—Partiendo de la afirmación que en el fundamento anterior negó la existencia de lesión en el derecho al desarrollo de la actividad pesquera que poseen los reclamantes, en las condiciones en las que la ejercen fijadas por la firma del Acuerdo de Arcachon entre las Administraciones española y francesa, y por agotar la cuestión, examinaremos si en el supuesto que nos ocupa concurrió en el daño alegado, los requisitos que establece para su reconocimiento el artículo 139.2 de la Ley 30/1992 y que son que «habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas».

Para rechazar la efectividad del daño que se refleja en la pérdida de esas 81.000 Tm. que se dicen sustraídas a la actividad extractiva de la flota española por la cesión realizada a la francesa, es preciso afirmar que la misma se efectúa desde el olvido de los beneficios que el Acuerdo produjo, y a los que ya nos hemos referido y en los que nos reiteramos, y así no es posible ignorar que aquél resolvió una situación de conflicto, por momentos beligerante, entre dos Estados miembros, «eliminando los problemas de enfrentamientos entre las flotas que faenaban en la Zona CIEM VIII, evitando la utilización de determinadas artes de pesca perjudiciales para la especie, estableciendo tiempos de veda y de prohibición de capturas en determinados días, así como evitando la confluencia de las flotas en los mismos periodos de actividad. Además de conllevar para el sector pesquero de la Nación en su conjunto, determinadas ventajas en forma de compensaciones en la cesión de cuotas de distintas especies».

Por lo tanto no hubo daño efectivo en tanto que se compensó con las ventajas que con carácter general experimentó el sector, y porque tampoco se acreditó el mismo con el informe AZTI, aportado por los reclamantes, la efectividad del daño en los términos en los que se expresó la pretensión. Entre otras razones porque como se pone de manifiesto en los informes de la Administración la actividad extractiva de la flota de cerco española tampoco alcanzaba la cifra que le estaba reservada. Y si se examinan las conclusiones del informe AZTI es claro que las mismas, que no contienen más que meras estimaciones que se consideran posibles, están desprovistas de toda referencia a las condiciones en que se llegó al Acuerdo, y que sí tuvo en cuenta la Sala de instancia al valorar la prueba de acuerdo con las reglas de la sana crítica, que el recurso no cuestiona en cuanto a que sus conclusiones fueran irracionales o ilógicas o arbitrarias.

Por cuanto antecede el motivo único y, por ende, el recurso debe ser rechazado.

Nota: El Tribunal Supremo ya ha tenido oportunidad de pronunciarse en una resolución anterior, comentada en esta crónica (véase *REDI*, vol. LXII, núm. 1, 2010, pp. 168-172), sobre la conformidad a Derecho del Acuerdo de Arcachon alcanzado entre España y Francia en 1992, que contempla la cesión de un determinado volumen de capturas de anchoa en el golfo de Vizcaya a la flota francesa. En particular, en aquella ocasión se discutía la prórroga del mencionado acuerdo que, lejos de contradecir el Derecho de la Unión Europea —consideró el Alto Tribunal—, venía amparado por este

último, puesto que la normativa rectora de la política pesquera comunitaria reconoce y autoriza el intercambio entre los Estados miembros de todas las posibilidades de pesca que se les hayan asignado o de una parte de ellas. A mayor abundamiento, el Tribunal Supremo tuvo en cuenta las ganancias que el acuerdo produjo en beneficio del sector pesquero español, en forma de múltiples ventajas y compensaciones en la cesión de cuotas de distintas especies. A la misma conclusión se ha llegado en la sentencia parcialmente transcrita, a pesar de que ahora la pretensión era bien distinta: un grupo de cofradías vascas de pescadores han reclamado sin éxito la responsabilidad patrimonial de la Administración General del Estado derivada de la merma de las posibilidades de pesca que, a su juicio, ha experimentado la flota española como consecuencia de la firma del Acuerdo de Arcachon entre las administraciones francesas y españolas. Por lo demás, la sentencia dictada en casación constituye nuevamente un buen exponente de la interrelación entre el ordenamiento jurídico comunitario y el Derecho internacional.

Eva Díez PERALTA
Universidad de Almería

5. ASILO Y REFUGIO

5.1. Comentario general

Las sentencias sobre asilo y refugio pronunciadas tanto por el Tribunal Supremo como por la Audiencia Nacional durante el segundo semestre de 2011 no presentan un elevado número de elementos jurídicos particularmente destacables. Las solicitudes de asilo llegadas al orden contencioso siguen siendo, en la mayoría de los casos, rechazadas al no encontrarse indicios suficientes de persecución en un largo y variado catálogo de situaciones personales. Además de la sentencia comentada a continuación, merece la pena señalar que ya hay algunos casos, de los llegados a la Audiencia Nacional, a los que resulta de plena aplicación la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. Del mismo modo, algunas afirmaciones vertidas en sus decisiones por el Tribunal Supremo pueden traerse aquí, no por ser especialmente novedosas, sino por mostrar claramente algunas de las reglas que deben observarse de manera exigente en procesos relativos a peticiones de asilo. Me refiero concretamente a que, en caso de duda sobre la utilidad del medio de prueba, debe resolverse favoreciendo la mayor efectividad del derecho fundamental que asiste al solicitante de asilo a utilizar los medios de prueba que considere pertinentes para su defensa. Así aparece reflejado en la STS 4823/2011 (de 8 de julio, Sala de lo Contencioso, Sección 3.^a, Id Cendoj 28079130032011100331) al estimar el motivo de casación, y ordenar por tanto retrotraer las actuaciones al momento procesal oportuno, consistente en que el medio de prueba propuesto por el recurrente, nacional de la República Democrática del Congo, que en este caso se refería a la aportación de un informe de la delegación del ACNUR de dicho Estado sobre la situación social y política allí existente, debió ser admitido y declarado pertinente.

Jesús GONZÁLEZ GIMÉNEZ
Universidad de Almería

5.2. Persecución por motivos de género. Permanencia en España por razones humanitarias

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 5927/2011 (Sala de lo Contencioso, Sección 3.^a), de 19 de septiembre de 2011. Ponente: Pedro José Yagüe Gil.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079130032011100402.

TERCERO.—En el primer antecedente de hecho, la sentencia que ahora se impugna en casación recoge los hechos que considera relevantes para el enjuiciamiento del caso, exponiendo lo siguiente:

«La recurrente, nacional de Argelia, solicitó asilo en Melilla, el día 20 de febrero de 2007, para ella y su hija menor de edad, Adolfina, alegando, como hechos a destacar, que estaba divorciada, que contrajo matrimonio en 2001, y desde el primer momento fue víctima de malos tratos por parte de su esposo, que era de profesión gendarme, sufriendo vejaciones y agresiones, quedando embarazada, pensando que este hecho cambiaría las circunstancias de su matrimonio, sin embargo no ocurrió así, empeorando la situación; en 2003, tras una fuerte paliza de su esposo decide irse a casa de sus padres a 800 kilómetros de distancia, decide denunciar al marido.

Consta en el expediente una sentencia penal de un Tribunal Militar argelino, de fecha 19 de diciembre de 2004, por la que se condena al esposo de la solicitante, por la comisión de un delito de golpes y lesiones premeditados contra su esposa, a la pena de dos meses de prisión efectiva.

Así mismo consta Sentencia de Estado Civil, promulgada en fecha 31 de enero de 2004, por la que a instancia del marido se decreta el divorcio, acordándose que el marido pague a la esposa determinada cantidad, una pensión alimenticia mensual y la asignación de la tutela de la hija a la madre y el derecho del padre a visitar a la hija una vez a la semana.

Posteriormente consta una denuncia del padre de la solicitante, por impago de la pensión alimenticia a su hija por parte del marido, apareciendo que este último fue trasladado de la sede de la división de policía nacional de la ciudad de El Hinaya a la división de policía en la ciudad de El Rabahiya, sección Saida.

Termina alegando que tiene verdaderos temores de ser perseguida por motivos de género y dada la situación de discriminación de la mujer en la sociedad argelina, se ha hecho insostenible la vivencia en su país.

Tramitado el expediente administrativo, por Resolución de 27 de octubre de 2008, dictada por el Ministro del Interior se deniega el reconocimiento de la condición de refugiado y el derecho de asilo a la recurrente».

En el fundamento jurídico primero la Sala resume la pretensión de la recurrente en los siguientes términos:

«La actora, nacional de Argelia, fundamenta su pretensión en los mismos argumentos expuestos ante la Administración, al estimar que en su solicitud concurren los requisitos exigidos por las normas jurídicas para la concesión de la cualidad de refugiado, toda vez que ha sido objeto de malos tratos de género, siendo objeto de persecución, no obstante la sentencia penal contra su esposo, dado el acoso y las circunstancias sociales de Argelia, en donde es de dominio público la situación de discriminación en que vive la mujer; y subsidiariamente solicita el asilo por razones humanitarias».

En el fundamento jurídico segundo, la Sala recuerda las normas que rigen el derecho de asilo y sintetiza los puntos esenciales de la doctrina jurisprudencial que ha interpretado y aplicado esa normativa. Y en el fundamento jurídico tercero se centra en la causa de asilo consistente en la persecución por motivos de género:

«Junto a estos principios generales que informan la institución de asilo, ha de tenerse presente, que la Disposición Adicional Tercera de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado, en la redacción dada por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres establece lo dispuesto en el apartado 1 del art. 3 —esto es, los casos en los que según la ley procede la declaración de la condición de refugiado y el otorgamiento de asilo—, será de aplicación a las mujeres extranjeras que huyan de sus países de origen debido a un temor fundado a sufrir persecución por motivos de género».

A este fin, la doctrina jurisprudencial, viene estableciendo que la protección otorgada por el asilo puede abarcar, en determinadas circunstancias, la persecución proveniente de sectores ajenos o al margen del Estado de origen, pero para ello es preciso que esa conducta debe ser «deliberadamente tolerada por las autoridades» o que «éstas se muestren incapaces de proporcionar una protección eficaz» (en este sentido, Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de mayo y de 4 de diciembre de 2008), evidenciando la ausencia de una razonable posibilidad de tutela en el propio Estado. Este postulado que ha de observarse igualmente cuando la causa consiste en la persecución por motivos de género y dicha persecución se imputa al esposo, pues lo contrario desvirtuaría la naturaleza y la finalidad de la institución».

Finalmente, en el fundamento jurídico cuarto aborda el examen del caso litigioso, exponiendo las razones que le llevan a desestimar el recurso, en los siguientes términos:

«A la luz de estos principios procede examinar la cuestión de autos, en la que como se ha relatado más arriba, consta que frente a la violencia de género sufrida por la actora, las autoridades del país de origen dieron tratamiento legal adecuado y correcto en orden a proteger los derechos de la recurrente y poner fin a dicha situación, consta que se condenó al esposo por un delito de golpes y lesiones premeditados contra su esposa, a la pena de dos meses de prisión efectiva, se ha dictado sentencia de divorcio de los cónyuges, otorgando una pensión alimenticia a la esposa, a quien se ha atribuido la tutela y guarda de la menor habida en el matrimonio, y consta que dada la profesión de gendarme del esposo fue destinado a una ciudad distante de donde tenía su residencia la esposa.

Todos estos elementos permiten concluir que el Estado de la recurrente, ni ha tolerado, ni se muestra incapaz para dar una protección a la situación padecida por la misma; ello se desprende de las sentencias de divorcio y condena penal, del traslado del marido a lugar distante del domicilio de la esposa, e incluso, de la tramitación de la denuncia por impago de la pensión alimenticia, y por ello, su alegaciones no pueden elevarse a la categoría de un supuesto contemplado en la normativa del supuesto de asilo que se invoca.

Por último, ha de rechazarse la pretensión de permanencia en España por razones humanitarias formulada en el suplico de la demanda, al amparo del apartado 2 del artículo 17 de la Ley Reguladora del Asilo, dado que la recurrente no expone ni acredita razones especiales que permitan concluir la existencia de tales “razones humanitarias”, limitándose a realizar una invocación genérica de las mismas. En este sentido, el Tribunal Supremo ha puntualizado que las razones humanitarias a que se refiere el mencionado precepto, “rectamente entendidas, no son cualesquiera razones de humanitarismo, sino aquellas que se conectan al nivel de riesgo y desprotección que en el país de origen del solicitante pueda existir para derechos tales como la vida, la seguridad y la libertad

como consecuencia de disturbios graves de carácter político, étnico o religioso” (entre otras, Sentencia de 27 de mayo de 2006) o, en el presente caso, de “motivos de género”.

CUARTO.—D.^a Isabel interpone contra esta sentencia el presente recurso de casación, que consta de dos motivos de impugnación, formulados ambos al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional contencioso-administrativa 29/1998.

El motivo primero denuncia la infracción del artículo 1-A-2 de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el estatuto de los refugiados y de su Protocolo de 1967, y de la reforma de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del asilo y de la condición de refugiado, efectuada por la Ley orgánica 3/2007, alegando que la persecución por motivos de género tiene cabida en la definición de refugiado. Transcribe la actora parte del fundamento jurídico cuarto de la sentencia de instancia, que concluye que no cabe contemplar el supuesto como un caso de asilo porque el Estado Argelino ni ha tolerado ni ha sido incapaz de otorgar protección a la recurrente, habida cuenta de la existencia de una sentencia de divorcio, de una condena penal al esposo con medida de alejamiento y de su traslado laboral a un lugar distante del domicilio de la actora, así como de la tramitación de una denuncia por impago de la pensión alimenticia. Y alega, a este respecto, que la Sala ignora la realidad del país de origen y que las medidas adoptadas por el Estado en su caso no hacen sino poner de relevancia el verdadero calvario sufrido, pues sólo se condenó al esposo a dos meses de prisión pese a la gravedad de su comportamiento. Precisa, en este sentido, que cuando cumplió la condena de dos meses de prisión la situación empeoró porque la perseguía, la insultaba y la amenazaba de muerte, y no podía salir de casa ante el temor que le infundía, debiendo tenerse en cuenta que su profesión era la de gendarme, y que por ello tuvo que huir a Melilla con su hija para solicitar protección a las autoridades españolas; a ello añade que la protección fue tardía porque las medidas no se adoptaron hasta que las amenazas se hubieron materializado. En definitiva, concluye que el Tribunal de instancia sólo tuvo en cuenta las medidas adoptadas por el Estado ante unas agresiones «verdaderamente atroces» pero no valoró la desprotección de la recurrente ante las amenazas del esposo. Por último, repite las consideraciones formuladas en su demanda sobre la situación general de discriminación de la mujer en Argelia, y su situación de riesgo personal.

El motivo segundo denuncia la infracción del artículo 17.2 de la Ley de Asilo. Alega que, al denegar esta petición subsidiaria, la Sala ha ignorado las razones expuestas por la recurrente en el hecho cuarto de su demanda, ya que, afirma, concurren las razones para la autorización de permanencia en España por razones humanitarias, debido a la situación de inseguridad, discriminación y violencia a la que es sometida la mujer argelina en su sociedad, y a que la peticionaria y su hija se hallan integradas en España.

QUINTO.—El presente recurso de casación no puede prosperar.

Son ya numerosas las sentencias de esta Sala que han declarado, primero, que la persecución por razón de sexo resulta encuadrable sin duda entre las persecuciones sociales a que se refiere la Convención de Ginebra de 1951, y segundo, que una situación de desprotección y marginación social, política y jurídica de las mujeres en su país de origen, que vulnere de forma evidente y grave sus derechos humanos, es causa de asilo. Más concretamente, sobre los malos tratos a las mujeres en el ámbito familiar (la llamada «violencia doméstica») hemos dicho en nuestra reciente sentencia de 15 de junio de 2011 (RC 1789/2009) que «la reforma de la Ley española de asilo, introducida por la Ley Orgánica 3/2007, permite identificar como sujetos protegibles a aquellas personas pertenecientes al género femenino que sufren violaciones de sus derechos humanos inderogables, y, concretamente, a aquellas que padecen una grave discriminación en su países de origen, derivada del reconocimiento de un estatuto legal de subordinación, contrario al principio de igualdad de mujeres y hombres, y que no gozan de protección jurídica eficaz

frente a actos graves de violencia sexual o de violencia doméstica, atentatorios contra la dignidad y la integridad física y moral».

Ahora bien, estas declaraciones generales tienen que ser puestas en relación con las concretas circunstancias de cada litigio, dado que en una materia tan casuística como esta del asilo lo que procede en definitiva es determinar si efectivamente la mujer solicitante de asilo ha sufrido o no una situación de violencia doméstica en su país de origen de suficiente gravedad como para plantear la protección internacional; si ha obtenido o no una protección eficaz por parte de las autoridades de dicho país, o si por cualquier razón fuera imposible, inútil o ilusorio confiar en obtener tal protección. Para responder a estos interrogantes se hace ineludible, por tanto, una valoración pormenorizada y singular de cada caso.

Pues bien, en el caso que ahora nos ocupa la Sala de instancia no ignoró ni transgredió esa normativa y doctrina jurisprudencial que acabamos de mencionar, al contrario, afirmó en su sentencia que las mujeres víctimas de la tan citada violencia doméstica pueden encontrar amparo en la normativa de asilo. Lo que ocurre es que valorando de forma casuística, como corresponde, las circunstancias concurrentes en este caso, llegó a la conclusión de que la aquí recurrente no había sufrido realmente en su país de origen una verdadera desprotección frente a los ataques de su marido, sino que había obtenido, primero, el apoyo de su entorno familiar, y segundo, una protección jurídica eficaz por parte de las autoridades de su país.

Al razonar de esa forma y llegar a la apuntada conclusión, la Sala no infringió las normas que se dicen infringidas en este recurso de casación. En efecto, de los datos obrantes en el expediente y en autos, que la sentencia recoge, se desprende que aun cuando la recurrente sufrió de forma continuada graves actos de violencia por parte de su entonces marido, no es menos cierto que, habiendo denunciado los hechos, el marido fue condenado en vía penal por las agresiones a su mujer, tras lo cual esta obtuvo una sentencia de divorcio notoriamente favorable a sus intereses (entendida esta apreciación en el peculiar contexto social de Argelia). Por tanto, en este concreto caso no puede decirse que la recurrente hubiera quedado desprotegida frente a la violencia de su marido.

Dice la recurrente que tras obtener el divorcio y cumplir su ya ex marido la condena penal, este la acosaba constantemente con amenazas que le llevaron a una situación de miedo y angustia insostenible; pero sin desdeñar por nuestra parte la trascendencia de la alegación, ocurre que valorando de nuevo de forma casuística las circunstancias concurrentes, este extremo de su relato adolece de evidentes puntos débiles. Así, afirma que aquél la acosaba prácticamente todos los días, cuando se ha constatado (sin que la recurrente haya refutado este dato) que una vez cumplida su condena, ese ex marido fue destinado como gendarme (pues no fue expulsado de la Gendarmería como la recurrente sostuvo) a una localidad lejana, lo que hace prácticamente imposible que tal acoso se produjera en las circunstancias de continuidad e intensidad que relata. Por otra parte, mientras que la recurrente ha justificado sobradamente los malos tratos que sufrió durante el tiempo en que permaneció casada y convivió con su entonces marido, no hay sin embargo ninguna prueba de la real existencia de las amenazas y coacciones que dice haber sufrido después de cumplida la condena. No se han aportado documentos como pudieran ser denuncias ante las autoridades que permitan tener por cierto, al menos indiciariamente, que efectivamente esos actos de hostigamiento se produjeron con la intensidad que relata y que las autoridades argelinas permanecieron inactivas o impasibles ante ellos, pues los documentos que aportó en el curso del expediente carecen de utilidad probatoria a estos concretos efectos, como se razona amplia y detalladamente en el informe de la instrucción antes transcrito.

En definitiva, como señala el Tribunal de instancia, la recurrente obtuvo protección adecuada de las autoridades de su país frente a los ataques de su marido, y tras ser este condenado por tales hechos, no hay ninguna prueba sólida de que la recurrente continuara siendo amenazada y acosada por aquel ni de que fuera imposible o inútil confiar en una protección por parte de las mismas autoridades frente a esos hipotéticos actos de hostigamiento, ni de que por esta razón se encontrara en una situación de grave desprotección. Desde esta perspectiva, acertó la Sala de instancia al concluir que no procedía la concesión del asilo ni la autorización de permanencia en España por razones humanitarias, al no existir una verdadera persecución protegible ni haber razones para apreciar la posibilidad contemplada en el artículo 17.2 de la ley de Asilo 5/1984, visto que, como hemos dicho, la interesada ha obtenido en su propio país una protección razonable, que excluye la aplicación del precepto citado.

Así que el recurso de casación no puede ser estimado.

VOTO PARTICULAR A LA SENTENCIA DE FECHA 19 DE SEPTIEMBRE DE 2011, DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN 4293/2010, QUE FORMULA LA MAGISTRADA DE ESTA SALA EXCMA. SRA. DOÑA María Isabel Perelló Doménech Y AL QUE SE ADHIERE EL EXCMO. SR. D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat.

Con el mayor respeto a la posición mayoritaria de la Sala formulo voto particular a la sentencia recaída en el recurso de casación 4293/2010 al entender que debió declararse la estimación de la pretensión articulada a través del segundo motivo casacional, de autorización de permanencia en España por razones humanitarias, al amparo del artículo 17.2, por las siguientes consideraciones:

A estos efectos, podemos tomar como punto de partida las consideraciones vertidas en el informe desfavorable de la instrucción del expediente, que sirvió de base para la resolución administrativa impugnada en la instancia. En dicho informe se reconoce que en Argelia es frecuente el maltrato a las mujeres y que esa situación se agrava por la cultura social y política de sometimiento de la mujer al marido, que hace que la mujer víctima de las agresiones de su esposo cuente con poco apoyo de su entorno social o familiar y difícilmente obtenga una protección real e inmediata por parte de sus autoridades, que más bien suelen evadirse del problema entendiendo que se trata de problemas domésticos atinentes a la intimidad del hogar.

Es verdad que en el mismo informe se matiza que recientemente se ha aprobado un Código de Familia que ha terminado con el sometimiento absoluto de la mujer al marido, y que en tal sentido la situación de las mujeres de este país ha experimentado una mejoría; ahora bien, sin menospreciar la importancia de esta reforma legal, hemos de advertir que el hecho de que se modifique una Ley no supone que las inercias de los hábitos sociales adquiridos cambien ni suponga poner coto a la situación de inferioridad de las mujeres para que esa discriminación quede superada.

Situados, pues, en esta perspectiva, la de la difícil situación en que aún hoy se hallan las mujeres de Argelia, en general y más específicamente frente a la violencia de género, no cabe ignorar que la aquí recurrente no se vio totalmente desamparada ante las agresiones de su ex marido, pues, obtuvo acogida en su familia y protección de las autoridades argelinas. El dato es relevante, y en él se basa la mayoría para desestimar la pretensión principal de reconocimiento de la condición de refugiada.

En este punto procede hacer un inciso. El informe de la instrucción del expediente se refiere a lo que parece ser una práctica común en las mujeres argelinas solicitantes de asilo en Melilla, que de forma coincidente y unánime alegan relatos similares sobre persecución de género. Si con esto quiere decir el instructor del expediente que se trata

de relatos fabulados que buscan proporcionar una apariencia de veracidad a un relato de hechos inexistentes, es claro que tal planteamiento podrá ser útil para valorar otros casos pero no este, en el que resulta indiscutido que la aquí recurrente ha sufrido graves malos tratos, y que por ende, desde este punto de vista, no se le puede reprochar una argumentación como la expuesta.

Pues bien, partiendo del sufrimiento por la recurrente de graves malos tratos continuados no tan solo sobre su persona pues afirma que lo fueron también sobre su hija menor producidos en el año 2002, superiores incluso a lo socialmente tolerado en una realidad de inferioridad de las mujeres, no podemos ignorar que por mucho que hubiera obtenido amparo familiar y judicial, que la amenaza de sufrir malos tratos se ha perpetuado tras dictarse la sentencia de condena por «golpes y lesiones premeditados» en el año 2004, como la propia recurrente relata, haciendo referencia al acoso y el hostigamiento padecidos en el año 2006 en su entorno familiar por parte de su ex esposo y que intentó denunciar infructuosamente por falta de pruebas contra él. Sucesos como los descritos dejan una huella de temor y angustia en la trayectoria existencial de quien los sufre que no se diluye inmediata y definitivamente por el hecho de obtener sentencias favorables, como si estas surtieran el efecto de desterrar la proyección de lo vivido hacia el futuro. No es de extrañar, así las cosas, ante el temor fundado de que pudieran reiterarse los episodios de violencia y la imposibilidad de obtener una protección eficaz en su país, que la recurrente buscara reencauzar su vida junto a su hija menor fuera de su país, a fin de superar la traumática experiencia vivida y la necesidad de alejarse de cualquier situación de riesgo no solo en atención a su integridad física y psíquica, sino también para preservar la de la menor, pues según se indica la hija también fue víctima del maltrato y pudo presenciar la grave situación de violencia, agresiones y humillaciones padecidas por la recurrente, violencia que sin duda entraña daños y afecta negativamente en el adecuado desarrollo de la menor. A lo que hay que añadir que el ex marido se ha desentendido de su situación económica, pues (según se reconoce una vez más en el informe de la instrucción) ha sido condenado repetidamente por no pagar las cantidades a cuyo abono fue condenado en sede jurisdiccional.

Todos estos factores, conjuntamente valorados con arreglo a la contemplación casuística en que nos hemos situado, permiten apreciar que en este concreto caso concurren razones suficientes para autorizar la permanencia en España de la recurrente y su hija por razones humanitarias, de acuerdo con lo establecido en el artículo 17.2 de la Ley de Asilo 5/1984 en relación con el artículo 31.4 de su reglamento de aplicación aprobado por Real Decreto 203/1995 de 10 de febrero (en redacción dada por el RD 2393/2004 de 30 de diciembre), pues aun cuando no podemos tener por acreditado que el regreso de la recurrente implique para ella un riesgo real para su vida o integridad física (razón por la que no procede conceder el asilo ni la protección humanitaria prevista en el apartado 3º del precitado artículo 31), si consideramos concurrente la posibilidad prevista en el apartado 4º del tan citado artículo 31, a cuyo tenor cabe autorizar la permanencia en España «por razones humanitarias distintas de las señaladas en el apartado anterior», que en este caso se dan con evidencia y son las que antes hemos descrito (situación reiterada de graves malos tratos y acoso al entorno familiar, la presencia de una menor, que ha sufrido maltratos, falta de asunción por el ex marido de las consecuencias económicas del divorcio, y ambiente social de inferioridad y discriminación de la mujer), cuya conexión con las causas de asilo contempladas en la Convención de Ginebra de 1951 es clara al remitir en última instancia las consecuencias derivadas a una persecución por razón de violencia doméstica protegible mediante este instrumento internacional.

Nota: Por varios motivos es pertinente poner en relación esta sentencia con la STS 4013/2011, de 15 de junio (incluida y comentada en la crónica de jurisprudencia

justo anterior a la presente: *REDI*, vol. LXIII, 2011-2, pp. 217-218), pues más allá de la nacionalidad argelina de las dos solicitantes de asilo, ambas han sufrido, como queda demostrado, agresiones y malos tratos físicos y psíquicos por parte de sus respectivos cónyuges. Ahora bien, la completa desprotección por parte del Estado argelino padecida por la mujer en el caso de la STS 4013/2011 fue causa suficiente para que, por vez primera, se reconociera el estatuto de refugiada a una mujer extranjera que huye de su país de origen debido a un temor fundado de sufrir persecución por motivos de género. En la STS 5927/2011, por el contrario, la mayoría de los magistrados de la sala estiman que el Estado argelino ha protegido razonablemente a la mujer maltratada, por haberle permitido divorciarse y por haber condenado a dos meses de prisión al agresor. Entiende dicha mayoría, asimismo, que el acoso sufrido por la mujer tras la puesta en libertad del ya ex marido no queda demostrado con nitidez y, por tanto, no proceden ulteriores actuaciones protectoras. Es evidente que la protección ejercida por la administración argelina en ambos casos difiere de manera notable, pero no hasta el extremo al que llega la sentencia. Por ello, comparto el parecer manifestado en el voto particular, en el sentido de apreciar la existencia de motivos más que suficientes para autorizar la permanencia de la mujer y de su hija menor de edad en España por razones humanitarias, conforme a lo establecido en el art. 31.4 del Reglamento de aplicación de la Ley de Asilo 5/1984, en su redacción dada por el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre.

Jesús GONZÁLEZ GIMÉNEZ
Universidad de Almería

6. PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

6.1. Jurisdicción universal

Auto del Tribunal Supremo 1566/2011 (Sala de lo Penal), de 6 de octubre de 2011. Ponente: Alberto Gumersindo Jorge Barreiro.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079120012011201961.

PRIMERO: [...] B) El actual apartado 4 del art. 23 de la LOPJ en materia de extensión de la jurisdicción española, redactado de conformidad con la reforma efectuada por LO 1/09 de 3 de noviembre (BOE de 4 de noviembre de 2009, con fecha de entrada en vigor al día siguiente de su publicación), tal y como reza la propia exposición de motivos de la norma que la introduce, ha venido a realizar «un cambio en el tratamiento de lo que ha venido en llamarse la “jurisdicción universal”, a través de la modificación del artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial para, de un lado, incorporar tipos de delitos que no estaban incluidos y cuya persecución viene amparada en los convenios y costumbre del Derecho internacional, como son los de lesa humanidad y crímenes de guerra. De otro lado, la reforma permite adaptar y clarificar el precepto de acuerdo con el principio de subsidiariedad y la doctrina emanada del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo».

[...]

*C) En el presente caso, la parte querellante «diseciona» los diferentes tipos delictivos *ratione materiae* (delitos de lesa humanidad, torturas, crímenes de guerra) que imputa a determinadas autoridades chinas contra la población tibetana, para invocar los diferentes tratados de Derecho Internacional Público en la materia, dimanantes del*

denominado (y profusamente desarrollado doctrinal y jurisprudencialmente) «Derecho consuetudinario internacional» y el reenvío expreso a ellos que recoge nuestro clausulado constitucional (art. 10.2, 96 CE). En concreto se hace eco de las convenciones de Ginebra y de los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales de Nuremberg y Tokio, la ex-Yugoslavia y Ruanda y del Estatuto de la Corte Penal Internacional y resoluciones concordantes de éstos y de los Tribunales Internacionales con competencias en materia criminal (véase TEDH).

Omite la parte recurrente que a tenor de la actual redacción del precepto precitado, de aplicación insoslayable por los Tribunales españoles, la extensión de la jurisdicción española está supeditada como «conditio sine qua non» (y ello, «sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España...») a la existencia de un vínculo de conexión relevante con España.

Es a este, ciertamente, concepto jurídico indeterminado, al que ha de estarse para dilucidar el fondo de la cuestión. Tal precepto, cohonesta con la línea ya auspiciada por esta Sala (véase STS 327/2003), corrigiendo una «vis expansiva» que tampoco responde a las exigencias de la justicia universal, proclive al enjuiciamiento por Tribunales de cuño internacional.

[...]

SEGUNDO: A) En segundo lugar y con carácter subsidiario al motivo anterior, al amparo del art. 852 LECrim, la parte recurrente alega la vulneración de preceptos constitucionales (arts. 24, 9.3 y 53.1 CE), en concreto, la prohibición de la retroactividad de las normas penales o restrictivas de derechos fundamentales en referencia a la indebida aplicación del art. 23.4 LOPJ en la redacción ya apuntada anteriormente.

[...]

C) De acuerdo con la Disposición Final de la LO 1/2009, de 3 de noviembre, dicha regulación entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, esto es, el 5 de noviembre de 2009, sin que la mencionada disposición haya establecido ninguna cláusula de salvaguarda que imponga cualquier tipo de limitación a su aplicabilidad.

Es claro que encontrándonos ante un proceso litispendente, el análisis acerca de la ausencia o no de jurisdicción, en cuanto a un ámbito perteneciente al «ius cogens», es una cuestión abordable en cualquier momento del «iter» procedimental, por lo que la aplicación de la norma precitada, no reviste tacha casacional alguna.

Nota: Esta resolución de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo procede a inadmitir el recurso de casación 857/2011 del denominado caso *Tíbet*. A modo de recordatorio debe señalarse que esta causa encuentra su origen en la admisión a trámite de la querrela presentada contra distintas autoridades chinas, mediante Auto de 5 de agosto de 2008 por parte del Juzgado Central de Instrucción núm. 1 de la Audiencia Nacional. En el mismo se declaraba que en la primavera del 2008 se había dirigido «un ataque generalizado y sistemático contra la población tibetana, causando al menos, 203 muertes, más de mil lesionados graves y 5.972 detenidos ilegales y desaparecidos», lo cual era constitutivo de crímenes contra la humanidad.

Como consecuencia de la aprobación de la reforma del art. 23.4 de la LOPJ (Ley Orgánica 1/2009), el Juez Santiago Pedraz, por Auto de 26 de febrero de 2010, y secundando lo solicitado por la fiscalía, acordó el archivo de las actuaciones al entender que no concurrían los nuevos criterios de conexión (existencia de víctimas españolas, que los presuntos responsables se encontraran en España o existencia de un interés nacional relevante) y que los tratados internacionales de los que traían causa los delitos

objeto de acusación no permitían obviar la presencia de cualquiera de los tres puntos de conexión. Dicho veredicto fue secundado con posterioridad por el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, a pesar del voto discrepante de tres magistrados. Una vez anunciado el recurso frente a esa Resolución de 27 de octubre de 2010, la Sección 2.^a de la Sala de lo Penal, por Auto de 16 de noviembre de 2010, acordó no tener por preparado el recurso de casación; contra este último se formuló a su vez recurso de queja, el cual fue admitido, declarándose pues la procedencia de la casación contra el auto de archivo. Es precisamente este Auto del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2011 el que viene a tratar de dar respuesta a los motivos de casación planteados.

En relación al primer motivo, se alegaba vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 en relación con los arts. 9.3 y 53.1 de la Constitución Española, y en relación con el art. 23.4 de la LOPJ), al aplicar indebidamente los tratados internacionales de los que se deriva la jurisdicción española para investigar y enjuiciar los hechos denunciados. Sobre esta cuestión la Sala, tras efectuar una mención de las Convenciones de Ginebra y de los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales de Nuremberg y Tokio, la ex-Yugoslavia y Ruanda y del Estatuto de la Corte Penal Internacional, considera que en todo caso la jurisdicción española queda supeditada a la «existencia de un vínculo de conexión relevante con España». Este lacónico veredicto omite pronunciarse sobre una serie de consideraciones planteadas en el recurso de casación, tales como si del tenor literal de las Convenciones de Ginebra puede dictaminarse que los tribunales españoles están obligados a perseguir las graves infracciones del Derecho internacional humanitario. En este sentido, la parte recurrente traía a colación la nueva redacción del art. 23.4 de la LOPJ, donde se prescribe que los vínculos de conexión nacional se aplican «sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España», extremo sobre el que sí hace una somera reflexión el fiscal en el escrito de impugnación del recurso de casación. En el mismo dictamina que «la frase “sin perjuicio” no implica que por efecto de los tratados internacionales queden sin eficacia aquellos vínculos a los que se subordina la jurisdicción española, pues de ser así, evidentemente el legislador no tenía por qué hacer siquiera mención de ello». En todo caso, este razonamiento jurídico del Tribunal Supremo, según la parte demandante, al no haber entrado en el fondo de la cuestión planteada en el recurso, ha propiciado la interposición de un incidente de nulidad de actuaciones.

Respecto a la segunda parte del mismo motivo de casación, se preguntaba al Tribunal Supremo sobre la interpretación del concepto «vínculo de conexión relevante con España». Ciertamente la ambigüedad de estos términos resulta notoria, en tanto en cuanto no hay precisión alguna respecto del adjetivo «relevante», que implica variadísimos y subjetivos grados de importancia a la hora de valorar este requisito. Y aún mayor es la difusión y oscuridad de los términos «vínculos de conexión» que pueden abarcar desde connotaciones culturales, hasta otras de tipo social, de tipo económico, comercial y religioso. Claramente se trata de un concepto jurídico indeterminado. Dada esta vaguedad, la parte recurrente acreditó que, ante la inexistencia de *numerus clausus* en la citada reforma del art. 23.4 de la LOPJ, es perfectamente admisible y cumplimenta el requisito para que la jurisdicción española pueda juzgar los presuntos delitos imputados el que se considere «conexión relevante» los estrechos vínculos comerciales y económicos. Y más aún, en este caso particular, donde se puede constatar, como se indicaba en el recurso de casación, que en la última visita del Presidente español a China, a principios de abril de este año 2011, las autoridades de este país calificaron a España como el máximo aliado en Europa. En concreto, en palabras del Primer Ministro chino, Wen Jiabao, se llegó a calificar a España como

«el mejor amigo de China en Europa y los amigos se conocen mejor en las adversidades». Se añadía en el recurso que no era de extrañar que China se haya convertido en el comprador mundial número uno de deuda española, con un volumen que alcanza 25.000 millones de euros, un 12 por 100 del total. En un mundo globalizado, en el que los criterios de los Estados están cada vez más sometidos al criterio de los mercados, como se puede comprobar fehacientemente en la actualidad, se preguntaban las asociaciones de las víctimas y querellantes si acaso este concreto vínculo de conexión relevante puede llegar a condicionar no sólo la política exterior de nuestro país, sino también actuaciones de toda índole en el orden interno. Ahora bien, el fallo de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo despacha este argumento de forma concisa y tajante considerando que «se invocan alegatos genéricos relativos a la relaciones bilaterales entre España y China y las repercusiones de la expansión económica de esta última. Es obvio que al margen de análisis de otra índole, desde el rigor que exige la dogmática jurídico penal, tal planteamiento decae de suyo». De nuevo este pronunciamiento esquiva entrar en el fondo de la cuestión planteada y renuncia a concretar qué debe entenderse por «vínculo de conexión relevante».

A continuación, el segundo motivo de casación alegaba vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, al haberse aplicado con efectos retroactivos la reforma legal del art. 23.4 de la LOPJ. La parte recurrente apelaba a que dicha disposición regula las condiciones básicas y necesarias para el ejercicio del principio de jurisdicción universal por los Tribunales españoles, en relación con crímenes internacionales. Es decir, articula el acceso a la justicia, esencial en el derecho a la tutela judicial efectiva, y que, por tanto, no se trata de una mera norma procesal, sino sustantiva. De esta forma, conforme al principio de legalidad, no debería tener efectos retroactivos. Se añade que en la referida Ley Orgánica de la reforma, se regulan las condiciones que, *ex nunc*, tienen que cumplimentar los supuestos para ser sometidos a la jurisdicción española, desde la entrada en vigor de la misma. Pero en ningún caso dispone que las actuaciones en curso deban ser archivadas. En contraposición, el Tribunal Supremo, en su segundo razonamiento jurídico, avala la previa decisión del Pleno de la Audiencia Nacional, concluyendo que la nueva regulación no sólo entró en vigor al día siguiente de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, sino que no limitó su aplicabilidad en cláusula alguna.

José Elías ESTEVE MOLTÓ
Universidad de Valencia

6.2. Recurso de casación y derecho a una doble instancia penal

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª), de 14 de julio de 2011. Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079120012011100756.

QUINTO.—[...] *Igualmente la STS 1305/2002 reiterando lo ya dicho en auto de 14.12.2001, recuerda que el Tribunal Constitucional ha venido declarando desde la STC 60/85 que el recurso de casación cumple con la exigencia del art. 14.5 Pacto y desde la STC 42/82 ha establecido que esta norma del Pacto no da derecho a recursos que no se encuentren reconocidos en nuestra legislación (ver también STC 37/88).*

Finalmente en cuanto a su vulneración denunciada, el Tribunal Supremo en SS. 1860/2000 de 4.12, 2194/2001 de 19.11, 1305/2002 de 13.7 se ha pronunciando ante

dicha invocación afirmando que el derecho a la doble instancia no está realmente comprendido en el Convenio Europeo, sino en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, según el cual toda persona declarada culpable de un delito tiene derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto, sean sometidas a un Tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley. Ahora bien, dada la diversidad de sistemas procesales que funcionan en el ámbito territorial del Pacto, la posibilidad del acceso a la doble instancia viene determinada por las características de las leyes procedimentales de cada país y aunque esa revisión deba tener el máximo alcance, no se puede excluir la posibilidad de que existan otras vías de impugnación de sentencias condenatorias, siempre que se haga a través de un Tribunal superior que tenga la posibilidad de anular las resoluciones del inferior. Por ello nuestro Tribunal Constitucional ha declarado que aunque el recurso de casación penal tenga un carácter extraordinario y de marco limitado, cumple suficiente y adecuadamente expectativas del referido Pacto Internacional y «satisface la obligación asumida por el Estado español al incorporar sus previsiones al Derecho interno por la vía del artículo 96 de nuestra Constitución».

Ciertamente existen tratados internacionales firmados por España en los que se ha hecho expresa referencia a la doble instancia en el proceso penal. Concretamente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Protocolo número 7 del Convenio Europeo de Derecho Humanos en el que se expresa que toda persona declarada culpable de una infracción penal por un Tribunal tendrá derecho a que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por un Tribunal superior. El ejercicio de ese derecho, incluidos los motivos por los que pueda ser ejercitado, se regularán por la ley. Este derecho podrá ser objeto de excepciones en caso de infracciones de menor gravedad según las define la ley, o cuando el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el más alto Tribunal o haya sido declarado culpable y condenado al resolverse un recurso contra su absolución.

La necesidad de que el fallo condenatorio sea sometido a un Tribunal superior puede ser interpretada con distinto alcance. Así cabe hacer una lectura estricta de ese mandato en el sentido de que no se impone necesariamente la doble instancia sino simplemente la necesidad de que el fallo condenatorio y la pena sean revisados por otro Tribunal. Otra interpretación más amplia y extensa llevaría a la necesidad de la revisión completa del juicio.

Examinando los textos de los Tratados internacionales citados vemos que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se refiere a «fallo condenatorio y la pena». Si por fallo condenatorio entendemos, además de la parte dispositiva que contiene la condena, aquellos extremos de la sentencia que examinan la declaración de culpabilidad, estaríamos ante una interpretación que se extiende más allá de la mencionada como estricta, en cuanto supera el mero fallo o parte dispositiva, si bien ello permite, al menos, dos lecturas, la que se identifica con la revisión completa, es decir un nuevo juicio con repetición de la prueba, que afectaría a las bases fácticas sobre las que descansa la declaración de culpabilidad; otra que si bien no se ciñe a la parte dispositiva de la sentencia sin embargo tiene como límite el examen del juicio de inferencia realizado por el Tribunal de instancia y en concreto si se ajusta a las reglas de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicos.

Pues bien, el texto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, único de los citados que ha sido ratificado por España, no requiere un nuevo juicio con repetición de la prueba, satisfaciéndose la exigencia de que el fallo condenatorio y la pena sean sometidos a un Tribunal superior con la mera revisión del juicio de inferencias realizado por el Tribunal de instancia.

Es cierto que ambos pactos remiten este derecho a la doble instancia a lo que se prescriba por la Ley de cada Estado signatario, como se recoge en la sentencia de esta Sala antes citada, y ello nos lleva a examinar si en la legislación procesal española se cumple el mandato, con el alcance que acabamos de expresar, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Nota: 1. La sentencia extractada muestra la tendencia general durante el periodo examinado por la presente crónica, que es la absoluta continuidad con respecto a las líneas jurisprudenciales examinadas en ediciones anteriores: el TS ha seguido manteniendo que el recurso de casación en materia penal tal y como se halla configurado en el sistema procesal español es plenamente respetuoso hacia las exigencias del art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y del art. 2 del Protocolo núm. 7 al Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y en última instancia conforme a los arts. 10.2, 24 y 96.1 CE. Para ello se ha invocado jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, así como se ha invocado un cambio sustancial en la doctrina del Comité de Derechos Humanos al respecto, según la cual éste «[...] acepta que es suficiente con la existencia en el ordenamiento jurídico de recursos en los que el tribunal superior conozca de la existencia y suficiencia de la prueba, de la racionalidad del tribunal de instancia en cuanto a su valoración y a la legalidad de su obtención, así como de la concreta individualización de la pena impuesta [...]» —STS 5469/2011, de 21 de julio de 2011—. Durante este periodo pueden examinarse en el mismo sentido el ATS 10526/2011, de 27 de octubre de 2011, y la STSJ GAL 6021/2011, de 21 de julio de 2011. La sentencia reproducida muestra confusión y una expresión farragosa en torno a los textos internacionales que obligan al Reino de España en esta materia. Se llega a decir que de los textos citados tan solo el PIDCP ha sido ratificado por España, de modo que se ignora de forma flagrante que el Estado español también ha prestado su consentimiento en obligarse en relación con el Protocolo núm. 7 al CEDH, hecho en Estrasburgo el 22 de noviembre de 1984.

2. En todas estas resoluciones judiciales se insiste en la idea de que estos textos no imponen una obligación de repetición íntegra del juicio fáctico celebrado en la instancia que fundamenta la declaración de culpabilidad, sino que la revisión sería exigible cuando la valoración de la actividad probatoria realizada en la instancia sea arbitraria o irracional (por ejemplo, en caso de error en la construcción del *factum* de la sentencia o de error derivado de la prueba documental). En medio de este océano de resoluciones sigue constituyendo una isla la ya comentada STS 7760/2010, de 30 de diciembre (Id Cendoj: 28079120012010101142), cuyo ponente es el Magistrado José Antonio Martín Pallín: en ella, tras comprobar la ratificación sin reservas que el Reino de España había hecho del Protocolo núm. 7 al CEDH, se urgía al legislador a implementar la doble instancia penal (pese a desestimar en el caso concreto la alegada infracción del art. 14.5 del PIDCP, véanse FFJJ 15-20). En esta sentencia se señalaba que el sistema procesal español podía satisfacer las exigencias de la doble instancia penal: «La Ley Orgánica de 23 de diciembre de 2003, que modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ya anuncia las vías competenciales para generalizar la doble instancia residenciándola en los Tribunales Superiores de Justicia, pero sin haber desarrollado estas previsiones». El legislador ha desaprovechado la oportunidad para haber arrojado claridad al asunto en la reciente Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal (BOE núm. 245, de 11 de octubre de 2011, p. 106726).

3. De todos modos, no puede olvidarse que el Comité de Derechos Humanos, en sus Observaciones Finales en relación con el quinto informe periódico presentado

por España de acuerdo con el art. 40 del PIDCP (aprobadas en su 2595.^a sesión celebrada el día 30 de octubre de 2008 y correspondiente al 94.º periodo de sesiones), señaló que los motivos admisibles de casación en su configuración en el ordenamiento español no permiten al tribunal superior revisar la valoración de la actividad probatoria en que se basa la sentencia condenatoria realizada en la instancia, y, por tanto, sigue sin satisfacer las exigencias del art. 14.5 del Pacto. La cuestión sigue abierta y cabe remitirse a lo ya señalado en *REDI* (véase MARÍN AÍs, R., *REDI*, vol. LXII, 2010-1, pp. 185 y 187, y vol. LXIII, 2011-2, pp. 228-230; asimismo MARTÍN RODRÍGUEZ, P., *REDI*, vol. LXIII, 2010-1, pp. 154-155).

Rafael MARÍN AÍs
Universidad de Granada

6.3. Tortura y otros tratos inhumanos y degradantes

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 6444/2011 (Sala de lo Militar), de 23 de septiembre de 2011. Ponente: Fernando Pignatelli Meca.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079150012011100134.

I.—RECURSO DE CASACIÓN FORMULADO POR EL MINISTERIO FISCAL.

PRIMERO.—Por la vía que autorizan los artículos 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial entiende el Excmo. Sr. Fiscal Togado, en el primero de los motivos de casación en que aparece articulado el recurso que formula, haberse conculcado el artículo 24.1 de la Constitución por quebranto del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, fundado en o sobre la base de una valoración de la prueba practicada que estima como de todo punto ilógica e irracional, por entender que la inferencia efectuada por el Tribunal «a quo» sobre un supuesto consentimiento de la Soldado Doña Emma a la conducta de su superior objeto de enjuiciamiento resulta manifiestamente irrazonable e ilógica y, por tanto, infundada en derecho la Sentencia que ha aplicado éste sobre la base de aquella, vulnerándose así el invocado derecho esencial a la tutela judicial efectiva.

A través de la vía casacional elegida para impugnar el factum de la Sentencia de instancia tal y como viene estructurado en esta y por los razonamientos que el motivo contiene, trata la recurrente de interesar en esta sede la revisión de la racionalidad de la inferencia contenida en el relato probatorio a tenor de la cual al acceder a sentarse sobre las rodillas del Brigada Don Adrián la Soldado Doña Emma sabía —o al menos intuía o sospechaba— las intenciones libidinosas de aquel hacia ella, y, sobre todo, aceptó o consintió tales propósitos.

[...]

TERCERO.—[...] Por su parte, nuestra Sentencia de 9 de febrero de 2004 afirma que «esta Sala viene considerando que puede entrarse en una nueva valoración de la prueba concurrente cuando la que efectuara la Sala recurrida resulte manifiestamente irracional, ilógica, arbitraria y contraria a los criterios de la experiencia. En esos supuestos, y únicamente en ellos, hemos venido entendiendo que es procedente que la Sala se adentre en el juicio valorativo de la prueba obrante en autos, para llegar, en su caso, a un parecer distinto del mantenido por el Tribunal a quo. También es cierto que con ello, y en el caso en que el resultado de [que] aquella valoración fuera la de que en realidad no existían medios probatorios de cargo suficientes para enervar el derecho a la presunción de ino-

cencia, la resolución judicial que errónea o arbitrariamente lo hubiere otorgado habría de ser modificada».

[...]

DÉCIMO.—Reiteradamente ha señalado esta Sala que para determinar el concepto del trato inhumano o degradante que se conmina en el artículo 106 del Código Penal castrense ha de tenerse en cuenta, de acuerdo con lo estipulado por el artículo 10.2 de la Constitución, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos —TEDH—, intérprete del Convenio hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 ex artículo 32.1 de éste, ha integrado, entre los tratos inhumanos o degradantes, como afirman las antes citadas Sentencias de esta Sala de 5 de diciembre de 2007 y 3 y 18 de noviembre de 2008, en primer lugar, los que causan deliberadamente un sufrimiento físico o mental. En su Sentencia de 18 de enero de 1978 —caso Irlanda contra el Reino Unido— el TEDH delimita como inhumanos los actos que consistan en infligir dolor o tensión física o psíquica, sufrimiento, incomodidad, angustia apreciable, falta de sueño o alimentación y como degradantes los actos que rebajen el plano de la estimación, de la reputación, de la dignidad o provoquen situaciones patentes de desprecio que envilezcan, deshonren o humillen con afectación de la dignidad humana; además de en la citada Sentencia, en las de 25.04.1978, 25.02.1982, 28.05.1985, 27.08.1992, 09.12.1994, 28.11.1996 y 10.05.2001 el TEDH perfila el concepto de trato degradante, en los supuestos de afectación de la dignidad, en la existencia de humillación ocasionada por la conducta que los origina y en los efectos psicológicos desfavorables para la víctima.

Nota: La Sentencia 6444/2011, de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, estima el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de 31 de enero de 2011 dictada por el Tribunal Militar Territorial Primero en el Sumario 11/20/08, por la que se absolvió al brigada del Cuerpo General del Ejército de Tierra del delito de abuso de autoridad en su modalidad de trato degradante a un inferior, tipificado en el art. 106 del Código Penal Militar.

La sentencia recurrida recoge como hechos probados que el acusado A. sugirió a la soldado E. que se reuniera con él en el Cuarto de la Banda de Música de su Unidad, como ya habían hecho en otras ocasiones, para tratar diversos temas. El acusado pidió a la soldado que se sentara en sus rodillas, a lo que ella se negó en un primer momento, aunque posteriormente accedió a causa de su insistencia en términos imperativos. Aun sospechando de sus intenciones, la soldado se sentó sobre las rodillas del acusado, momento en el que éste puso una de sus manos sobre uno de los muslos de la acusadora y de forma repentina tocó sus genitales. Al levantarse sobresaltada por la actuación del acusado, éste repitió el mismo gesto ante lo cual la soldado se retiró después de solicitar permiso. Son igualmente hechos probados que la soldado era una persona de escasas aptitudes personales, con dificultades para leer y que tenía una relación de especial confianza con el acusado, a quien, por ser jefe directo, se le había encomendado su protección, habiendo conseguido que E. alcanzara un gran nivel de superación en sus problemas.

La sentencia objeto de la casación plantea dos cuestiones que interesan al Derecho internacional de los derechos humanos, una que comentaremos de forma tangencial, y otra que analizaremos como cuestión de fondo a la luz de la jurisprudencia de los órganos de control establecidos por los tratados de derechos humanos.

La primera de ellas está relacionada con el art. 14.5.º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 que establece que «toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley».

La persistente resistencia del legislador a contemplar en el ordenamiento jurídico español la doble instancia a la que hace referencia dicho artículo ha sido la causa de numerosas condenas por parte del Comité de Derechos Humanos declarando el incumplimiento por parte de España del referido precepto (véase, en general, FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C., *España y los órganos internacionales de control en materia de derechos humanos*, Paracuellos del Jarama, Dilex, 2010, y más en concreto nuestro trabajo en dicha obra, «El Comité de Derechos Humanos. Examen de los informes y de las quejas individuales presentadas contra España», pp. 51-197). En el mismo sentido, en la práctica totalidad de los informes, el Comité manifiesta que «aunque toma nota de la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo como de la reforma emprendida por el Estado parte respecto del recurso de casación, observa con preocupación que las medidas provisionales y parciales en vigor, y las previstas en el marco de la reforma, podrían no ser conformes con el párr. 5.º del art. 14 del Pacto. El Estado parte debería tomar medidas necesarias y eficaces para garantizar el derecho de toda persona declarada culpable de un delito a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior. El Estado parte debería velar por que la Ley Orgánica núm. 19/2003 garantice plenamente la doble instancia penal» (CCPR/C/ESP/CO/5, de 5 de enero de 2009, párr. 17).

A pesar de que el Tribunal Supremo en reiterada jurisprudencia manifiesta que «la valoración de la prueba corresponde al Tribunal del enjuiciamiento y que en principio no cabe su revaloración en el trance casacional» (STS de 2 de diciembre de 2007), en este asunto, la Sala de Casación procede a entrar a una nueva valoración de la prueba debido a que la efectuada por el Tribunal de instancia, dando por acreditada la aceptación por la víctima de la conducta lasciva de su superior jerárquico, resultaba manifiestamente irracional e ilógica. En consecuencia, el Tribunal de casación deduce una ausencia de consentimiento, expreso o tácito, de la víctima al contacto sexual que llevó a cabo el acusado ya que se vio obligada a ello al ser su superior jerárquico con el que además le unía una la relación de «especial confianza».

El segundo motivo de casación se refiere a la inaplicación del art. 106 del Código Penal Militar en su modalidad de trato degradante en relación con los hechos probados. Efectivamente, el concepto de trato degradante constituye el núcleo central de la sentencia comentada, que toma como referencia la noción elaborada por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, de acuerdo a lo preceptuado en el art. 10.2 de la Constitución Española, debe servir de criterio interpretativo cuando se trate de aplicar las normas relativas a los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución (en este sentido, véase FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C. y JIMÉNEZ GARCÍA, F., *El Derecho internacional de los derechos humanos en la Constitución Española: 25 años de jurisprudencia constitucional*, Madrid, Thomson-Civitas, 2006).

El Convenio Europeo de Derechos Humanos (Roma, 1950) en su art. 3 prohíbe de forma terminante la tortura y los tratos inhumanos o degradantes como una norma que se incardina dentro del *núcleo duro* de los derechos humanos y que no puede ser objeto de restricción ni limitación alguna, incluso en circunstancias excepcionales. La falta de concreción de las prácticas prohibidas ha sido suplida por la jurisprudencia de la antigua Comisión y del Tribunal Europeo, que han ido conformando los contornos cada vez más precisos de los anteriores conceptos (véase nuestro trabajo: *El Convenio europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes. Su aplicación en España*, Madrid, Dykinson, 2005, pp. 201-255).

Los criterios jurisprudenciales utilizados para diferenciar las categorías enumeradas en el art. 3 del Convenio son dos: la intensidad del sufrimiento y la apreciación

relativa. El primero opera en un doble sentido, como delimitador del momento a partir del cual un hecho cae bajo el ámbito del art. 3 y como *parámetro* para deslindar cada uno de los conceptos. Así, por ejemplo, ciertas conductas a pesar de ser odiosas no alcanzan el «mínimo de gravedad» exigida por el art. 3 (asuntos *Griego, Tomasi y Raninen*). Será entonces el Tribunal quien determine en cada caso el «mínimo requerido» para que un acto alcance el umbral que permita desencadenar la aplicación del art. 3 y pueda ser incluido en cada una de las conductas contempladas. Pero el criterio de la intensidad del sufrimiento actúa a la vez como *parámetro* para diferenciar los conceptos de tortura, trato inhumano y trato degradante. En lo que se refiere a este último, la Comisión Europea de Derechos Humanos en el asunto *Griego* declaró que «un trato aplicado a un individuo podía ser calificado de degradante si le humillaba groseramente delante de otros o le llevaba a actuar en contra de su voluntad o conciencia». Por su parte el Tribunal, en el asunto *Campbell y Cosans*, consideró que los castigos corporales a título de medida disciplinaria en las escuelas a las que asistían los hijos de las demandantes no violaban el art. 3 debido a que el sufrimiento provocado no había alcanzado el nivel de gravedad requerido. El segundo criterio utilizado por la jurisprudencia europea que atempera la subjetividad de la intensidad del sufrimiento es el de la apreciación relativa, que permite al Tribunal constatar con mayor imparcialidad la existencia de cualquiera de las categorías contempladas en el art. 3 del Convenio en razón a una serie de circunstancias que pueden atenuar o agravar el sufrimiento de la víctima, entre las que se encuentran la edad del demandante, el estado físico o mental de la víctima, el contexto en el que se producen los malos tratos o la condición femenina o masculina de la víctima.

En la sentencia objeto de análisis se utilizan los criterios anteriores para definir el trato degradante, entre los que queremos destacar la condición femenina de la víctima como medio para objetivar un comportamiento humano que puede variar dependiendo de diversos factores, como son la sensibilidad de la persona, la resistencia al dolor o incluso el nivel cultural. En el asunto *Aydin*, el Tribunal declaró que la violación de una persona que se encuentre detenida por un agente del Estado debía ser considerada como una forma particularmente grave y odiosa de malos tratos, teniendo en cuenta que el agresor puede abusar de la vulnerabilidad de la víctima y de su fragilidad. En el asunto *Klaas*, se alegó igualmente la condición femenina de la demandante al poner de relieve la desproporción entre la fuerza utilizada por dos policías de sexo masculino para obligarla a que se sometiera a la prueba de alcoholemia y la fuerza que ella opuso. En jurisprudencia más reciente, el Tribunal Europeo utiliza el mismo criterio (asuntos *A, B et C y Lotarev*) y, más concretamente, en el asunto *Opuz*, declara que la demandante puede estar incluida dentro de la categoría de «personas vulnerables» que tienen derecho a una protección especial del Estado.

Por su parte, el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura (CPT) refiere en el Informe sobre una visita a España que cualquier discriminación que niegue el acceso igualitario de las mujeres al régimen de actividades en las prisiones podría calificarse de trato degradante [CPT/Inf (2000) 23, párrs. 21-25] [véase nuestro trabajo «El Comité para la Prevención de la Tortura (CPT). Examen de las visitas efectuadas a España», en FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C., *España y los órganos internacionales de control en materia de derechos humanos*, Madrid, Dilex, 2010, pp. 419-479].

Como no podía ser de otro modo, tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional reiteran en su jurisprudencia los criterios aludidos con el propósito de objetivar cada una de las conductas contempladas en el art. 3 del Convenio Europeo y definen el trato degradante como «un comportamiento de palabra u obra que rebaja, humilla o envilece al inferior despreciando su dignidad personal y que alcance un

mínimo de gravedad» (SSTS, Sala de lo Militar, 20 de septiembre de 2002 y 5 de mayo de 2004), que «pueda crear sentimientos de temor, angustia e inferioridad capaz de quebrantar su resistencia física o moral» (SSTS, Sala de lo Militar, 5 de diciembre de 2007, 23 de octubre de 2007 y de 18 de noviembre de 2008). En la misma línea, el Tribunal Constitucional alude a la intención de envilecer ante los demás o ante sí mismo con un acto que alcance un mínimo de gravedad cuyo nivel ha de fijarse a la vista de las circunstancias del caso (Sentencias 57/1994, de 28 de febrero; 119/1996, de 8 de julio, y 116/2010, de 24 de noviembre).

En la sentencia objeto del presente comentario, el Tribunal considera que los hechos alcanzan la gravedad requerida para quedar subsumidos en el tipo delictivo configurado en el art. 106 del Código Penal Militar en la modalidad de trato degradante a un inferior. La condición femenina de la víctima, así como la relación de subordinación con el acusado, pueden ser consideradas como dos circunstancias que agravan los hechos teniendo en cuenta el criterio de la apreciación relativa esencial para graduar la intensidad del sufrimiento.

Julia RUILOBA ALVARIÑO
Universidad Rey Juan Carlos

6.4. Art. 10.2 CE. Cuestiones generales

Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala 2.^a) núm. 135/2011, de 12 de septiembre.

Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala 2.^a) núm. 150/2011, de 29 de septiembre.

Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala 2.^a) núm. 153/2011, de 17 de octubre.

Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala 2.^a) núm. 154/2011, de 17 de octubre

Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala 2.^a) núm. 173/2011, de 7 de noviembre.

Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala 2.^a) núm. 174/2011, de 7 de noviembre.

F: <http://www.tribunalconstitucional.es>.

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso, Sección 5.^a), de 28 de septiembre de 2011. Ponente: Fernando Benito Moreno.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079230052011100800.

Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso, Sección 3.^a), de 7 de diciembre de 2011. Ponente: Francisco Díaz Fraile.

Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079230032011100750.

Nota: 1. En no pocas ocasiones, las diferentes ediciones de esta crónica, y otros trabajos doctrinales, han reparado en el mucho uso que los órganos judiciales espa-

ños han hecho del art. 10.2 de la CE, haciendo evidente la imbricación ya existente entre el Derecho internacional y el Derecho interno en materia de derechos fundamentales. No en vano, algún autor ha llegado a afirmar, refiriéndose al mencionado precepto constitucional, que «pocas dudas caben de que ha sido y es uno de los instrumentos de política jurídica más útiles y exitosos de la CE» (LIÑÁN NOGUERAS, D. J., «El proyecto constitucional europeo y la interpretación de derechos y libertades en la Constitución española: ¿una nueva dimensión del art. 10.2?», en *Pacis Artes. Obra Homenaje al Profesor J. D. González Campos*, t. I, Madrid, Eurolex Editorial, 2005, pp. 933-946, en la p. 933).

La presente edición no podía ser una excepción, de ahí que se relacionen a continuación una serie de pronunciamientos del Tribunal Constitucional y de la Audiencia Nacional que contienen referencias al Derecho internacional como fuente de inspiración de los derechos fundamentales y las libertades que nuestra Ley Fundamental consagra.

2. En el ciclo estudiado, y del lado de la jurisprudencia constitucional, el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la CE, en sus distintas modalidades o vertientes, continúa siendo el objeto de un buen número de recursos de amparo resueltos por el Tribunal Constitucional. Así ocurre, particularmente, en las sentencias núms. 135, 153, 154 y 174, dictadas por el máximo intérprete de nuestra Constitución en el último semestre del año 2011. En los tres primeros pronunciamientos, y tanto para fundamentar su decisión de conceder el amparo solicitado (STC 135/2011) como para, en su caso, desestimarlos (SSTC 153/2011 y 154/2011), el Alto Tribunal maneja con pericia la dilatada doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de garantía de la audiencia de un acusado en fase de recurso de apelación, si bien hay que precisar que en la Resolución 135/2011 este Tribunal ha omitido cualquier referencia expresa al art. 10.2. Por su parte, los argumentos esgrimidos también por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en una voluminosa jurisprudencia sobre las exigencias que se derivan del derecho a un juicio justo han conducido al Tribunal Constitucional, en la Sentencia 174/2011, a otorgar el amparo a quien, habiendo sido condenado como autor de un delito continuado de abusos sexuales a una menor de edad, denunció la vulneración de su derecho de defensa. Por lo demás, la sentencia citada evoca con carácter general la Convención de las Naciones Unidas de 1989 sobre los Derechos del Niño, y la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea, de 15 de marzo de 2001, relativa al Estatuto de la víctima en el proceso penal.

Una sentencia particularmente interesante y repleta de referencias jurídicas internacionales es la núm. 173/2011, aun cuando algunas de estas citas resultan excesivamente generales y no siempre se determinan los efectos jurídicos de los textos de naturaleza internacional a los que el Tribunal Constitucional recurre con fines hermenéuticos. Concretamente, en este pronunciamiento el demandante considera afectado, principalmente, su derecho a la intimidad, en relación con los derechos a un juicio con todas las garantías y a la presunción de inocencia: aquel fue condenado por un delito de corrupción de menores, en su modalidad de distribución de pornografía infantil, y denunció que le fue intervenido por la Policía Nacional, sin autorización judicial previa, un ordenador personal portátil en el que conservaba numerosos ficheros de fotografías y vídeos de contenido pedófilo en el marco de una red de intercambios a la que podía acceder cualquier persona que se conectara a Internet. En el FJ 3.º de la sentencia reseñada, el Tribunal Constitucional revela una jurisprudencia consolidada del Tribunal de Estrasburgo que ha sido extremadamente sensible a los riesgos que existen para ciertos derechos y libertades fundamentales en una sociedad tecnológicamente muy avanzada. Del mismo modo, la preocupación por el uso indebido de

la informática y de la tecnología de la información, y su incidencia negativa sobre tales derechos, han llevado al Tribunal Constitucional a mencionar, en el FJ 4.º, una sucesión de instrumentos internacionales, de desigual valor jurídico, que en el ámbito regional europeo se han ocupado de esta cuestión. Así las cosas, se citan el Convenio núm. 108 del Consejo de Europa sobre protección de los datos informatizados de carácter personal, firmado en 1981 y vinculante para España —como apunta el Tribunal Constitucional—, y algunas de las recomendaciones del Comité de Ministros que lo desarrollan: en particular, se invocan la Recomendación sobre datos personales utilizados en el sector policial (1987) y la Recomendación sobre privacidad en Internet (1999). Acto seguido, el Tribunal Constitucional se adentra en el Derecho de la Unión Europea y se remite, de manera sincrónica, al art. 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, a la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas, y a dos Resoluciones del Parlamento Europeo, de 1996 y 1998, sobre el respeto de los derechos humanos en la Unión Europea. No contento con lo anterior, el Alto Tribunal, en el mismo FJ 4.º, se apresta a exponer la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea recaída en el asunto *Productores de Música de España (Promusicae) c. Telefónica de España*, de 29 de enero de 2008, en la que se reafirma el derecho a la protección de los datos personales como un valor a tener en consideración por los Estados miembros tanto en el momento de trasponer una directiva como en el de aplicarla. No obstante, a la postre, el Tribunal Constitucional toma la decisión de desestimar el recurso de amparo y mediante un juicio de ponderación determina que, en el caso concreto, la celeridad en la actuación judicial encontraba justificación atendiendo a la gravedad de los hechos y a la vulnerabilidad de las víctimas. Y, a estos efectos, se vale de lo estipulado en la Decisión del Consejo de la Unión Europea, de 29 de mayo de 2000, relativa a la lucha contra la pornografía infantil en Internet, así como de lo dispuesto en la Decisión Marco del mismo Consejo, de 22 de diciembre de 2003, sobre la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil.

Por último, la STC 150/2011 pone de manifiesto un buen conocimiento de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa a la incidencia negativa del ruido sobre determinados derechos fundamentales, como el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE), a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.1 y 2 CE), especialmente aquellas sentencias dictadas en varios procesos contra España (asuntos *López Ostra* de 1994 y *Gómez Moreno* de 2004), si bien en el caso de autos el Alto Tribunal esgrime las sentencias citadas (especialmente la segunda) para sustentar una declaración de inexistencia de lesión de tales derechos.

3. Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de septiembre de 2011, en un supuesto de reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración por las lesiones que padeció un interno al sufrir una caída en el Centro Penitenciario, aduce como elementos hermenéuticos, en relación con los derechos a la vida y a la integridad física y moral, los preceptos pertinentes de la Declaración Universal de Derechos Humanos, los correspondientes del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y «las Declaraciones recogidas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (*sic*)». Aunque es importante hacer notar la muy loable vocación internacional profesada por el magistrado ponente en la sentencia mencionada, sin embargo, consideramos que no alcanza a discernir correctamente las distintas funciones que, en nuestro ordenamiento jurídico, desempeñan los arts. 10.2 y 96.1 de nuestra Constitución.

Por último, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de diciembre de 2011, en un supuesto de responsabilidad por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, apela de forma un tanto alambicada al importante giro jurisprudencial al que se ha visto obligado nuestro Tribunal Supremo, con respecto a la interpretación del art. 294 de la LOPJ, como consecuencia de una jurisprudencia profusa del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el art. 6.2 del Convenio de Roma de 1950, que declara el derecho de toda persona que ha sido acusada de una infracción de ser considerada inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.

Eva Díez PERALTA
Universidad de Almería