

### III. 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. Derecho de la Organización Internacional del Trabajo y Derecho español.—2.2. Aplicación del Acuerdo ADPIC en el Derecho español. Patentes de producto químico o farmacéutico. Reserva de España al Convenio de la patente europea.—2.3. Acuerdos con la Santa Sede y la Constitución Española.—2.4. Comunidades Autónomas y Constitución Española. Política exterior de la Comunidad Autónoma de Cataluña.—3. EL ESTATUTO INTERNACIONAL DEL ESTADO.—3.1. El estatuto jurídico de Gibraltar desde la perspectiva del Derecho internacional y del Derecho europeo: Solicitud de canje en España de permiso de conducción expedido en Gibraltar y convalidado por el Reino Unido.—4. DERECHO DEL MAR.—4.1. Piratería marítima. El secuestro del *Alakrana*.—4.2. Acceso a buque extranjero en puerto. El caso *Odyssey*. Funciones consulares.—5. ASILO Y REFUGIO.—6. PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.—6.1. Jurisdicción universal.—6.2. Derechos humanos. Recurso de casación y derecho a una doble instancia penal.—6.3. Art. 10.2 CE. Cuestiones generales.—6.4. Art. 10.2 CE. Derecho de los padres a garantizar la educación y enseñanza de sus hijos y la escolarización obligatoria.

#### 1. INTRODUCCIÓN

Esta crónica se realiza bajo unas premisas análogas a las dos anteriores publicadas en la *REDI* (2010-1 y 2010-2). Sí es novedoso que se incorporen como comenta-

---

\* Esta crónica comprende las resoluciones dictadas entre el 1 de julio de 2010 y el 30 de junio de 2011, con la excepción de la STC 31/2010, relativa al Estatuto de Autonomía de Cataluña, que, a pesar de ser pronunciada el 28 de junio de 2010, no llegó a ser glosada en la crónica precedente. La primera identificación de resoluciones relevantes ha corrido a cargo de los Profesores Eva Díez Peralta y Jesús González Giménez, ambos de la Universidad de Almería.

ristas en este número profesores de más universidades, todos ellos especialistas en la materia glosada.

El marco temporal vuelve a cubrir doce meses, hasta llegar al pasado 30 de junio de 2011, con la salvedad anotada en la nota a pie de página inicial. Algunos asuntos, reseñados en crónicas anteriores, han tenido alguna secuela en el periodo presente, como es el caso de la rebaja de sanción decretada por el Tribunal Supremo respecto al primer delito de traición determinado en nuestra democracia (STS 1094/2010, Sala de lo Penal, de 10 de diciembre). Otras resoluciones reseñadas en este número ofrecerán, sin duda, nuevos episodios judiciales.

Aunque la relevancia jurídico-internacional ha sido el criterio preferente manejado para hacer la selección de asuntos, en este número se ofrecen numerosas decisiones judiciales conectadas con cuestiones de alta política: relaciones con la Santa Sede, Gibraltar, piratería marítima, jurisdicción universal, etc. Evidentemente, algunas decisiones son fronterizas entre dos o más apartados; tal cosa sucede en resoluciones de trasfondo religioso recogidas en las Secciones 2.<sup>a</sup> y 6.<sup>a</sup>

En fin, el esfuerzo inevitable de síntesis, en la selección y en el comentario de las decisiones judiciales, hace que queden soslayadas algunas resoluciones también importantes desde el prisma jurídico-internacional. Me permito sólo en este sentido llamar la atención sobre la perspectiva abierta en materia de lucha contra la tortura por el Tribunal Constitucional al conceder el amparo por falta de diligencia del Estado a la hora de investigar una posible práctica de malos tratos. Esta resolución (STC 63/2010, Sala 1.<sup>a</sup>, de 18 de octubre), acoge expresamente la normativa y jurisprudencia internacional pertinentes.

Javier ROLDÁN BARBERO

## **2. RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO**

### **2.1. Derecho de la Organización Internacional del Trabajo y Derecho español**

**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 26 de julio de 2010.** Ponente: Ilmo. Sr. D. Fernando Salinas Molina.

**Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079140012010100581.**

*Fundamento de Derecho TERCERO, 2. A falta de regulación en el Convenio colectivo, y conforme a la jurisprudencia social expuesta, debe estarse directamente a lo establecido en el Convenio núm. 132 de la OIT, es decir, conforme precisa nuestra jurisprudencia, a la «regla general de retribuir las [las vacaciones] de acuerdo con la remuneración normal o media obtenida por el trabajador en la época de actividad, lo cual es acorde con su finalidad: garantizar el disfrute efectivo del derecho a vacaciones mediante la continuidad de la percepción de la renta del trabajo habitual»; y dado que los conceptos discutidos en el presente litigio en el que se pretende, lo que se ha reconocido en la sentencia de instancia, que en la retribución de las vacaciones anuales se incluya el promedio anual de los complementos variables que corresponden a la jornada ordinaria de horas nocturnas [...], horas festivas [...], horas de domingo [...] y fraccionamiento de jornada [...], todas ellas « según lo estipulado para cada categoría en la tabla de variables que se incluye en el anexo I», procede la desestimación del recurso, pues se trata expresamente de conceptos*

*salariales (conforme a los arts. 52 y 53 del transcrito I Convenio de grupo empresarial), no excluidos en el Convenio para la determinación de la remuneración de las vacaciones y, además, computadas de forma promediada, puesto que tratándose de «remuneraciones extraordinarias del trabajo realizado en la jornada normal han de computarse en su promedio, y no en su integridad».*

**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso), de 22 de septiembre de 2010.** Ponente: Ilmo. Sr. D. Santiago Martínez-Vares García.

**Referencia Centro de Documentación Judicial (ID Cendoj) 28079130042010100426.**

*Fundamento de Derecho TERCERO.—[...] La Sentencia rechaza que el reparto de las cantidades para subvencionar los contratos programas para la formación haya de ser matemáticamente proporcional al número de trabajadores ocupados. E, igualmente, mantiene que las menciones que se refieren a los Convenios y Recomendaciones que se citan de la OIT no afectan a la cuestión que se debate en tanto que contienen referencias genéricas y mandatos de igual naturaleza a los Estados Miembros que por ello no son significativos en cuanto a la distribución de los fondos de las subvenciones que llevó a cabo el Consorcio para la Formación Continua de Cataluña de modo que en manera alguna se discrimina a los trabajadores por cuenta propia en Cataluña.*

**Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Social), de 2 de noviembre de 2010.** Ponente: Ilma. Sra. Dña. María Paz Vives Usano.

**Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079240012010100112.**

*Fundamento de Derecho. TERCERO.—[...] Establecidas las posturas de las partes, el objeto de la controversia sometida a la Sala es determinar el alcance del derecho de información del sindicato demandante frente a la empresa demandada y si las exhaustivas pretensiones expuestas en el suplico tienen o no cobertura legal en los preceptos de nuestro ordenamiento que regulan este derecho. Hemos de partir del reconocimiento del derecho de información pasiva de los sindicatos como medio para llevar a cabo una libre acción sindical y, por ello, incluido en el art. 28.1 de la Constitución y así lo reconoce la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la reciente sentencia de 19 de febrero de 2009, citada por ambas partes en el acto del juicio, en la que se recoge la doctrina del Tribunal Constitucional sobre este derecho. Según esta doctrina: es preciso recordar que aunque de su tenor literal pudiera deducirse la restricción del contenido de la libertad sindical a una vertiente exclusivamente organizativa o asociativa, este Tribunal ha declarado reiteradamente, en virtud de una interpretación sistemática de los arts. 7 y 28 CE efectuada según el canon hermenéutico del art. 10.2 CE, que llama a los textos internacionales ratificados por España —Convenios de la Organización Internacional del Trabajo núms. 87 y 98—, que su enumeración de derechos no constituye un «numerus clausus», sino que en el contenido de este precepto se integra también la vertiente funcional del derecho, es decir, el derecho de los sindicatos a ejercer aquellas actividades dirigidas a la defensa, protección y promoción de los intereses de los trabajadores, en suma, a desplegar los medios de acción necesarios para que puedan cumplir las funciones que constitucionalmente les corresponden... Los sindicatos disponen de un ámbito esencial de libertad para organizarse y actuar de la forma que consideren más adecuada a la efectividad de su acción, dentro, claro está, del respeto a la Constitución y a la Ley.*

**Nota:** al hablar de la actividad convencional de la OIT, es frecuente puntualizar sus rasgos específicos respecto al régimen general de celebración de los tratados internacionales. Entre estas peculiaridades destaca: *a)* el hecho de que su adopción se produzca en el seno de la Conferencia Internacional del Trabajo, en la que participan representantes de los Gobiernos, de los empresarios y de los trabajadores, lo que se conoce como «tripartismo» (SAURA ESTAPÀ, J., «La organización internacional del trabajo (OIT): organización y mandato», en BONET PÉREZ, J., y OLESTI RAYO, A. (dirs.), *Noiones básicas sobre el régimen jurídico internacional del trabajo*, Barcelona, Huygens Editorial, 2010, pp. 137-147, en p. 140); *b)* el tratarse, en general, de tratados de mínimos, cuyas disposiciones pueden ser complementadas, y mejoradas, por los Estados miembros en sus respectivos ordenamientos internos, según establece el art. 19.8 de la Constitución de la OIT (FERNÁNDEZ PONS, X., «La actividad normativa de la OIT», en BONET PÉREZ, J., y OLESTI RAYO, A. (dirs.), *op. cit.*, pp. 149-163, en p. 152), y *c)* la imposibilidad de formular reservas a dichos tratados que encuentra su contrapunto en la flexibilidad con la que se conciben sus disposiciones. Este último hecho explica que la aplicación práctica de los convenios varíe de un Estado a otro en atención a la capacidad de los propios Estados para cumplir estos tratados que afectan a derechos de naturaleza social (HINOJOSA MARTÍNEZ, L. M., *Comercio justo y derechos sociales*, Madrid, Tecnos, 2002, p. 52).

El Consejo de Administración de la OIT, posiblemente consciente de los problemas que plantea la aplicación de esta normativa, y de las nefastas consecuencias que suele conllevar la idea (que parece desprenderse inevitablemente del propio término «flexibilidad») de que nos encontramos ante una suerte de *soft law* internacional, ha procedido a clasificar estos Convenios en tres categorías, diferenciando los Convenios «fundamentales» de los Convenios «prioritarios», y éstos, a su vez, del resto de Convenios de la OIT. Los «fundamentales» son ocho convenios que consagran valores esenciales en el trabajo; se trata de Convenios referidos a la temática de la libertad sindical (Convenios núms. 87 y 98), del trabajo forzoso (Convenios núms. 29 y 105), del trabajo infantil (Convenios núms. 138 y 182), y sobre no discriminación (Convenios núms. 100 y 111). Los «prioritarios» son cuatro convenios cuya ratificación promueve la OIT por considerarlos de gran importancia para el sistema internacional del trabajo; regulan materias relativas a la inspección del trabajo (Convenios núms. 81 y 129), consulta tripartita (Convenio núm. 144) y política de empleo (Convenio núm. 122). A diferencia de los restantes Convenios de la OIT, ninguna de estas dos categorías de Convenios, dado su especial relieve, permiten el uso de los mecanismos de flexibilización (MARTÍNEZ BARRABÉS, M., «Los Convenios de la OIT», en BONET PÉREZ, J., y OLESTI RAYO, A. (dirs.), *op. cit.*, pp. 165-180, en p. 169). De este modo, la OIT ha tratado de evitar que la flexibilidad que caracteriza a muchas de sus normas pueda ir en detrimento de la aplicación efectiva de los convenios que considera especialmente relevantes.

En lo que concierne a España, es frecuente la aplicación judicial de los Convenios de la OIT, cosa que ocurre tanto por la vía que posibilita el art. 96.1 CE, en tanto que tratados ratificados y publicados, como a través de la vía hermenéutica del art. 10.2 CE, en la medida que dichos tratados versan sobre derechos fundamentales de naturaleza social reconocidos por la Constitución. Durante el periodo abarcado por esta crónica, el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse en dos ocasiones sobre la aplicación y alcance de determinados Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Se trata de las Sentencias de 26 de julio de 2010 (asunto 199/2009) y de 22 de septiembre de 2010 (asunto 5241/2008), a las que hay que sumar finalmente la Sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de noviembre de 2010 (asunto

162/2009); sentencias cuyos principales considerandos hemos reproducido en el encabezamiento, y que comentaremos a continuación.

En el primero de los asuntos analizados en esta crónica (asunto 199/2009) el Tribunal Supremo aplica judicialmente ex art. 96.1 CE, el Convenio núm. 132 de la OIT sobre vacaciones anuales pagadas, que fue ratificado por España en 1974 y que, en la clasificación elaborada por la OIT, entraría dentro del apartado residual de los «otros convenios». Concretamente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de julio de 2010 da respuesta al recurso de casación planteado por las Uniones Temporales de Empresa denominadas *Swissport Menzies Handling Alicante*, UTE, y otras, contra una Sentencia de la Audiencia Nacional que reconoció a los trabajadores de diversas empresas de transporte aeroportuario el derecho a que, en la retribución de sus vacaciones anuales, se incluyese el promedio anual de los complementos variables que corresponden a la jornada ordinaria de horas nocturnas, horas de domingo y fraccionamiento de jornada. La empresa recurrente invoca, entre otros, el Convenio núm. 132 de la OIT sobre vacaciones anuales pagadas, cuyo art. 7.1 establece como regla que la retribución de vacaciones ha de comprender el promedio de la totalidad de emolumentos que corresponden a la jornada ordinaria. Siguiendo jurisprudencia previa, el Tribunal Supremo considera prioritaria la aplicación del Convenio colectivo pero entiende que, cuando en éste no se ha fijado la forma de retribución de las vacaciones ni se han establecido los conceptos retributivos que deben tomarse en cuenta ni se efectúa en él exclusión alguna, como ocurre en este caso, cabe aplicar «íntegramente» el Convenio núm. 132 de la OIT, lo que conlleva considerar como conceptos salariales los complementos variables mencionados incluyéndolos en su promedio en la remuneración de las vacaciones, desestimando así el recurso de casación, y confirmando la sentencia de instancia impugnada. Por tanto, estamos ante uno de los Convenios de mínimos de la OIT cuya aplicación, normalmente subsidiaria de la reglamentación interna (en este caso, del Convenio colectivo), puede resultar directamente aplicable en aquellos casos en que el Derecho interno no regula el Derecho reconocido por el Convenio.

El segundo caso (5241/2008) afecta a un Convenio de la OIT considerado «fundamental» (Convenio núm. 111 sobre no discriminación, concretado, por lo que se refiere a las organizaciones de trabajadores rurales, por el Convenio núm. 141). En este caso, la Unión de Payeses de Cataluña plantea recurso de casación contra la Sentencia del TSJ de Cataluña que consideró ajustada a Derecho la convocatoria del Departamento de Trabajo de la Generalidad de Cataluña para la concesión de subvenciones públicas mediante contratos programa para la formación de trabajadores ocupados. La Unión de Payeses de Cataluña había alegado previamente ante el TSJ de Cataluña, y reitera ante el TS, que la resolución del Departamento de Trabajo que aprobó la convocatoria de ayudas, al distribuir de forma arbitraria los fondos destinados a los contratos programa, violó los Convenios núms. 111, 141 y 142 de la OIT (este último sobre desarrollo de los recursos humanos) constituyendo, de este modo, una discriminación por origen social. Concretamente consideraba ilegal, a la luz de los Convenios de la OIT mencionados, el reparto de las subvenciones alegando que dicho reparto debería haber sido efectuado siguiendo como criterio el que las ayudas se distribuyesen de modo matemáticamente proporcional al número de trabajadores ocupados. El TSJ había rechazado este argumento por considerar que ese criterio de reparto de los fondos no está recogido en ninguna disposición legal y que, por el contrario, dicho reparto había sido determinado por unanimidad por el Comité ejecutivo del Consorcio para la Formación Continua de Cataluña. Además, en lo que atañe al derecho de la OIT invocado, había entendido que tampoco se producía vulneración alguna. El TS avala sus conclusiones basándose en que «las menciones que se refieren a

los Convenios y Recomendaciones que se citan de la OIT no afectan a la cuestión que se debate en tanto que contienen referencias genéricas y mandatos de igual naturaleza a los Estados miembros que por ello no son significativos en cuanto a la distribución de los fondos de las subvenciones que llevó a cabo el Consorcio para la Formación Continua de Cataluña de modo que en manera alguna se discrimina a los trabajadores por cuenta propia en Cataluña». De esta Sentencia, que aplica el Derecho de la OIT ex art. 96.1 CE, cabe criticar el que el TS no diferencie el distinto alcance jurídico que tienen los Convenios y las Recomendaciones de la OIT, así como el hecho de que deduzca del carácter genérico de los principios enunciados por los Convenios núms. 111 y 142 de la OIT su incapacidad para establecer obligaciones concretas, lo cual hace pensar que, para el Alto Tribunal, los Convenios mencionados no tienen más que un valor meramente programático o indicativo, pero no realmente vinculante.

Por último, en el asunto 105/2010, la Audiencia Nacional acoge en parte el recurso planteado por el Sindicato Autónomo de Trabajadores del Banco de España contra el Banco de España. La Audiencia Nacional declara en Sentencia de 2 de noviembre de 2010 que el sindicato demandante tiene derecho a ser informado sobre la cuantía global de las gratificaciones otorgadas por el Banco de España, así como la distribución de dichas gratificaciones entre hombres y mujeres, porque dicha información es necesaria para que el sindicato pueda ejercer sus funciones de control, pero rechaza que el Banco de España tenga que darle información sobre su distribución entre los distintos centros de trabajo, por carecer de base legal, o en relación con el número de veces en que los beneficiarios han recibido la gratificación, por afectar al derecho a la intimidad de los trabajadores. En su razonamiento, la Audiencia Nacional alude a una Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2009, que recoge la doctrina del Tribunal Constitucional sobre este derecho, y en la que se interpretó el derecho sindical a obtener información del art. 28.1 CE ex art. 10.2 CE por referencia a los Convenios núms. 87 (sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación) y 98 (sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva) de la OIT, lo que lleva al TS a determinar que dicho derecho integra una vertiente funcional que implica el derecho de los sindicatos a ejercer aquellas actividades dirigidas a la defensa, protección y promoción de los intereses de los trabajadores.

Carmen LÓPEZ-JURADO  
Universidad de Granada

## **2.2. Aplicación del Acuerdo ADPIC en el Derecho español. Patentes de producto químico o farmacéutico. Reserva de España al Convenio de la patente europea**

**Sentencia del Tribunal Supremo núm. 927/2011 (Sala de lo Contencioso, Sección 3.<sup>a</sup>), de 3 de marzo de 2011.** Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado.

**Referencia del Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079130032011100079.**

En idéntico sentido:

**Sentencia del Tribunal Supremo núm. 6444/2010 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.<sup>a</sup>), de 4 de noviembre de 2010, FJ 6.<sup>º</sup>** Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Espín Templado.



**Referencia del Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079130032010100349. RJ 2010/7928.**

**Sentencia del Tribunal Supremo núm. 6445/2010 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.<sup>a</sup>), de 4 de noviembre de 2010, FJ 6.º** Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Espín Templado.

**Referencia del Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079130032010100350. RJ 2010/8250.**

**Sentencia del Tribunal Supremo núm. 6446/2010 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.<sup>a</sup>), de 4 de noviembre de 2010, FJ 6.º** Ponente: Excmo. Sra. María Isabel Perelló Domenech.

**Referencia del Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079130032010100351. RJ 2010/7103.**

**Sentencia del Tribunal Supremo núm. 6579/2010 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.<sup>a</sup>), de 4 de noviembre de 2010, FJ 4.º** Ponente: Excmo. Sr. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat.

**Referencia del Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079130032010100358. RJ 2010/8245.**

*SEXTO.—[...] Sobre los motivos quinto y sexto, relativos al procedimiento de revisión de la traducción de una patente europea y a la aplicación del Convenio ADPIC.*

*Analizaremos de forma conjunta los motivos quinto y sexto, ya que ambos se refieren a la cuestión de fondo que subyace a la solicitud de la revisión de la traducción de la patente que ha formulado la recurrente, cual es la del alcance del procedimiento de revisión de una traducción y el de la posible protección tras el Acuerdo ADPIC de las reivindicaciones de producto no incluidas en las traducciones publicadas en su momento, en virtud de la reserva que España había formulado al Convenio de la Patente Europea al amparo del artículo 167 del mismo, hoy suprimido.*

*La Sala de instancia, tras estimar en los últimos párrafos del fundamento jurídico octavo de la sentencia impugnada que el «cauce» del artículo 12 del Real Decreto 2424/1986 (revisión de la traducción) no era adecuado, considera sin embargo que «la parte debió presentar a la Oficina Española de Patentes y Marcas una solicitud para que procediera a la publicación de las reivindicaciones relativas al producto farmacéutico al entender que los artículos 27.1 y 70 del Acuerdo ADPIC dejaron sin efecto el artículo 167.5 del Convenio de la Patente Europea, solicitud perfectamente viable al amparo del artículo 29 de la Constitución, y por aplicación analógica del artículo 70.7 del ADPIC. Cuando la Administración se pronuncie al respecto, el Tribunal podrá examinar si procede o no la publicación de las reivindicaciones de productos».*

*Debemos descartar en primer lugar el error en que incurre la Sala sentenciadora al remitirse de forma improcedente al ejercicio del derecho de petición (artículo 29 de la Constitución), cuando de lo que se trata es de plantear a una Administración Pública pretensiones fundadas en Derecho y el debate gira en torno a la mayor o menor corrección jurídica de una decisión administrativa, expuesta en los términos que acto seguido analizamos, y que requiere una respuesta igualmente fundada en Derecho.*

*La entidad recurrente sostiene que la Sala se equivoca cuando afirma que la Oficina Española de Patentes y Marcas tiene un cierto margen de calificación del contenido de la traducción que se le presenta, infringiendo con ello lo dispuesto en los artículos 65.1 y 70.3 y 4 del Convenio de la Patente Europea y 11 y 12 del Real Decreto 2424/1986. La parte justifica su afirmación en que el tenor de los citados preceptos no establece ni tiene previsto ningún procedimiento por el que las oficinas nacionales de propiedad industrial puedan entrar a examinar y, en su caso, rechazar, el contenido de las traducciones de las patentes europeas o de las revisiones de las mismas que se les presenten, cuya publicación sería obligada. En cuanto a los solicitantes, su única obligación sería el pago de la tasa correspondiente.*

*La Sala de instancia, por su parte, indica a la entidad actora, como se puede observar en el párrafo transcrito, que debió instar un procedimiento encaminado directamente a obtener la publicación de las reivindicaciones de producto no incluidas en su momento en la traducción inicial como consecuencia de la reserva formulada al Convenio de la Patente Europea.*

*Nos encontramos entonces que el debate se encuentra centrado en dos cuestiones. Por un lado, si la Oficina Española de Patentes y Marcas —como las demás oficinas nacionales de propiedad industrial—, está obligada a publicar las traducciones o las revisiones de las mismas sin poder calificar ni entrar en su contenido, tal como entiende la parte recurrente, o si las citadas oficinas pueden calificar dicho contenido y, en su caso, negarse a su publicación en aplicación de tales funciones calificadoras, cuyo alcance quedaría por precisar.*

*En segundo lugar, es preciso examinar si mediante el procedimiento de revisión de una traducción de una patente europea es posible ampliar el ámbito de protección de la traducción original y hasta el límite que marca la patente europea, tal como entiende la parte recurrente que se deriva de los preceptos invocados del Convenio de la Patente Europea y del ADPIC.*

*a) Es preciso rechazar la tesis de la recurrente que reduce el papel de la Oficina Española de Patentes y Marcas a un mero registro que debe recibir y publicar toda traducción de una patente europea, verificando tan sólo que se trata de la traducción de un patente europea, única comprobación que parece admitir, y que se ha producido el pago de la tasa correspondiente. No hay base normativa alguna, ni en el Convenio de la Patente Europea ni, en lo que a España afecta, en la legislación nacional, para negarle a la Oficina Española de Patentes y Marcas una función calificadora que en todo caso debe comprender, como se afirma en la resolución administrativa combatida en el recurso a quo, la verificación del cumplimiento de la ley. Y esto supone desde luego la comprobación de que la traducción se corresponde con la de una patente europea publicada oficialmente, así como, en su caso, la verificación de la fidelidad de dicha traducción, evitando así la eventual comisión, tanto de posibles errores como de cualquier fraude de ley por parte de quien presente una traducción de una patente. Ha de tenerse en cuenta que la publicación oficial de la traducción de una patente por parte de la Oficina Española de Patentes y Marcas tiene ya unas importantes consecuencias jurídicas, como lo es el derecho de su titular a explotarla comercialmente, por lo que dicho acto de publicación debe estar revestido de seguridad jurídica respecto de terceros. Tal circunstancia constituye por sí misma una justificación para otorgar a la Oficina una función calificadora que va ciertamente más allá de una concepción de su función como una mera recepción obligada de documentos mediante el pago de una tasa, y ello con independencia de que el alcance de una patente oficialmente traducida en nuestro país pueda depender de definitiva, en caso de conflicto, de un pronunciamiento judicial. Como es evidente, todo lo*



*dicho es aplicable por las mismas razones no sólo a las traducciones, sino asimismo a las revisiones de las traducciones.*

*b) Ahora bien, que la Oficina Española de Patentes y Marcas pueda verificar la correspondencia y exactitud de una traducción o el de una revisión de la misma con el texto oficial de una patente y excluir que se trate de una pretensión imposible o en fraude de ley, no aclara el alcance que puede tener el procedimiento de revisión de una traducción establecido en el artículo 70.4 del Convenio de la Patente Europea y 12 del Real Decreto 2424/1986, de 10 de octubre. Para una mayor claridad, conviene reproducir el texto de ambos preceptos:*

*Convenio de 5 de octubre de 1973, sobre concesión de patentes europeas:*

*«Artículo 70. Texto auténtico de la solicitud de patente europea o de la patente europea.*

*[...]*

*4. Cualquiera Estado Contratante que adopte una disposición en virtud del párrafo 3:*

*a) deberá permitir al solicitante o al titular de la patente que presente una traducción revisada de la solicitud de patente europea o de la patente europea. Esta traducción revisada no surtirá ningún efecto jurídico hasta que se hayan satisfecho las condiciones establecidas por el Estado Contratante con arreglo al párrafo 2 del Artículo 65 y al párrafo 3 del Artículo 67;*

*b) podrá establecer que quienes de buena fe hayan comenzado a utilizar en ese Estado una invención o hayan hecho preparativos efectivos y serios con ese fin, sin que esa utilización constituya una violación de la solicitud o de la patente de acuerdo con el texto de la traducción inicial, puedan continuar explotándola en su empresa o para las necesidades de ésta, después de que la traducción revisada haya surtido efecto».*

*Real Decreto 2424/1986, de 10 de octubre:*

*«Artículo 12.*

*En todo momento se puede efectuar por el titular de la solicitud o de la patente una revisión de la traducción, la cual no adquirirá efecto hasta que la misma sea publicada en el Registro de la Propiedad Industrial.*

*No se procederá a dicha publicación si no se hubiera justificado el pago de la tasa correspondiente.*

*Toda persona que, de buena fe, comienza a explotar una invención o hace los preparativos efectivos y serios a este fin, sin que tal explotación constituya una violación de la solicitud o de la patente de acuerdo con el texto de la traducción inicial, puede continuar sin indemnización alguna con la explotación en su Empresa o para las necesidades de ésta».*

*Es verdad que ni el apartado a) del artículo 70.4 del Convenio de la Patente Europea ni el primer párrafo del artículo 12 del Real Decreto establecen con claridad cuál es el alcance del derecho a presentar una traducción revisada de la solicitud o de la patente. Sin embargo, el propio reconocimiento expreso de tal posibilidad, así como el tenor del apartado b) del artículo 70.4 del Convenio, conducen a la conclusión de que no es posible entender que su objetivo se reduce a corregir posibles errores o inexactitudes de la traducción, como han interpretado tanto la Oficina Española de Patentes y Marcas como la Sentencia impugnada. Esta conclusión se deriva de manera inequívoca del tenor del citado apartado b) del artículo 70.4 del Convenio de la Patente Europea, que se refiere al diferente alcance jurídico que puede llevar aparejada la revisión de la traducción. En efecto, si el alcance de una traducción revisada se limitase a enmendar errores o imprecisi-*

siones de la traducción original, sus efectos jurídicos serían exactamente los mismos que los de la traducción, y su presentación serviría exclusivamente para evitar una eventual inseguridad jurídica, pero en ningún caso se podría hablar con propiedad de respeto a derechos de explotación de terceros nacidos bajo la vigencia de la patente como consecuencia de la revisión de la traducción. Así, cuando en el apartado 1.b) se contempla la posibilidad de que un Estado admita que cualesquiera terceros que hayan acometido la explotación de una invención sin vulnerar el texto de la traducción original, puedan continuar dicha explotación «después de que la traducción revisada haya surtido efecto» indiscutiblemente se está queriendo decir que su contenido protegido, en principio delimitado por sus reivindicaciones, es más amplio que el de la traducción original. Hablar del diferente efecto jurídico de la traducción revisada respecto de la traducción original hasta el punto de contemplar la protección de terceros que hubiesen acometido la explotación de invenciones no cubiertas por la traducción original y sí por la revisada no puede reconducirse a que la traducción revisada se limite necesariamente a rectificar errores materiales o de traducción o inexactitudes de ésta. La previsión del Convenio de la Patente Europea de que los Estados han de contemplar la posibilidad de que el solicitante o titular de la patente puedan presentar una traducción revisada y condicionar los efectos jurídicos al correspondiente cumplimiento de los correspondientes requisitos (pago de la correspondiente tasa para los titulares, según el artículo 65.2 y los requisitos contemplados en el artículo 67.3 para los solicitantes), así como el reconocimiento de la posibilidad de que los Estados amparen la protección de los derechos adquiridos por terceros en los términos comentados del apartado 4.b), lleva inequívocamente a la conclusión de que la revisión de la traducción tiene un objetivo de mucho más alcance que el defendido por la Oficina Española de Patentes y Marcas y por la Sala de instancia. Además, el texto del artículo 12 del Real Decreto 2424/1986 confirma todo lo anterior al recoger expresamente en su último párrafo la referida posibilidad prevista en el artículo 70.4.b) del Convenio de la Patente Europea de otorgar protección a las actuaciones de buena fe de terceros, no contrarias a la patente original, frente a la ampliación de protección de una patente como consecuencia de la revisión de una traducción.

Pues bien tal alcance de una revisión de la traducción no puede ser otro que precisamente el que la parte recurrente ha pretendido con la presentación de la revisión de la traducción, eso es, incorporar reivindicaciones contenidas en la patente europea pero por alguna razón no incorporadas en la traducción presentada en otro Estado. Sin duda puede haber diversas razones que den lugar a que en una primera traducción no se incorporen todas las reivindicaciones existentes en la patente europea, como lo fue en su momento la reserva efectuada por España del Convenio de la Patente Europea respecto de las reivindicaciones de productos farmacéuticos, pero también puede deberse a pactos puramente mercantiles con otras empresas farmacéuticas o a motivaciones de naturaleza estrictamente económica o comercial. En todos esos supuestos sin duda es posible que, una vez desaparecidas tales razones, la titular de la patente pueda optar por incorporar las reivindicaciones omitidas en un primer momento, a cuyo efecto indiscutiblemente puede emplear el procedimiento previsto en el Convenio de la Patente Europea de registrar en la correspondiente oficina nacional de propiedad industrial una traducción revisada.

La Oficina Española de Patentes y Marcas es consciente del posible significado del apartado 4.b) del artículo 70 del Convenio de la Patente Europea, y trata de reconducirlo a la hipótesis de que «un término de las reivindicaciones pueda alterar su sentido», pero se trata de una interpretación claramente insuficiente para explicar el contenido del apartado y la protección de explotaciones comerciales de buena fe de terceros, que no parecen concebibles simplemente a partir de un eventual cambio de sentido de un término.

c) Una vez establecida la posibilidad de que mediante la revisión de la traducción se incorporen reivindicaciones no incluidas en la traducción original queda por verificar si dicha posibilidad está sometida a algún plazo o si bien puede ejercerse en cualquier momento tras la publicación de la traducción original. El artículo 70.4.b) del Convenio de la Patente Europea no contempla plazo de ningún tipo, ni mucho menos uno de carácter perentorio como el previsto en el artículo 65.1 de tres meses desde la publicación de la nota de concesión de la patente europea para la presentación de la traducción original, plazo que es sin embargo potestativo para los Estados, que pueden también prever uno de mayor duración.

Por otra parte, el texto del artículo 12 del Real Decreto 2424/1986 establece claramente que se trata de una posibilidad abierta en cualquier momento al titular de una patente, puesto que expresamente señala que «en todo momento se puede efectuar por el titular de la solicitud o de la patente una revisión de la traducción», lo que deja a dicho titular con esa opción abierta en los casos en que exista la ya referida diferencia de contenido entre la patente europea y su traducción originaria —aparte del supuesto marginal de que se hayan detectado errores en la traducción—.

En definitiva, ésa es asimismo la conclusión a la que llevar la finalidad de la posibilidad de presentar una revisión de la traducción. En efecto, si esta facultad abierta a los titulares de las patentes tiene el objetivo ya visto de completar la protección de un invento con reivindicaciones inicialmente no incluidas en un determinado país por razones de naturaleza variada (normativa nacional, acuerdos privados, etc.) es coherente que la posibilidad de presentar dicha revisión quede abierta «en todo momento», tal como dice el Real Decreto español, ya que las causas que pueden determinar que no se incluya todo el contenido de la patente son de distinta naturaleza y pueden cesar en momentos diversos, incluso muy posteriores a la fecha en que se registró la patente y se presentó la traducción en el país de que se trate.

Así pues, tomando en consideración la falta de previsión de un plazo específico en el Convenio de la Patente Europea y en el Real Decreto 2424/1986, el tenor del artículo 12 de esta última disposición y la finalidad a la que sirve la posibilidad de presentar una traducción revisada, según los términos ya vistos, todos esos factores conducen a la conclusión de que la facultad admitida por el referido artículo 70.4.b) del Convenio de la Patente Europea y plasmada en el artículo 12 del Real Decreto 2424/1986 queda abierta, sin límite de plazo, a disposición del titular de la patente desde el momento en que se presenta la traducción de la misma según lo previsto en el artículo 65.1 del Convenio de la Patente Europea y 3, 7 y 8 del citado Real Decreto 2424/1986.

En el presente supuesto, la reserva suscrita por España al Tratado de Múnich que impedía la patente de productos farmacéuticos llegó, comprendida su prórroga, hasta el 7 de octubre de 1992, fecha a partir de la cual quedaba abierta en nuestro país la posibilidad de reivindicaciones de tales productos. Por otra parte el artículo 167.5 del Convenio estipulaba que «los efectos de esta reserva subsistirán durante toda la duración de esas patentes», eso es, de las sometidas a la reserva. Pero esta previsión ha de entenderse de forma conjunta con el apartado siguiente, el 167.6, que establece que «sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos 4 y 5, toda reserva dejará de producir efectos a la expiración del periodo previsto en el párrafo 3 primera fase, o si ese periodo hubiere sido ampliado, al término del periodo de ampliación», lo que podría llevar a la interpretación de que la reserva no tiene sobre las patentes afectadas ninguna ultraactividad más allá de su propia duración, que en el caso español, incluida la prórroga, era hasta la citada fecha de 7 de octubre de 1992.

Pero en todo caso la entrada en vigor en España del ADPIC, vinculante para el Estado español a partir del 1 de enero de 1996, según lo dispuesto en el artículo 65.1 del mismo,

despeja cualquier duda que pudiera mantenerse respecto a posibles efectos de la reserva sobre las patentes afectadas por ella, dado que debe prevalecer sobre el Convenio de la Patente Europea el reconocimiento expreso por parte del ADPIC de la posibilidad, no ya de admitir las reivindicaciones de productos farmacéuticos, sino de hacerlo para aquellos supuestos en que no había sido posible con anterioridad como consecuencia de decisiones nacionales —como el caso de las reservas—. Así. El artículo 70 del ADPIC contiene dos importantes previsiones transitorias, una, la posibilidad de modificar la solicitudes pendientes en el momento de entrada en vigor del Acuerdo para reivindicar una protección mayor —sin incluir materia nueva— (apartado 7) y la obligación para los Estados firmantes que en ese momento no otorgasen protección a los productos farmacéuticos o químicos de establecer un medio para que puedan solicitarse solicitudes de patentes para dichos productos (apartado 8). En cuanto a esta última previsión, en puridad resultaba innecesaria en España, ya que en ese momento los productos citados ya eran protegibles, y también es cierto que estaba a disposición de los titulares de patentes afectados la posibilidad de presentar una traducción revisada; también es cierto, sin embargo, que ante la situación de inseguridad jurídica existente, el reconocimiento de un procedimiento específico semejante hubiese clarificado considerablemente la situación.

En cualquier caso, lo cierto es que nada puede objetarse a que en un momento posterior a las fechas citadas, en concreto el 31 de marzo de 2006, el titular de una patente farmacéutica haya presentado, como es el caso de Pfizer una revisión de la traducción inicial para ampliar la protección a los productos cuyas reivindicaciones no fueron incluidas en la misma como consecuencia de la reserva formulada por España al Convenio de la Patente Europea.

Consecuencia de todo lo visto en el presente fundamento, es la estimación de los motivos de casación examinados, no en cuanto a la limitación de las potestades de la Oficina Española de Patentes y Marcas de verificar el contenido de la traducción revisada —limitación que hemos rechazado—, pero sí en cuanto a que comprobada su fidelidad y que las ampliaciones de la traducción revisada se mantienen dentro de los límites del texto de la patente europea, así como la ausencia de cualquier *fumus de fraude de ley*, el citado organismo está obligado a publicar dicha traducción revisada en la forma reglamentariamente procedente.

Estimados los motivos quinto y sexto del recurso de casación en los términos vistos, resulta ya innecesario proceder al estudio del motivo séptimo relativo a la supuesta infracción del artículo 30.3 y 4 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados por la inaplicación del ADPIC, cuya pretensión, en todo caso, se ve satisfecha con lo dicho anteriormente.

**Nota:** 1. Este grupo de Sentencias del TS constituye un episodio más en la batalla judicial sobre la aplicación directa en el ordenamiento español del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo ADPIC) abierta por algunas compañías farmacéuticas en la segunda mitad de la pasada década y de cuyas primeras manifestaciones ya se dio cuenta en esta crónica (véase *REDI*, vol. LX, 2008-2, pp. 542-546). El tema de fondo está referido a las patentes de productos químicos o farmacéuticos que, tradicionalmente, han estado prohibidas en nuestro país (antiguo Estatuto de la Propiedad Industrial de 1929), que admitía exclusivamente las patentes de procedimiento. El ingreso en las Comunidades Europeas llevó a la alineación de nuestra regulación con la europea y la consecuente incorporación de España al Convenio de Múnich de 1973 sobre la patente europea (CPE). El art. 167 CPE autorizaba la formulación de ciertas reservas, entre las que se encontraba la posibilidad de no reconocer efectos a las patentes de productos quími-

cos, farmacéuticos o alimenticios. España hizo uso de esta reserva, cuya vigencia, de conformidad con el mismo artículo, fue extendida durante cinco años más, hasta 7 de octubre de 1992, momento a partir del cual ya es posible en España reivindicar en la patente tanto productos como procedimientos. Así lo recogía también la normativa interna adoptada para dar cumplimiento al CPE (la Ley 11/1986, de Patentes y su Reglamento —RD 2245/1986—).

2. La posterior conclusión del Acuerdo ADPIC, dentro del paquete de Marrakech creador de la OMC, y su introducción en el ordenamiento español podía repercutir sobre este estado de cosas, en especial las reglas transitorias de su art. 70 relativas a la protección de la materia existente en el momento su entrada en vigor o a la ampliación de las solicitudes pendientes si les era reconocida una mayor protección. Se planteaba, en suma, una cuestión jurídicamente muy compleja que requería pronunciarse, en primer lugar, sobre la correcta interpretación del art. 70 Acuerdo ADPIC; en segundo lugar, sobre qué reglas resuelven el conflicto normativo planteado entre la reserva española al CPE y el Acuerdo ADPIC; y, finalmente, sobre si las normas del Acuerdo ADPIC son directamente aplicables en el ordenamiento español, esto es, en la terminología habitual, si son o no normas *self-executing*. En sus primeras instancias, los tribunales españoles se han decantado por aceptar la aplicación directa del Acuerdo ADPIC, permitiendo la patentabilidad sobrevenida de los productos químicos o farmacéuticos, bien en supuestos donde la solicitud estaba pendiente, bien en casos en que bajo una apariencia de procedimiento se escondía una verdadera patente de producto, bien con carácter general aceptando la adición a las patentes vigentes de las reivindicaciones de producto. Se trata de un razonamiento jurídicamente muy sólido, cuyo mejor exponente es, seguramente, la excelente Sentencia núm. 2239/2010, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 2 de diciembre (Sala de lo Contencioso, Sección 2.ª, Ponente: Ilma. Sra. Sara González de Lara Mingo, JUR 2011/107871) y que venía avalado por la mejor doctrina científica (véase *Una década del Acuerdo ADPIC. Avances en la protección de la innovación*, Fundación CEFI, 2006). Se trata, sin embargo, de tribunales inferiores sin que hasta el momento el Tribunal Supremo se haya pronunciado.

3. Las sentencias reseñadas dan respuesta a un cauce jurídico nuevo, intentado con idéntico objetivo: la revisión de la traducción española de la patente europea. En efecto, la traducción de una patente europea que designase a España, solicitada antes de octubre de 1992, no contenía reivindicaciones de producto, sino sólo de procedimiento, en aplicación de la reserva española. El CPE permite en su art. 70 que aquellos Estados, cuya lengua oficial no es inglés, francés o alemán, tengan por fehaciente la traducción realizada a su lengua oficial (español en nuestro caso), así como la posibilidad para el titular de la patente europea de proceder a la revisión de esta traducción original, siempre que ello no implique materia nueva y dejando a salvo el llamado «derecho de preuso» de los terceros de buena fe. Ésta fue la vía intentada por varios laboratorios farmacéuticos que presentaron ante la Oficina Española de Patentes y Marcas (antiguo Registro de Propiedad Industrial) una revisión de la traducción que sí incluía ya las reivindicaciones de producto. La Oficina Española se negó a publicar dichas traducciones, negativa que fue discutida ante la jurisdicción contenciosa (TSJ de Madrid) que no apreció el recurso. Contra estas sentencias desestimatorias se deduce recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

4. La respuesta del TS identifica con claridad en el FJ 6.º transcrito las dos cuestiones jurídicas que, desde el punto de vista del Derecho internacional, interesan más en estos asuntos: el alcance del procedimiento de revisión de la traducción y el efecto sobrevenido del Acuerdo ADPIC sobre esta cuestión. Sin embargo, la argumentación



del TS es, quizá, menos sólida de lo que puede aparentar. Por lo que se refiere al alcance de la revisión de la traducción de la patente europea, la interpretación dada por el TS a los arts. 70 CPE y 12 RD 2424/1986 (no existe discrepancia al respecto entre la norma interna y la internacional), sin ser irrazonable, no resulta irrefutable, pues de la preservación del derecho de preuso no se colige indefectiblemente ni que el mero error material de traducción sea un supuesto marginal que no puede generar tal derecho, ni que el alcance de la revisión permita ampliar las reivindicaciones no incluidas en la traducción original, que no lo fueron por no estar reconocidas ni por el CPE (reservado) ni por el Derecho español. Por esta razón, resultaba básico para la solución final del TS fundamentar el derecho sustantivo, amparado en la aplicación directa del art. 70 del Acuerdo ADPIC, de ampliar las patentes solicitadas y concedidas durante la vigencia de la reserva española al CPE. Y es en la fundamentación de este derecho donde las sentencias reseñadas se muestran más débiles, aludiendo a dos párrafos del art. 70 del Acuerdo ADPIC inaplicables al caso, para finalmente sustentar su irrelevancia en razón de que ni el CPE ni la norma española limita temporalmente el derecho a presentar un revisión de la traducción. En alguna medida, la jurisprudencia sentada por el TS en estos casos presupone este derecho sustantivo y cabe aventurar una respuesta en ese sentido a los recursos pendientes que directamente cuestionan la patentabilidad sobrevenida a título del Acuerdo ADPIC. Confiamos que en ese momento el pronunciamiento se acompañe de una fundamentación mejor construida.

Pablo MARTÍN RODRÍGUEZ  
Universidad de Almería

### 2.3. Acuerdos con la Santa Sede y la Constitución Española

**Sentencia 51/2011 del Tribunal Constitucional (Pleno), de 14 de abril de 2011 (BOE núm. 111, de 10 de mayo de 2011).**

<http://www.tribunalconstitucional.es>

3. [...] Ahora bien, sí nos corresponde examinar, al margen de la calificación procesal que corresponda, y desde la perspectiva que nos es propia y a la vista de los derechos fundamentales concernidos si las Sentencias impugnadas en amparo, que validan la decisión del ordinario diocesano, han vulnerado los derechos fundamentales sustantivos alegados por la recurrente. En tal sentido debe constatarse que la desestimación de la demanda de despido de la recurrente por falta de acción aparece ligada a la cuestión de fondo que se plantea en la demanda de amparo, como aparecía ligada igualmente en su demanda de despido y en las propias respuestas dadas a la misma en las Sentencias de la jurisdicción social. A ello habremos de responder seguidamente al analizar las quejas de la recurrente sobre la vulneración de sus derechos a no sufrir discriminación y a la intimidad personal y familiar.

Quejas éstas que necesariamente han de abordarse a la luz de la doctrina sentada por el Pleno de este Tribunal en la STC 38/2007, de 15 de febrero, que desestima la cuestión de inconstitucionalidad planteada respecto de los párrafos primero y segundo del art. III del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede de 3 de enero de 1979, sobre enseñanza y asuntos culturales, ratificado por Instrumento de 4 de diciembre de 1979, así como respecto del párrafo primero de la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de ordenación general del sistema educativo (LOGSE), en la redacción dada por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre.



*En la STC 38/2007, FJ 5, tras recordar que «es evidente que el principio de neutralidad del art. 16.3 CE, como se declaró en las SSTC 24/1982, de 13 de mayo, y 340/1993, de 16 de noviembre, “veda cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y estatales» en el desarrollo de las relaciones de cooperación del Estado con la Iglesia Católica y las demás confesiones, antes bien sirve, precisamente, a la garantía de su separación, “introduciendo de este modo una idea de aconfesionalidad o laicidad positiva» (STC 46/2001, de 15 de febrero, FJ 4)», se advierte que:*

*«El credo religioso objeto de enseñanza ha de ser, por tanto, el definido por cada Iglesia, comunidad o confesión, no cumpliéndole al Estado otro cometido que el que se corresponda con las obligaciones asumidas en el marco de las relaciones de cooperación a las que se refiere el art. 16.3 CE. Se sigue de lo anterior que también ha de corresponder a las confesiones la competencia para el juicio sobre la idoneidad de las personas que hayan de impartir la enseñanza de su respectivo credo. Un juicio que la Constitución permite que no se limite a la estricta consideración de los conocimientos dogmáticos o de las aptitudes pedagógicas del personal docente, siendo también posible que se extienda a los extremos de la propia conducta en la medida en que el testimonio personal constituya para la comunidad religiosa un componente definitorio de su credo, hasta el punto de ser determinante de la aptitud o cualificación para la docencia, entendida en último término, sobre todo, como vía e instrumento para la transmisión de determinados valores. Una transmisión que encuentra en el ejemplo y el testimonio personales un instrumento que las Iglesias pueden legítimamente estimar irrenunciable».*

*[...] Asimismo es preciso recordar que las relaciones existentes entre los profesores de religión y la Iglesia católica «no son estrictamente las propias de una empresa de tendencia, tal y como han sido analizadas en diversas ocasiones por este Tribunal, sino que configuran una categoría específica y singular, que presenta algunas similitudes pero también diferencias respecto de aquélla», de tal suerte que «la condición que deriva de la exigencia de la declaración eclesiástica de idoneidad no consiste en la mera obligación de abstenerse de actuar en contra del ideario religioso, sino que alcanza, de manera más intensa, a la determinación de la propia capacidad para impartir la doctrina católica, entendida como un conjunto de convicciones religiosas fundadas en la fe. El que el objeto de la enseñanza religiosa lo constituya la transmisión no sólo de unos determinados conocimientos sino de la fe religiosa de quien la transmite, puede, con toda probabilidad, implicar un conjunto de exigencias que desbordan las limitaciones propias de una empresa de tendencia, comenzando por la implícita de que quien pretenda transmitir la fe religiosa profese él mismo dicha fe» (STC 38/2007, FJ 10).*

*Del mismo modo, el sistema de contratación de los profesores de religión y moral católicas en los centros educativos públicos «no implica la conversión de las Administraciones públicas en una empresa de tendencia». En efecto, «a través de la contratación de los profesores de religión las Administraciones públicas no desarrollan tendencia ni ideario ideológico alguno, sino que ejecutan la cooperación con las Iglesias en materia de enseñanza religiosa en los términos establecidos en los acuerdos que la regulan y en las normas que la desarrollan, contratando para ello a personas que han sido previamente declaradas idóneas por las autoridades religiosas respectivas, que son las únicas que, desde el principio de aconfesionalidad del Estado, pueden valorar las exigencias de índole estrictamente religiosa de tal idoneidad» (STC 38/2007, FJ 10). Por ello mismo, la exigencia de la idoneidad eclesiástica como requisito de capacidad para el acceso a los puestos de trabajo de profesor de religión y moral católicas en los centros de enseñanza pública tampoco vulnera el principio de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), toda vez que esa exigencia responde «a una justificación objetiva y razonable coherente con los principios de aconfesionalidad y neutralidad religiosa del Estado» (STC 38/2007, FJ 11).*

6. *Resulta incuestionable a la vista del relato de hechos probados de la Sentencia de instancia —confirmada íntegramente por la de suplicación— que la razón por la que el ordinario diocesano de Almería incluyó a la demandante de amparo en la relación de profesores de religión de enseñanza primaria que, habiendo prestado servicios como tales en el curso escolar 2000/2001, no son propuestos para el siguiente curso, fue el haber tenido conocimiento de que la demandante había contraído matrimonio civil con persona divorciada, circunstancia que se juzga incoherente con la doctrina de la Iglesia católica respecto del matrimonio. De conformidad con dicha propuesta del Obispado, el Ministerio de Educación no suscribió con la demandante contrato de trabajo para la prestación por ésta de servicios como profesora de religión católica en el curso 2001/2002.*

*Pues bien, teniendo en cuenta la doctrina constitucional expuesta, no puede compartirse la afirmación que se contiene en la Sentencia de instancia en cuanto a que del art. III del Acuerdo entre la Santa Sede y el Estado Español de 3 de enero de 1979, sobre enseñanza y asuntos culturales, y de la disposición adicional segunda de la LOGSE y restante normativa específica que regula la enseñanza de la religión católica en centros docentes, se deduzca que las propuestas realizadas por el ordinario del lugar a la Administración educativa para los nombramientos de profesores de religión católica en cada curso escolar no «estén sometidas a control alguno por parte del Estado Español, pues la Autoridad académica viene obligada a nombrar como profesores de religión y moral católica a las personas propuestas por el Obispado, el cual tiene absoluta libertad para proponer en cada curso escolar a quien considere conveniente».*

*Antes al contrario, como hemos señalado claramente en nuestra STC 38/2007, FJ 7, en relación con el art. III del Acuerdo sobre enseñanza y asuntos culturales de 3 de enero de 1979 entre el Estado español y la Santa Sede, y a la disposición adicional segunda de la LOGSE, que contienen la regulación fundamental sobre la enseñanza de la religión católica en los centros docentes, es lo cierto que nada de lo establecido en dichas normas en cuanto a que la designación de los profesores de religión deba recaer en personas previamente propuestas por el ordinario diocesano (y que dicha propuesta esté basada en consideraciones de índole moral y religiosa), conlleva exclusión alguna de la potestad jurisdiccional de los Jueces y Tribunales españoles, de conformidad con los arts. 24.1 y 117.3 CE, en relación con el principio de aconfesionalidad del Estado (art. 16.3 CE). En consecuencia, no resulta acorde con esta exigencia de plenitud jurisdiccional en cuanto al control de los efectos civiles de una decisión eclesiástica (SSTC 1/1981, FJ 11; 6/1997, FJ 7; y 38/2007, FJ 7), la premisa de la que parte la Sentencia de instancia al afirmar que las propuestas realizadas por el ordinario diocesano a la Administración educativa para los nombramientos de profesores de religión católica no están sometidas a control alguno por parte del Estado español.*

[...]

8. *En consecuencia, el enjuiciamiento por parte de este Tribunal ha de atender a resolver el conflicto entre los derechos fundamentales afectados, determinando si ha existido la vulneración denunciada por la demandante, atendiendo al contenido que constitucionalmente corresponda a cada uno de esos derechos.*

*Como ha quedado expuesto, la demandante considera que la decisión del Obispado de Almería, asumida por la Administración educativa —y confirmada en vía judicial— de no renovar su relación laboral como profesora de religión y moral católica vulneró sus derechos a no sufrir discriminación por razón de las circunstancias personales (art. 14 CE) y a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE), pues constituye una represalia de la jerarquía eclesiástica por haber contraído matrimonio civil con un ciudadano alemán divorciado, represalia que, en opinión de la recurrente, no puede escudarse legítimamente*

*te en la libertad religiosa (art. 16 CE) del Obispado, pues si bien es cierto que la facultad de propuesta del Obispado en la materia que nos ocupa forma parte del contenido del derecho a la libertad religiosa, no lo es menos que este derecho ha de respetar los derechos fundamentales de los profesores de religión y moral católica.*

*Así planteada la queja de la demandante de amparo, debe advertirse que la lesión que invoca de sus derechos a no sufrir discriminación por razón de las circunstancias personales y a la intimidad personal y familiar se encuentra estrechamente conectada con el derecho a la libertad ideológica (art. 16.1 CE), como advierte el Ministerio Fiscal en sus alegaciones, pues lo que está en discusión es el derecho de la demandante a contraer libremente matrimonio con quien desee, no estando de más recordar que «la posibilidad de optar entre el estado civil de casado o el de soltero está íntimamente vinculada al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 de la Constitución)» (STC 184/1990, de 15 de noviembre, FJ 3), sin que el ejercicio de este derecho pueda verse limitado por otros condicionamientos que los que resulten de las normas de orden público interno.*

*En tal sentido ha de tenerse en cuenta, examinando los derechos en conflicto, que el art. 32.1 CE proclama (en coherencia con los acuerdos internacionales sobre derechos humanos: art. 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 12 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y Convención de Naciones Unidas de 15 de abril de 1969 sobre consentimiento para el matrimonio), que el «hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica», regla que supone una manifestación específica del principio de igualdad de todos los ciudadanos ante la ley (art. 14 CE), como ya señalamos en la STC 159/1989, de 6 de octubre, FJ 5, y hemos reiterado en STC 39/2002, de 14 de febrero, FJ 5.*

*Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) tiene declarado, como nos recuerda la STEDH de 13 de septiembre de 2005 asunto B. y L. contra Reino Unido, § 34, que el ejercicio del derecho fundamental al matrimonio y a fundar una familia, garantizado por el art. 12 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH) «plantea consecuencias sociales, personales y legales. Está sujeto a las legislaciones nacionales de los Estados contratantes, pero las limitaciones en ellas introducidas no deben restringir o reducir el derecho de tal manera o hasta tal punto que perjudiquen la esencia del derecho (véase Sentencia Rees contra el Reino Unido de 17 octubre 1986, § 50, y Sentencia F. contra Suiza de 18 diciembre 1987, § 32)».*

*Asimismo debe recordarse que la conexión entre el derecho al respeto a la vida privada y familiar garantizado por el art. 8 CEDH (que se corresponde con el derecho a la intimidad personal y familiar proclamado por el art. 18.1 CE) y el derecho a contraer matrimonio reconocido por el art. 12 CEDH (que se corresponde con el art. 32.1 CE) ha sido reconocida reiteradamente por el TEDH (entre otras, SSTEDH de 17 de octubre de 1986, asunto Rees contra Reino Unido; 11 de julio de 2002, asunto I. contra Reino Unido; y 18 de abril de 2006, asunto Dickson contra Reino Unido); que asimismo ha reconocido (por todas, STEDH de 18 de diciembre de 1986, asunto Johnston contra Irlanda) la relación existente entre los referidos derechos y la prohibición de discriminación proclamada por el art. 14 CEDH (en términos similares al art. 14 CE).*

*A su vez, este Tribunal tiene reiteradamente señalado «que el derecho a la intimidad personal, consagrado en el art. 18.1 CE, se configura como un derecho fundamental estrictamente vinculado a la propia personalidad y que deriva, sin ningún género de dudas, de la dignidad de la persona que el art. 10.1 CE reconoce» (SSTC 170/1997, de 14 de oc-*

tubre, FJ 4; 231/1988, de 1 de diciembre, FJ 3; 197/1991, de 17 de octubre, FJ 3; 57/1994, de 28 de febrero, FJ 5; 143/1994, de 9 de mayo, FJ 6; 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 3; 202/1999, de 8 de noviembre, FJ 2; y 186/2000, de 10 de julio, FJ 5, entre otras muchas). Siendo asimismo doctrina consolidada de este Tribunal que la virtualidad del art. 14 CE no se agota en la cláusula general de igualdad con la que se inicia su contenido, sino que a continuación el precepto constitucional se refiere a la prohibición de una serie de motivos o razones concretos de discriminación, lo que no implica el establecimiento de una lista cerrada de supuestos de discriminación (STC 75/1983, de 3 de agosto, FJ 6), pero sí representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE (SSTC 128/1987, de 16 de julio, FJ 5; 166/1988, de 26 de septiembre, FJ 2; 145/1991, de 1 de julio, FJ 2; y 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4).

9. [...] En efecto, la cuestión que debemos resolver, a la luz de la doctrina sentada en la citada STC 38/2007 es si la decisión del Obispado de Almería de no proponer a la demandante de amparo como profesora de religión y moral católicas para el curso 2001/2002, haciendo así desaparecer el presupuesto esencial de idoneidad que le permitiría seguir desempeñando ese trabajo mediante una nueva contratación por parte de la Administración educativa española, encuentra cobertura, como sostiene el Abogado del Estado y el Obispado de Almería, en el derecho fundamental a la libertad religiosa, en su dimensión colectiva o comunitaria, de la Iglesia católica (art. 16.1 CE), en relación con el deber de neutralidad religiosa del Estado (art. 16.3 CE), o si, por el contrario, tal decisión de la jerarquía eclesiástica vulnera el derecho fundamental de la demandante a la libertad ideológica (art. 16.1 CE) en conexión con su derecho a contraer matrimonio en la forma y condiciones establecidas en la ley (art. 32 CE), y asimismo en relación con su derecho a no sufrir discriminación por razón de sus circunstancias personales (art. 14 CE), y su derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE), que se configura como un derecho fundamental vinculado a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la propia personalidad (art. 10.1 CE), como ya ha quedado señalado (SSTC 202/1999, de 8 de noviembre, FJ 2, y 186/2000, de 10 de julio, FJ 5, por todas).

[...]

12. Pues bien, ante todo debemos advertir que la renuncia por parte de los órganos judiciales a realizar la debida y requerida ponderación entre los derechos fundamentales en conflicto de los profesores de religión con el derecho de libertad religiosa de la autoridad eclesiástica, o una ponderación inadecuada a las circunstancias del caso, supone per se una vulneración de aquellos derechos. Tal acontece en el presente caso, pues, como ya quedó señalado, las Sentencias impugnadas en amparo niegan la posibilidad de control jurisdiccional de la decisión de la autoridad eclesiástica, y eluden, en consecuencia, la ponderación de los derechos fundamentales de la demandante (derecho a la libertad ideológica, en conexión con su derecho a contraer matrimonio en la forma y condiciones establecidas en la ley, y asimismo en relación con los derechos a no sufrir discriminación por razón de las circunstancias personales y a la intimidad personal y familiar), con el derecho a la libertad religiosa (art. 16.1 y 3 CE) del Obispado de Almería.

A ello se añade que la razón aducida por el Obispado de Almería para justificar su decisión de no proponer a la demandante para ser contratada por la Administración educativa como profesora de religión y moral católicas en el curso 2001/2002, esto es, haber contraído matrimonio civil con persona divorciada, no guarda relación con la actividad docente desempeñada de la demandante (como acertadamente señala el

*Ministerio Fiscal en sus alegaciones), pues no afecta a sus conocimientos dogmáticos o a sus aptitudes pedagógicas, sino que se fundamenta, como ya quedó señalado, en un criterio de índole religiosa o moral, en cuanto el Obispado de Almería considera que la decisión de la demandante de contraer matrimonio en forma civil puede afectar al ejemplo y testimonio personal de vida cristiana que le es exigible según la doctrina católica respecto del matrimonio. Sin embargo, este criterio religioso no puede prevalecer, por sí mismo, sobre los derechos fundamentales de la demandante en su relación laboral como profesora de religión y moral católica, por las razones que seguidamente se exponen.*

*Conviene recordar que «los profesores de religión [...] disfrutarán de los derechos fundamentales y legales que como trabajadores tienen reconocidos en nuestro ordenamiento de manera irrenunciable, desde un criterio de máxima equiparación, bien que con las modulaciones que resultan de la singularidad de la enseñanza religiosa» (STC 38/2007, FJ 13), siendo así que en el presente caso la circunstancia de que la demandante hubiese contraído matrimonio civil aparece por completo desvinculada de su actividad docente, pues no se le imputa en modo alguno por el Obispado de Almería que en sus enseñanzas como profesora de religión y moral católicas haya incurrido en la más mínima desviación de los contenidos de tales enseñanzas establecidos por la Iglesia católica (lo que excluye, a su vez, cualquier posible afectación del derecho de los padres a la educación religiosa de sus hijos que garantiza el art. 27.3 CE), sino que la falta de coherencia con la doctrina católica sobre el matrimonio que le reprocha el Obispado a la demandante lo es en relación con una decisión tomada por ésta en el legítimo ejercicio de su derecho a contraer matrimonio, derecho que implica la consiguiente libertad de elección del cónyuge (elección que, dadas las circunstancias concurrentes, obligaba a acogerse necesariamente a la forma civil del matrimonio). Y todo ello sin que en ningún momento se afirme, por otra parte, que en su actividad docente como profesora de religión la demandante hubiese cuestionado la doctrina de la Iglesia católica en relación con el matrimonio, o realizado apología del matrimonio civil, ni conste tampoco en modo alguno que la demandante hubiere hecho exhibición pública de su condición de casada con una persona divorciada (constando, por el contrario, que la demandante manifestó al delegado diocesano su disposición de acomodar su situación conyugal a la ortodoxia católica, dado que su marido pretendía solicitar la nulidad de su anterior matrimonio).*

*La decisión de la demandante de casarse en la forma civil legalmente prevista con la persona elegida queda así, en principio, en la esfera de su intimidad personal y familiar, de suerte que la motivación religiosa de la decisión del Obispado de Almería de no proponerla como profesora de religión para el siguiente curso escolar (por haber contraído matrimonio sin ajustarse a las normas del Derecho canónico) no justifica, por sí sola, la inidoneidad sobrevenida de la demandante para impartir la enseñanza de religión y moral católicas, pues esa decisión eclesial no puede prevalecer sobre el derecho de la demandante a elegir libremente (dentro del respeto a las reglas de orden público interno español) su estado civil y la persona con la que desea contraer matrimonio, lo que constituye una opción estrechamente vinculada al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad humana (art. 10.1 CE), como recuerda la citada STC 184/1990, de 15 de noviembre, FJ 3. Máxime cuando, según se desprende de las actuaciones, la demandante, a la sazón de estado civil soltera, no tenía otra opción que acogerse a la forma civil legalmente establecida si quería contraer matrimonio con el hombre elegido, dado que éste se hallaba divorciado de su anterior cónyuge, pero no había obtenido la nulidad canónica de ese matrimonio.*

*Entenderlo de otro modo conduciría a la inaceptable consecuencia, desde la perspectiva constitucional, de admitir que quien, como en el caso de la demandante, no tiene*



*impedimento alguno para contraer matrimonio en forma canónica, pero desea casarse con persona que sí lo tiene y no puede hacerlo en dicha forma religiosa por sus circunstancias personales, se vea obligada a elegir entre renunciar a su derecho constitucional a contraer matrimonio con la persona elegida o asumir el riesgo cierto de perder su puesto de trabajo como docente de religión y moral católicas, aun en el caso de guardar reserva sobre su situación personal, lo que supondría otorgar a la libertad religiosa una prevalencia absoluta sobre la libertad individual, conclusión que hemos rechazado expresamente en la STC 38/2007, FJ 7, al declarar que a los órganos judiciales y, en su caso, a este Tribunal, corresponde encontrar criterios practicables que permitan conciliar en el caso concreto las exigencias de la libertad religiosa y el principio de neutralidad religiosa del Estado con la protección de los derechos fundamentales de los profesores de religión y moral católica.*

*Procede, en consecuencia, el otorgamiento del amparo por vulneración de los derechos a no sufrir discriminación por razón de las circunstancias personales, a la libertad ideológica, en conexión con el derecho a contraer matrimonio en la forma legalmente establecida, y a la intimidad personal y familiar, lo que conlleva la declaración de nulidad de las Sentencias impugnadas, que ratificaron la decisión del Obispado de Almería de no proponer a la demandante como profesora de religión y moral católicas para el curso 2001/2002 (lo que, en efecto, determinó que no fuera contratada por la autoridad académica) sin ponderar si esa decisión vulneraba los derechos fundamentales de la demandante; debiendo retrotraerse las actuaciones al momento anterior a pronunciarse la Sentencia del Juzgado de lo Social para que dicte éste una nueva Sentencia en la que, partiendo inexcusablemente de la ponderación (y de su resultado) entre los derechos fundamentales en conflicto que acaba de establecerse en la presente Sentencia de acuerdo con la doctrina sentada en la STC 38/2007, resuelva sobre la decisión de no renovar el contrato de la demandante de amparo como profesora de religión y moral católicas para el curso 2001/2002.*

**Nota:** El deber de neutralidad e imparcialidad del Estado respecto a la libertad de pensamiento, de conciencia y religión constituye un principio fundamental del orden público europeo, necesario para garantizar la paz religiosa y la tolerancia en una sociedad democrática, tal y como ha sido declarado por el TEDH del Consejo de Europa en su labor exegética del art. 9 de la CEDH. Desde el punto de vista de la educación y la enseñanza, en particular desde la perspectiva del art. 2 del Protocolo núm. 1, este deber implica que los Estados han de velar para que las informaciones o conocimientos que figuran en los programas educativos relativos a la religión sean difundidos de manera objetiva, crítica y pluralista, permitiendo a los alumnos desarrollar un sentido crítico respecto del hecho religioso en una atmósfera serena, preservada de todo proselitismo (véanse principalmente las sentencias *Folgero y otros c. Noruega*, de 29 de junio de 2007 párr. 84, y *Hasan y Eylem Zengin c. Turquía* de 9 de octubre de 2008, párr. 52). Tales principios han sido asumidos en la sentencia dictada por la Gran Sala del TEDH en el asunto *Lautsi y otros c. Italia* de 18 de marzo de 2011 en la que se afirma que la presencia de los crucifijos en las aulas de los colegios públicos, en cuanto *símbolo cultural pasivo*, no podía ser caracterizada como un supuesto de adoctrinamiento que atentara contra la neutralidad requerida al Estado (párrs. 70-77), decisión que ya ha tenido aplicación por parte de nuestro Tribunal Constitucional en su Sentencia 34/2011, de 28 de marzo, al avalar la constitucionalidad de la proclamación de la Virgen María como patrona del Colegio de Abogados de Sevilla. Es verdad que la sentencia de Estrasburgo contó con el voto disidente de los Jueces Malinverni y Kalaydjieva que, haciendo acopio de la «jurisprudencia» del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y la derivada de distintos tribunales nacionales, proclama



la necesidad de garantizar un «ambiente escolar» que favorezca una auténtica igualdad y plena participación. Por estos motivos, tales jueces reivindican en una sociedad multicultural como la europea, la dimensión negativa de la libertad religiosa que no se limita a la no obligatoriedad de servicios religiosos o de enseñanza religiosa, sino que se extiende igualmente a la ausencia de símbolos religiosos que expresan una creencia o una religión. Esta libertad negativa merece una protección especial si es el Estado el que expone un símbolo religioso que coloca a las personas en una situación que no pueden evitar.

La cuestión religiosa en España sigue constituyendo uno de los temas más controvertidos en nuestro sistema constitucional aun cuando aparezca revestido de cierta «paz religiosa» que ha amparado la longevidad e inmutabilidad de nuestros concordatos a diferencia de la práctica enmendatoria de nuestro entorno más cercano (Portugal e Italia). Esta situación deriva principalmente de los Acuerdos de 3 de enero de 1979 celebrados por España con la Santa Sede que, si bien formalmente fueron acuerdos pos-constitucionales, sin embargo su negociación y contenido fueron previos a la promulgación de la Constitución hasta tal punto que cuando se discutía la redacción del art. 16.3 CE sobre libertad religiosas y aconfesionalidad del Estado español, se advertía que los acuerdos con la Santa Sede estaban muy adelantados y que resultaban estrictamente necesarios para que el texto que se iba a aprobar no resultara contrario a un acuerdo internacional (véase mi trabajo, *La internacionalidad de la Santa Sede y la constitucionalidad de sus Acuerdos con España*, Madrid, Dilex, 2006, p. 84; asimismo, la obra colectiva en JIMÉNEZ GARCÍA, F. (dir.), y JORDÁ CAPITÁN, E. (coord.), *El principio de no confesionalidad del Estado español y los Acuerdos con la Santa Sede*, Madrid, Dykinson, 2007). Desde entonces se han planteado diversos problemas relativos al principio de no discriminación con otras confesiones religiosas, a la financiación de la Iglesia católica y en particular y en lo que se refiere a la sentencia objeto de la presente nota, a la contratación y «remoción» de los profesores de religión. Conforme al art. III del Acuerdo sobre enseñanza y asuntos culturales, la enseñanza religiosa será impartida por las personas que, para cada año escolar sean designadas por la autoridad académica entre aquellas que el Ordinario diocesano proponga para ejercer esta enseñanza. Por su parte, el canon 804.2 del Código de Derecho canónico —extraño en nuestro ordenamiento jurídico— exhorta a que el Ordinario procure solícitamente que los profesores propuestos «destaquen por su recta doctrina, testimonio de vida cristiana y aptitud pedagógica». Tal previsión concordataria dio lugar a la firma el 26 de febrero de 1999 entre el Ministerio de Justicia y el Ministerio de Educación, por un lado, y la Conferencia Episcopal, por otro, del convenio administrativo —que no internacional— sobre el régimen económico-laboral de los profesores de religión católica en virtud del cual el Estado asume la financiación de la enseñanza de la religión católica y procede a la contratación laboral de estos profesores por duración determinada coincidente con el curso escolar a propuesta de las autoridades diocesanas. Por cierto, esta regulación es asumida con ciertas condiciones en los convenios de Derecho público celebrados con las confesiones evangélicas e islámicas donde la exigencia del testimonio vital confesional podría concitar potenciales colisiones con Derechos constitucionales.

El principal problema de esta regulación se plantea, como sucede con el objeto de la sentencia reseñada, cuando el contrato del profesor de religión no es renovado en virtud de consideraciones estrictamente religiosas —en concreto, relacionadas con el nivel de testimonio de vida cristiana exigido al profesor al margen de sus competencias y aptitudes pedagógicas— contrarias al ejercicio de los derechos y libertades fundamentales constitucionalmente reconocidos, pues tal resultado es

atribuible directamente a las autoridades públicas educativas como parte contratante. ¿La asunción de tal factor religioso como criterio personal determinante en la idoneidad de la designación por parte de la administración competente del Estado no contravendría doblemente el orden constitucional pues, por un lado, asumiría como propias las violaciones de los derechos y libertades fundamentales afectados y, por otro, sería copartícipe del grado de adoctrinamiento y proselitismo que tal situación comporta contrarios a los principios de no confesionalidad y neutralidad del Estado español, interpretados ex art. 10.2 CE? ¿Tal asunción no iría en contra de la propia doctrina constitucional que reiteradamente ha proclamado que el principio de no confesionalidad «veda cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y estatales en el desarrollo de las relaciones de cooperación del Estado con la Iglesia católica y las demás confesiones»?

Este dilema planteado ha dado lugar en menos de cuatro años a distintas soluciones jurisdiccionales que mantienen la inseguridad jurídica de los afectados. Mediante la Sentencia 38/2007, el Tribunal Constitucional asumió una doctrina que obligaba al Estado a seguir automáticamente la propuesta del Obispo en unos términos que hacían del Estado mero ejecutor de los designios religiosos de las autoridades eclesiásticas. Conforme a la misma, ampliamente reiterada en la sentencia objeto de la presente nota, el Estado al contratar a los profesores de religión ha de primar, frente a los conocimientos dogmáticos o aptitudes pedagógicas, los testimonios personales de fe religiosa, la vida ejemplarizante del candidato a la renovación. En ambas decisiones, nuestro máximo Tribunal llegó a tal conclusión sin necesidad de invocar referencia hermenéutica internacional alguna de acuerdo con el art. 10.2 CE, incluida la derivada del TEDH, a pasar de su relevancia. No obstante, la Sentencia 38/2011 concluía que «una vez garantizada la motivación estrictamente religiosa» de la propuesta diocesana, a la que se reconoce, pues, inmunidad jurisdiccional, los órganos judiciales o en su caso el propio Tribunal constitucional vía amparo, *habrán de ponderar los eventuales derechos fundamentales en conflicto a fin de determinar cuál sea la modulación que el derecho a la libertad religiosa que se ejerce a través de la enseñanza de la religión en los centros escolares pueda ocasionar en los propios derechos fundamentales de los trabajadores en su relación de trabajo.*

La relevancia otorgada por el Tribunal Constitucional al canon religioso frente a los derechos y libertades fundamentales constitucionalmente reconocidos no tardó en transustanciarse en la STC 128/2007, de 4 de junio, en la que se hizo prevalecer el mero criterio religioso del Obispo ante el «escándalo» ínsito en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión de un sacerdote que hizo pública su condición de sacerdote secularizado, casado, así como su participación en el movimiento proclibato opcional en el diario *La Verdad*. Lo sorprendente no es que al Obispo le pareciera tal publicación escandalosa y atentatoria de la sensibilidad de ciertos padres de familia, sino que tal pretensión fuera asumida por nuestro Tribunal Constitucional al mantener el criterio del testimonio religioso vital del profesor y constatar la «disimilitud, semejanza, falta de sintonía u oposición de la conducta, vida personal u opiniones del demandante de amparo con los postulados definitorios del credo religioso de la Iglesia católica» (FJ 9). Frente a la unanimidad conciliar manifestada en la STC 38/2007, este fallo contó con los Votos particulares de los Magistrados E. Pérez Vera y P. Sala Sánchez quienes denunciaron que la Sentencia reduce *de facto* el canon de constitucionalidad a un único plano, el religioso, frente a los derechos fundamentales, arguyendo que «no resiste un juicio de constitucionalidad la pretensión de que se mantenga en la clandestinidad o, al menos, reducida a un conocimiento privado, una situación plenamente acorde con el Derecho

estatal e incluso con el propio Derecho canónico. Y es que el deber de ocultar ese matrimonio, aceptado por la Iglesia y contraído en ejercicio de un derecho fundamental que la Constitución garantiza (art. 32.1 CE) habría de reputarse, sin duda, como una obligación abiertamente inconstitucional. Tanto más cuando, como en el supuesto en cuestión, de ese matrimonio han nacido cinco hijos, cuya igualdad reconoce la Constitución, encomendando su protección integral a todos los poderes públicos (art. 39.2 CE)» (FJ 4). Por el contrario, y a diferencia de esta línea doctrinal, el Tribunal Superior de Justicia de Canarias, solicitante de la cuestión de inconstitucionalidad originaria de la STC 38/2007 y subsiguientes, ha generado una jurisprudencia favorable a los derechos fundamentales de los profesores afectados convalidada por el TS (véase la STS 7341/2009, de 22 de octubre de 2009, y su jurisprudencia unificadora de doctrina en ella citada).

La revisión de esta doctrina constitucional aparece atemperada y modulada en la comentada STC 51/2011, de 14 de abril, que, si bien reitera el argumentario confesional de la STC 38/2007, elude toda referencia posible a la STC 128/2007. A tal efecto se constata que haber contraído matrimonio civil con persona divorciada, no guarda relación con la actividad docente desempeñada de la demandante, pues no afecta a sus conocimientos dogmáticos o a sus aptitudes pedagógicas, sino que se fundamenta en un criterio de índole religiosa o moral afecto al ejemplo y testimonio personal de vida cristiana que le es exigible según la doctrina católica respecto del matrimonio. Sin embargo, este criterio religioso no puede prevalecer, por sí mismo, sobre los derechos fundamentales de la demandante en su relación laboral como profesora de religión y moral católica. Por esta razón el Tribunal, con un importante soporte en la doctrina jurisprudencial del TEDH sobre los derechos invocados —eso sí, eludiendo toda referencia a su jurisprudencia relativa a la neutralidad del Estado en materia religiosa— otorga el amparo a la demandante al entender que la decisión de la jerarquía eclesiástica vulnera el derecho fundamental de la demandante a la libertad ideológica (art. 16.1 CE) en conexión con su derecho a contraer matrimonio en la forma y condiciones establecidas en la ley (art. 32 CE), y asimismo en relación con su derecho a no sufrir discriminación por razón de sus circunstancias personales (art. 14 CE), y su derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE), que se configura como un derecho fundamental vinculado a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la propia personalidad (art. 10.1 CE).

No obstante, el Tribunal tiene la sensación de pecar por su atrevimiento, temeroso de su propia doctrina o de otros designios superiores, pues introduce una serie de justificaciones innecesarias y contrarias a la propia esencia de los derechos y libertades reconocidos. En este sentido, no se entiende la referencia a que la demandante no hubiere hecho exhibición pública de su condición de casada con una persona divorciada, constando, por el contrario, que la demandante manifestó al delegado diocesano su disposición de acomodar su situación conyugal a la ortodoxia católica, dado que su marido pretendía solicitar la nulidad de su anterior matrimonio. ¿Hubiese sido diferente la solución del amparo en caso contrario, esto es, en el supuesto de que la señora Galera no hubiese guardado recato sobre su matrimonio civil, qué habría sucedido si su pareja se hubiera negado a contraer matrimonio católico por ir en contra de sus convicciones? Como afirmaran los magistrados disidentes a la STC 128/2007, el deber de ocultar ese matrimonio, contraído en ejercicio de un derecho fundamental que la Constitución garantiza (art. 32.1 CE), habría de reputarse, sin duda, como una obligación abiertamente inconstitucional.

Sin embargo, las derivadas del concordato y su adecuación al marco constitucional siguen sin resolverse, a pesar del avance que supone la Sentencia del 14 de abril.

¿En virtud de la doctrina de la STC 38/2007, mantenida en la STC 51/2011, la señora Galera podría ser contratada *ab initio* como profesora de religión en otro centro público; el ejercicio público (no así en la intimidad) de los más elementales derechos fundamentales —derecho al matrimonio, participación en partidos políticos o en sindicatos, libertad de expresión— seguirán vedados para aquellos que quieran acceder —o mantenerse— a un contrato público toda vez que el Acuerdo con la Santa Sede convierte al Estado en algo más que una empresa de tendencia? Como indicaran los Magistrados Pérez Vera y Sala Sánchez, no puede significar que la inidoneidad sobrevenida (como tampoco sería admisible respecto a la inidoneidad original o inicial) sea una calificación derivada de un derecho absoluto de la autoridad religiosa para tomar en consideración y juzgar en términos de aptitud para la enseñanza cualquier circunstancia u opción personal del sujeto, como tampoco cualquier cambio en sus opciones personales. De aceptarse esto, «se estaría otorgando a la autoridad religiosa una facultad ilimitada para excluir de la contratación inicial o sucesiva a quien considere oportuno y por cualquier razón, siempre que ésta tenga una caracterización religiosa» (FJ 5). Asimismo, resulta cuestionable que tal situación sea conforme con la normativa internacional relativa al principio de no discriminación en relación con el acceso al empleo, en particular, con la normativa de la UE que, además, impone la carga de la prueba de la no discriminación a la parte demandada (Directiva 2000/78/CE del Consejo relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación).

Por otra parte, no solamente el Estado retribuye económicamente a estos profesores sino que además corre con todas las costas e indemnizaciones correspondientes a las no renovaciones declaradas judicialmente como nulas. A tal efecto, mediante la Ley 5/2001, de 8 de mayo, se aprobó la concesión de un suplemento de crédito por importe de 4.866.309.925 pesetas para el pago de retribuciones establecidas en distintas sentencias firmes falladas a favor de de las personas encargadas de la enseñanza de la religión católica en colegios públicos (BOE núm. 111, de 9 de mayo de 2001), y el Juzgado de lo Social núm. 3 de Almería condenaba, en virtud de la sentencia comentada, al Ministerio de Educación a readmitir a la Profesora Resurrección Galera y a pagarle diez años de salarios. En este sentido, resulta destacable la jurisprudencia mantenida por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias responsabilizando de la indemnización exclusivamente al Obispado de Canarias, decisión que ha sido mantenida por el Tribunal Supremo (véanse STS 7341/2009, de 22 de octubre, y demás jurisprudencia en ella citada).

La falta de voluntad política de los respectivos Gobiernos en la revisión o denuncia de los Acuerdos con la Santa Sede y el exceso de celo del Tribunal Constitucional en no enmendar tal tarea al órgano político competente, hace que el Estado siga siendo el brazo secular de la Iglesia católica en materia educativa. Una alternativa válida y conforme con el Acuerdo de 1979 (pues no exige que el Estado sea necesariamente la parte contratante), sería adoptar un nuevo convenio administrativo, derogando el de 1999, por el que la relación laboral se entable directamente entre los profesores y la Diócesis correspondiente como empresa de tendencia respetuosa con el marco constitucional vigente y responsable de las consecuencias de los incumplimientos a ella imputables.

Francisco JIMÉNEZ GARCÍA  
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid

#### 2.4. Comunidades Autónomas y Constitución Española. Política exterior de la Comunidad Autónoma de Cataluña

##### Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de junio, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña.

**BOE núm. 172 de 16 de julio de 2010.**

El pasado 28 de junio de 2010, el Tribunal Constitucional se pronunció sobre la constitucionalidad de una serie de disposiciones contenidas en el Estatuto de Autonomía de Cataluña (Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio) como consecuencia del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por 99 diputados del Grupo Parlamentario Popular. Entre los preceptos objeto de recurso se encontraban los arts. 195, 198, 199 y 200 del Capítulo III sobre la «Acción Exterior de la Generalitat» dentro del Título V del Estatuto. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, sustentándose en su propia doctrina, no encontró contradicciones entre estas disposiciones y el texto constitucional:

*En efecto, la facultad que se reconoce a la Generalitat para suscribir acuerdos de colaboración con proyección exterior se circunscribe siempre, según reza el propio precepto, al ámbito de competencias de la Comunidad Autónoma y para la promoción de sus intereses. De la redacción del precepto (se refiere al art. 195) en modo alguno cabe deducir que dicha facultad implique el ejercicio de un ius contrahendi, ni que origine obligaciones frente a poderes públicos extranjeros, ni que incida en la política exterior del Estado, ni, en fin, que genere responsabilidad de éste frente a Estados Extranjeros u organizaciones inter o supranacionales (Fundamento 126 de la Sentencia).*

**Nota:** 1. Afortunadamente para otros estatutos de autonomía reformados en fechas muy próximas al Estatuto de Autonomía de Cataluña, como los de la Comunidad de Castilla y León, Aragón, la Comunidad Valenciana, las Islas Baleares o Andalucía, entre otros —en cuya aprobación intervinieron, en muchos casos, parlamentarios pertenecientes al Partido Popular—, las disposiciones relativas a las relaciones exteriores de la Generalitat objeto de recurso no han sido declaradas inconstitucionales por el más Alto Tribunal, teniendo en cuenta que estos textos bebieron ampliamente del sentido del Capítulo III del Estatuto Catalán, dedicado a la acción exterior de esta Comunidad Autónoma. En efecto, la inspiración de algunos de los redactores de estos nuevos textos autonómicos en el Estatuto Catalán llegó a ser tan importante que algunas disposiciones, que han sido objeto de impugnación ante el Constitucional, tienen una redacción prácticamente idéntica a la de otros textos estatutarios reformados. Éste es, por ejemplo, el caso del art. 241 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, gemelo del art. 195 del *Estatut* de Cataluña, o del art. 242 del texto andaluz que guarda grandes similitudes con el art. 198 del catalán [MARRERO ROCHA, I., «La acción exterior de Andalucía en el nuevo estatuto de autonomía», en GARCÍA PÉREZ, R. (dir.), *La acción exterior de las Comunidades Autónomas en las reformas estatutarias*, Madrid, Tecnos, 2009, pp. 67-106].

2. El Estatuto de Autonomía de Cataluña, como otros, no hizo más que traducir jurídicamente una práctica de representación exterior y de defensa de los intereses de la Comunidad Autónoma que venía siendo habitual en la mayor parte de las comunidades autónomas del territorio español, y que se mantenía dentro de los márgenes de la compatibilidad y del respeto al art. 149.1.3 de la Constitución, que ya había establecido el Tribunal Constitucional en su Sentencia 165/1994, de 26 de mayo. Por tanto, el Tribunal Constitucional se reitera en su línea jurisprudencial, rechazando las

impugnaciones presentadas y recordando su interpretación de la exclusividad del Gobierno central en las relaciones internacionales de España y la posibilidad de que las Comunidades Autónomas tengan proyección internacional y puedan defender sus intereses dentro de las competencias establecidas en la Constitución y en los estatutos de autonomía; que en ningún momento las habilitan para celebrar tratados internacionales, crear obligaciones para España, representar al Estado en el plano internacional o generarle responsabilidad internacional (a este respecto se recomiendan las reflexiones de PONS RAFOLS, X., sobre «La acción exterior de la Generalitat en la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña», publicadas en un Especial Sentència sobre l'Estatut de la *Revista Catalana de Dret Públic*, en 2011).

3. Las disposiciones relativas a la acción exterior de la Generalitat, al igual que otras disposiciones muy similares contenidas en otros estatutos de autonomía recientemente reformados, no hacen más que dotar de seguridad jurídica y de límites claros a las actuaciones de las instituciones y órganos de las Comunidades Autónomas, clarificar sus relaciones con las instituciones del Gobierno central y establecer un régimen de representación en los órganos de algunas organizaciones internacionales, de acuerdo con los intereses del conjunto del Estado y sin afectar la competencia exclusiva del Gobierno central en las relaciones internacionales.

Inmaculada MARRERO ROCHA  
Universidad de Granada

### 3. EL ESTATUTO INTERNACIONAL DEL ESTADO

#### 3.1. El Estatuto jurídico de Gibraltar desde la perspectiva del Derecho internacional y del Derecho europeo: Solicitud de canje en España de permiso de conducción expedido en Gibraltar y convalidado por el Reino Unido

**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, Sección 5.ª) de 20 de octubre de 2010.** Ponente: Rafael Fernández Valverde.

**Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079130052010100494.**

*QUINTO.*—*Con tales precedentes debemos ahora centrarnos en las argumentaciones utilizadas por las Resoluciones administrativas impugnadas en la instancia, así como en el fundamento utilizado por la sentencia recurrida para proceder a la anulación de las mismas:*

*a) La resolución de la Jefatura Provincial de Tráfico de Las Palmas se fundamenta, exclusivamente, en el artículo 30.5 del Reglamento General de Conductores, según el cual «La Jefatura Provincial de Tráfico a la que se dirija la solicitud, previos los trámites que estime oportunos, concederá o denegará, según proceda, el canje solicitado, circunstancia que, con indicación del país que haya expedido el permiso, los datos de éste y de su titular, se hará constar en el Registro de conductores e infractores».*

*Esto es, la única argumentación es la falta de respuesta por parte del recurrente al requerimiento efectuado por la Administración de Tráfico al objeto de que por el mismo se acreditara la residencia en Gibraltar durante 185 días antes de la obtención del Permiso de Conducir así como la posterior obtención de la residencia en España. Dicho requerimiento tendría su apoyo —y así lo reitera el Abogado del Estado en el motivo de casación— en la expresión del precepto citado «previos los trámites que estime oportunos».*



b) *Por su parte, la Resolución de alzada de la Dirección General de Tráfico —respondiendo a un recurso en el que sólo se argumentaba con la existencia de silencio administrativo— cambia de fundamentación, y, sin hacer referencia alguna a la argumentación de la falta de acreditación de la residencia, procede a confirmar la Resolución inicial con base en el citado artículo 8.6 de la Directiva 91/439/CEE; esto es, aplicando el inciso final del citado precepto que permite no aplicar el artículo 1.2 de la misma Directiva —es decir, el reconocimiento mutuo de permisos— «en el caso de que el titular de dicho permiso traslade su residencia normal a otro Estado miembro».*

*En síntesis, pues, la argumentación de la Dirección General de Tráfico es considerar —aunque sin decirlo de forma expresa— que Gibraltar no forma parte de la Unión Europea; en concreto, se afirma que, en el expediente que se resuelve, «el permiso que se pretende canjear, procede de otro que no fue obtenido en país de la Unión Europea» por lo que, en consecuencia, «de conformidad con lo dispuesto en la Directiva, el estado español, según lo expuesto en el anterior Fundamento de Derecho, no está obligado a reconocerlo, no siendo susceptible [...] de sustitución de canje».*

c) *La sentencia de instancia, por su parte, para estimar el recurso contencioso-administrativo sólo analiza el fundamento de la Resolución administrativa inicial, esto es, la relativa a la ausencia de respuesta al requerimiento de residencia, y al considerar que la misma era improcedente por no contemplarse la misma expresamente en las normas relativas al canje, resuelve reconociendo el canje solicitado. En consecuencia, no contiene referencia alguna a la fundamentación final de la Resolución de la Dirección General de Tráfico, basada en el artículo 8.6 de la Directiva comunitaria.*

*SEXTO.—De lo anterior se deduce que son, pues, dos las argumentaciones sobre las que tendremos que pronunciarnos:*

A) *La posibilidad de llevar a cabo el requerimiento tendente a acreditar la residencia en el lugar en el que inicialmente fue expedido el Permiso de conducir; actuación que es la llevada a cabo la Administración española, y en cuyo resultado se fundamenta la decisión jurisdiccional; y,*

B) *La posibilidad de considerar a los permisos de conducir expedidos en Gibraltar como permisos expedidos por Estados no comunitarios, a los que les es de aplicación la excepción —de no convalidación— contenida en el artículo 8.6 de la Directiva (y en el artículo 26.2 del Reglamento de Conductores aprobado por Real Decreto 772/1997, de 30 de mayo, una vez modificado por el Real Decreto 1598/2004, de 2 de julio).*

**Nota:** La STS objeto de análisis se fundamenta en el recurso de casación interpuesto en 2006 por la Administración General del Estado, siendo parte recurrida D. Rubén, contra la Sentencia dictada en 2005 por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Canarias. Según los hechos, D. Rubén, de nacionalidad española, tras haber obtenido el permiso de conducir en Gibraltar, que le fue convalidado posteriormente por las autoridades del Reino Unido, solicita a la Jefatura Provincial de Tráfico de las Palmas de Gran Canaria el canje de permiso de conducción extranjero por el permiso español equivalente. Tras serle denegado, interpone un recurso de alzada ante la Dirección General de Tráfico (DGT), que ratifica la resolución denegatoria anterior, promoviendo un recurso contencioso administrativo ante el TSJ de Canarias. Este Tribunal acordó estimar el recurso, anular sendas resoluciones y reconocer el derecho del recurrente a que se resolviera la solicitud formulada sin necesidad de acreditar las sucesivas residencias (primero en Gibraltar —durante 185 días antes de la obtención del permiso de conducción— y después en España, para el canje del mismo, respectivamente).

1. La primera argumentación —sobre el requerimiento por parte de la Administración española de acreditar la residencia en el lugar de expedición del permiso de conducir— no requiere comentario por nuestra parte, al existir un cuerpo de doctrina en la jurisprudencia del TJUE que rechaza tal posibilidad, tanto si el permiso de conducir ha sido expedido por un tercer Estado, y convalidado después en un Estado miembro, como si fue originariamente expedido por un Estado miembro de la UE. En este sentido, el TS señala numerosas sentencias del TJUE.

2. La segunda argumentación merece una especial consideración, pues si bien el planteamiento que hace el TS sobre el estatuto jurídico de Gibraltar desde una doble perspectiva, del Derecho internacional y del Derecho comunitario europeo, es acertado, entendemos que la Sentencia del TS no elige bien el argumento principal y la fundamentación jurídica. En nuestra opinión, el TS podría haber llegado a la misma conclusión, esto es, la aplicación por parte de la Administración española de la excepción al «principio del reconocimiento recíproco» de permisos expedidos por los Estados miembros de la UE (reconocido en el art. 1.2 de la Directiva del Consejo de las Comunidades 91/439/CEE, de 29 de julio, sobre el permiso de conducción —modificada en varias ocasiones, y que ha sido objeto de refundición por la Directiva 2006/126/CEE, de 20 de diciembre—), en los supuestos en que dicho permiso no hubiese sido expedido, sino canjeado (convalidado) por un Estado miembro, y su titular trasladara su residencia a otro Estado miembro de la UE. Y es que, en los términos del art. 8.6 de la citada Directiva: «[...] En caso de que el titular de dicho permiso (se refiere al canjeado previamente por un Estado miembro) traslade su residencia normal a otro Estado miembro, éste podrá no aplicar las disposiciones del apartado 2 del art. 1». Una excepción que no requiere la ficción de considerar a Gibraltar como un país tercero. O lo que es más preocupante, el TS llega a calificar a Gibraltar como «país dependiente», lo que no se corresponde con el estatus internacional de Gibraltar como territorio no autónomo pendiente de descolonización, lo que hace el TS en los siguientes términos: «[...] el permiso cuyo canje se pretende no fue originariamente expedido por el Reino Unido, sino que lo fue en el territorio, de dicho país dependiente, conocido por Gibraltar [...]».

El TS, tras detallar prolijamente el estatuto jurídico de Gibraltar desde la perspectiva del Derecho internacional y del Derecho europeo, llega a la conclusión de que dicho estatuto le lleva necesariamente, «en el ámbito sectorial del tráfico que aquí nos interesa, a su consideración —ante la necesidad de buscar algún estatuto jurídico— de país tercero ajeno a la Unión Europea, como, además, se pone de manifiesto por la necesidad de que los permisos de conducir que en el mismo se emiten necesariamente han de convalidarse en el plazo de seis meses por parte del Estado europeo del que depende, el Reino Unido».

No obstante, es cierto que es indirectamente de interés el análisis del estatuto jurídico interno de Gibraltar y sus relaciones con el Reino Unido. En los términos del art. 299.4 TUE (actual art. 355.3 TFUE): «Las disposiciones del presente Tratado se aplicarán a los territorios europeos cuyas relaciones exteriores asuma un Estado miembro», siendo este el caso de Gibraltar, y que el art. 26 del Reglamento de Conductores exige para el canje del permiso expedido en un Estado miembro de la UE por otro español equivalente la residencia legal del solicitante, primero en el Estado miembro y luego en España, no siendo de aplicación lo anterior cuando el permiso procediera de canje (convalidación) de otro anterior expedido en un país no comunitario —salvo que exista un convenio para el canje entre España y el país de que se trate—.

En este caso, la excepción al «principio del reconocimiento recíproco» vendría dada por el tratamiento específico que el Reino Unido da a Gibraltar en materia de ex-

pedición de permisos de conducir; al reconocerle plena autonomía sin reconocimiento automático de los mismos, en el supuesto de que sus titulares fijasen su residencia en el Reino Unido o para estancias superiores a doce meses.

La necesaria convalidación por las autoridades británicas del permiso expedido en Gibraltar para el caso concreto de residentes, a partir de los doce meses, no permite aplicar al supuesto objeto de análisis el art. 26, primer párrafo, del Reglamento de Conductores, al no haber sido expedido dicho permiso por un Estado miembro y no proceder de canje de otro anterior expedido en un país no comunitario. Entendemos que, en este caso, no es necesario acudir a la ficción de que Gibraltar es país tercero, sino que la excepción al principio del reconocimiento recíproco viene dada por el tratamiento específico que el Reino Unido da a Gibraltar, teniendo precisamente en cuenta su estatuto jurídico internacional, en cuanto territorio no autónomo pendiente de descolonización, sobre el que existe una controversia histórica territorial entre España y el Reino Unido, reconducida por la ONU a un marco bilateral negociador entre ambos Estados, representado actualmente por el Proceso de Bruselas.

Y si eso ocurre en las relaciones entre el Reino Unido y Gibraltar, con más razón entre España y Gibraltar, desde la firma por España y el Reino Unido, el 19 de abril de 2000, del «Régimen acordado relativo a las autoridades de Gibraltar en el contexto de los instrumentos de la UE y Tratados conexos». En él se refleja que Gibraltar es un territorio cuyas relaciones externas asume el Reino Unido, previéndose, en consecuencia, que los Estados miembros de la UE no mantendrán ninguna comunicación directa con las autoridades de Gibraltar, y que todo se realizará a través de las autoridades británicas.

Siendo la expedición de permisos de conducir competencia interna del Gobierno gibraltareño en las relaciones Gibraltar-Reino Unido, se exigirá la convalidación del permiso expedido en Gibraltar a los residentes en el Reino Unido, una vez transcurrido el año. Esto es, no se necesita convalidación en estos casos para conducir sólo en el territorio del Reino Unido, durante un periodo inferior a doce meses. Existe, por tanto, un Acuerdo previo de convalidación una vez transcurrido dicho periodo, que el Reino Unido exige igualmente para residentes titulares de permisos expedidos en un país tercero (siendo el caso de Australia, Canadá, Japón, Mónaco, Suiza o Sudáfrica), así como de colonias o territorios no autónomos pendientes aún de descolonización, como Gibraltar o las Islas Malvinas, e incluso de territorios que han dejado de estar bajo la administración del Reino Unido, como es el caso de Hong Kong, actualmente bajo la soberanía de la República Popular de China.

En suma, el TS acude al argumento de la controversia gibraltareña para reforzar la conclusión que hubiera alcanzado recurriendo directamente a la excepción, que España puede aplicar, prevista en la normativa europea para el reconocimiento recíproco de permisos de conducir expedidos por Estados miembros de la UE. Con el agravante de que esta argumentación *ex abundanti cautela* le lleva al TS a calificar a Gibraltar como país tercero, cuando simplemente podía haber recurrido al expediente técnico del canje previo con el Reino Unido que exige el propio Reino Unido, para rechazar el canje del permiso de conducir solicitado. Con todo, hay que reconocer el esfuerzo enorme que hace el TS por analizar la jurisprudencia del TJUE sobre el efecto directo de la Directiva europea, y sobre el alcance de la obligatoriedad del reconocimiento recíproco de permisos de conducir y sus excepciones; también, la pulcritud y exhaustividad del análisis de la controversia gibraltareña.

Inmaculada GONZÁLEZ GARCÍA  
Universidad de Cádiz

#### 4. DERECHO DEL MAR

##### 4.1. Piratería Marítima. El secuestro del *Alakrana*

**Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 4.<sup>a</sup>) de 3 de mayo de 2011.** Ponente: Excm.a. Sra. Dña. Carmen Paloma González Pastor.

**Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079220042011100010.**

##### FUNDAMENTOS DE DERECHO

*PRIMERO.*—Antes de entrar en el análisis acerca de la valoración de la prueba y de la calificación jurídica de los hechos se hace necesario entrar a conocer las diversas cuestiones planteadas por la defensa de los acusados no sólo al inicio del juicio, sino incluso en trámites anteriores y que son las relativas a: 1.<sup>a</sup> La competencia de la Audiencia Nacional en dos aspectos: a) edad de uno de los acusados, y b) la propia jurisdicción de los tribunales españoles sobre los hechos.

[...] El segundo tema cuestionado dentro de ese primer epígrafe es el relativo a la falta de jurisdicción española y, por lo tanto, de competencia de este tribunal; cuestión que también ha sido planteada con anterioridad, mereciendo ya varias respuestas negativas.

La primera de ellas, ya citada, se corresponde con la decisión del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en su auto de 2 de noviembre de 2009 (folio 363 y ss.), ya citado y obrante en autos.

La segunda, lo fue cuando, propuesta como artículo de previo pronunciamiento, fue igualmente desestimada en auto de 9 de diciembre de 2010 (folios 758 y ss. del Rollo) en la que se afirmó que la jurisdicción española sobre los hechos viene determinada por la dición del párrafo 1.º del artículo 23 de la LOPJ que atribuye a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos bien en territorio español o bien a bordo de buques o aeronaves españoles, dejando a salvo lo que dispongan los tratados internacionales de los que España sea parte.

Pues bien, son precisamente los tratados en vigor suscritos por España, los que ratifican la jurisdicción española.

Así, el Convenio para la Represión de Actos Ilícitos Contra la Seguridad de la Navegación Marítima, de 10 de marzo de 1988, con entrada en vigor el 1 de marzo de 1992, tipifica como delito actos como el enjuiciado, pues establece que lo comete «toda persona que ilícita e intencionadamente: A) se apodere de un buque o ejerza el control del mismo mediante violencia, amenaza de violencia o cualquier otra forma de intimidación. B) Realice algún acto de violencia contra una persona que se halle a bordo de un buque, si dicho acto puede poner en peligro la navegación segura de ese buque» (art. 3). Delitos, los citados, que son atribuidos a la jurisdicción estatal de los estados firmantes, según se indica en el art. 6, cuyo texto dice: «Cada Estado, tomará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción respecto de los delitos enunciados en el artículo 3, cuando el delito sea cometido: A) Contra un buque o a bordo de un buque que en el momento en que se cometa el delito enarbole el pabellón de ese Estado o, cuando concurren los presupuestos contemplados en el apartado segundo del referido precepto, cuyo tenor es el siguiente: Un Estado Parte podrá también establecer su jurisdicción respecto de cualquiera de tales delitos, cuando: B) Un nacional de ese Estado resulte aprehendido, amenazado, lesionado o muerto durante la comisión del delito, o, D) Sea cometido en un intento de obligar a ese Estado a hacer o no hacer alguna cosa». Texto que es complementado por el

*artículo siguiente, referente a la adopción de las medidas oportunas por parte del Estado en cuyo territorio se encuentre el presunto delincuente a la aplicación de su legislación, ya sea para la tramitación del procedimiento penal, ya sea para su extradición.*

*En similares términos, el artículo 105 de la Convención sobre el Derecho del Mar, faculta a todo Estado a perseguir y apresar en alta mar o en cualquier lugar no sometido a la jurisdicción de otro Estado, a un buque pirata o capturado por piratas, así como en el supuesto de captura de la embarcación, atribuyendo la jurisdicción nacional sobre sus posibles autores en caso de ser detenidos.*

*En último término, en el ámbito de la Unión Europea, la Acción Común 2008/851 PESC del Consejo, de 10 de noviembre de 2008, relativa a la Operación militar para contribuir a la disuasión, prevención y represión de los actos de piratería y de robo a mano armada frente a las costas de Somalia, adoptada en apoyo y bajo cobertura de las resoluciones 1814, 1816 y 1838 (2008), del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, en su artículo 12 establece que las personas detenidas por dichos actos en aguas territoriales de Somalia o en alta mar, serán entregadas para su enjuiciamiento, con carácter prioritario, a las autoridades del Estado miembro del pabellón del buque que hubiere realizado la aprehensión del sospechoso.*

*Aclarada así la jurisdicción española sobre los hechos, la competencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional está atribuida en el artículo 65 de la referida LOPJ cuyo epígrafe e) menciona a los delitos cometidos fuera del territorio nacional, cuando conforme a las leyes o a los Tratados corresponda su enjuiciamiento a los tribunales españoles.*

*El argumento de la defensa sobre la carencia de la jurisdicción y competencia española se circunscribe en la modificación del artículo 23 de la indicada Ley Orgánica que ha suprimido, expresamente, de la relación de delitos enumerados en su anterior apartado 4.º, el de piratería; argumento, absolutamente insuficiente a los citados efectos, toda vez que la competencia de este tribunal no resulta afectada por el hecho de haberse suprimido el tipo de «piratería» en la Parte Especial del Código Penal en la época en que ocurrieron los hechos el tipo de delito, sino que, muy al contrario y como se ha mencionado, porque el origen de esa competencia se encuentra en los tratados internacionales vigentes sobre la materia que ya han sido mencionados.*

*[...] SEGUNDO.—Los hechos así relatados, constituyen a juicio del Tribunal, para los acusados, los siguientes delitos: 1.º, Un delito de asociación ilícita del artículo 515 del Código Penal; 2.º, 36 delitos de detención ilegal previstos en los artículos 163.3 en relación con el 164 segundo inciso; 3.º, 36 delitos contra la integridad moral, previstos en el artículo 173.1 del Código Penal y 4.º, un delito de robo con violencia e intimidación del artículo 242.1.º y 2.º del Código Penal, en los que ha resultado debidamente acreditada la participación de los acusados [...].*

**Nota:** 1. La Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 10/2011 examina la responsabilidad penal de los dos acusados por el secuestro del buque atunero *Alakrana*, matriculado en Bermeo (Vizcaya) y con tripulación en parte española, en aguas cercanas a las costas de Somalia. En esta resolución se abordan cuestiones muy relevantes en relación con la lucha contra la piratería marítima, en particular la competencia de los tribunales españoles para juzgar de estos asuntos, así como algunos extremos relativos a la configuración del delito de piratería marítima en el ordenamiento jurídico español.

2. En efecto, el 2 de octubre de 2009, el buque *Alakrana*, mientras navegaba, según la Audiencia Nacional, «a una distancia de 120 millas náuticas de la costa de



Somalia, en el océano Índico —punto incluido en el área de operaciones definida por la Unión Europea para la operación ATALANTA de lucha contra la piratería—» (véase el hecho probado primero), fue asaltado, con 36 personas a bordo, 16 de ellas españolas, por un grupo de 13 piratas somalíes fuertemente armados [en relación con el escenario de los hechos, es curioso, sin embargo, que en uno de los testimonios vertidos en la sentencia, la del capitán de la fragata *Canarias*, éste afirme que el *Alakrana* se encontraba en el momento del secuestro «a 413 millas de Somalia y a 800 de la fragata» (Fundamento de Derecho tercero, p. 14)].

Tras la toma del barco, los asaltantes se apoderaron de 50.000 euros que había en la caja fuerte del buque, así como de todas las pertenencias de cada uno de los tripulantes. Posteriormente, durante 47 días los tripulantes del buque permanecieron retenidos en el mismo, siendo continuamente sometidos a tratos vejatorios y a la amenaza constante de perder la vida. En la noche del 3 de octubre de 2009, los dos acusados abandonaron el pesquero y regresaron a uno de los esquifes con los que se había llevado a cabo el asalto, al que trasladaron varios de los efectos y dinero sustraído por sus compañeros. Sin embargo, al poco fueron detectados por la fragata *Canarias* —que formaba parte de la operación *Atalanta* de la Unión Europea (UE)—, enviándose un equipo de operaciones especiales para efectuar su detención, lo que tuvo lugar tras las oportunas advertencias, no respetadas, y después de haber efectuado una serie de disparos. Seguidamente, se procedió al traslado de los dos secuestradores a la fragata, donde ambos permanecieron custodiados hasta su desembarco en Yibuti y posterior traslado a España en la madrugada del 13 de octubre de 2009 (véanse los hechos probados quinto y sexto), para ser puestos a disposición judicial. A este respecto, cabe recordar que el 5 de octubre de 2009, el Magistrado Juez Baltasar Garzón Real, en funciones de sustitución en el Juzgado Central de Instrucción núm. 1 de la Audiencia Nacional, dictó un auto en el que señalaba que correspondía en todo caso a la jurisdicción española la competencia y, en concreto, a la Audiencia Nacional, de conformidad con la Ley Orgánica del Poder Judicial. El 2 de noviembre de 2009 esa decisión fue confirmada por el pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

El desenlace del secuestro del buque *Alakrana* y sus tripulantes se produjo el 17 de noviembre de 2009, cuando, al final de largas negociaciones, la cantidad estipulada «fue arrojada, desde una avioneta, en el interior de dos cilindros que cayeron al mar junto al pesquero y que inmediatamente fueron recogidos por los asaltantes quienes, acto seguido, empezaron a abandonar el pesquero» (véase el hecho probado noveno). Siquiera sea de puntillas, en lo referente a la cuestión de la proveniencia del dinero del pago con el que se pone fin al secuestro, nos parece que no podemos dejar de hacer notar que, sin más comentarios, según la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, «[e]l resultado de la prueba practicada en el acto del juicio ha demostrado, sin duda alguna, que no ha sido la empresa armadora, sino organismos públicos vinculados al Gobierno español, quienes han satisfecho la cantidad que se ha abonado por la liberación de los tripulantes y del propio pesquero, [...]» (véase el Fundamento de Derecho primero).

A raíz del asalto al buque y su posterior secuestro, el Ministerio Fiscal y cuatro de los tripulantes del *Alakrana*, que se habían presentado ya en la fase de instrucción del caso como acusación particular —divididos en dos grupos—, acusaban a los dos asaltantes capturados por la fragata *Canarias* (el resto de los piratas no lo han sido todavía) de haber cometido una serie de delitos, entre los que no se encontraba el de piratería marítima, sin duda porque los hechos tuvieron lugar antes de que se procediera a la tipificación del mismo mediante la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio (véase *BOE* núm. 152, de 23 de junio de 2010), por la que se modificaba la Ley Orgánica 10/1995,



de 23 de noviembre, del Código Penal. En concreto, el Ministerio Fiscal calificó definitivamente los hechos como constitutivos de asociación ilícita, detención ilegal, robo con violencia e intimidación en las personas y uso de armas. Por su parte, el primer grupo de la acusación particular calificó definitivamente los hechos como constitutivos de integración en banda armada, terrorismo, robo con violencia e intimidación en las personas y uso de armas, delitos contra la integridad moral y delito de daños en el buque. El segundo grupo de la acusación particular los calificó como constitutivos de asociación ilícita por pertenencia a banda armada, terrorismo, detención ilegal, robo con violencia e intimidación, tortura y lesiones (véanse los antecedentes de hecho).

Estas acusaciones y, sobre todo, el hecho de que finalmente los acusados fueran condenados por la comisión de un delito de asociación ilícita, por la comisión de 36 delitos de detención ilegal, por la comisión de un delito de robo con violencia, y por la comisión de 36 delitos contra la integridad moral, vienen a demostrar que con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva reforma del Código Penal se podía perseguir a los supuestos autores del crimen internacional de piratería en España en cuanto responsables de los actos de violencia y depravación que supone este crimen (personalmente, entre otros autores, ya lo habíamos puesto de manifiesto: véase ESPALIÚ BERDUD, C., «La operación Atalanta de la Unión Europea en el marco de la lucha contra la piratería marítima», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 79, 2010, pp. 139-140). Entendemos que, de haberse producido los mismos hechos tras la entrada en vigor de la reforma del Código Penal, serían considerados como constitutivos del delito de piratería —que sustituiría al de asociación ilícita— y de los restantes castigados en esta sentencia (a este respecto, llama la atención el hecho de que la sentencia denomine en muchas ocasiones a los dos acusados y a sus compañeros en el asalto y secuestro del *Alakrana* como piratas).

3. Pero, esencialmente, la Sentencia de la Audiencia Nacional, tal como se puede apreciar en el extracto de la misma que hemos seleccionado, supone una concreción de la atribución de competencia que atribuyen a los Estados para reprimir y castigar los actos de piratería la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CNUDM), el Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima, de 10 de marzo de 1988, determinadas resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas emitidas contra la lucha de la piratería en Somalia [en particular la Resolución 1816 (2008), de 2 de junio], y la Acción Común 2008/851 PESC del Consejo de la UE, de 10 de noviembre, que puso en marcha la Operación *Atalanta*. Esos instrumentos parten de la base de que la piratería constituye, en el Derecho internacional general, un ejemplo de jurisdicción universal y una excepción al principio de la competencia exclusiva del Estado del pabellón. Sin embargo, la sentencia en cuestión, al tratarse de un caso en el que existen varios vínculos de conexión con el Estado del foro, a saber, la nacionalidad de parte de las víctimas y el pabellón del buque objeto del ataque y secuestro, no despeja las dudas en cuanto al ejercicio de la competencia de los tribunales españoles cuando en un caso determinado de piratería no haya ninguna vinculación con España. Recordemos que la virtualidad del principio de jurisdicción universal y su aplicación por nuestro ordenamiento jurídico, en concreto el alcance de la jurisdicción española en materia de los delitos de piratería marítima, deberá ahora ser interpretado a la luz de lo que dispuso la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su art. 23.4. Con la reforma se introduce la exigencia de la existencia de víctimas de nacionalidad española o la constatación de algún vínculo de conexión relevante con España, lo que en mi opinión va en contra del espíritu del principio de la jurisdicción universal y el régimen establecido en la CNUDM sobre la

piratería marítima. En efecto, el art. 105 de la CNUDM faculta a todo Estado a apresar a presuntos piratas en la alta mar o en cualquier lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado, y a sus tribunales a decidir las penas que deban imponerse por actos de piratería, sin exigir ningún requisito de conexión con el Estado en cuestión, ni de nacionalidad de las víctimas, ni de los autores, ni de territorialidad, ni de ningún otro tipo.

En relación con este extremo, conviene recordar que, ante las dificultades obvias que supone el enjuiciamiento en Europa de los presuntos responsables de las acciones de piratería, evidenciadas en este caso sin ir más lejos, la UE, en la línea de las resoluciones emitidas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, se está esforzando en adoptar acuerdos con Estados de la zona para que realicen ellos esas funciones. Así, por el momento, la UE ha celebrado sendos acuerdos —con Kenia (véase la Decisión 2009/293/PESC del Consejo, de 26 de febrero) y Seychelles (véase la Decisión 2009/916/PESC del Consejo, de 23 de octubre)— para establecer las condiciones y las modalidades que regirán la entrega por parte de las fuerzas navales de la UE de personas sospechosas de haber cometido actos de piratería, así como del tratamiento al que se verán sometidos tras la entrega. En virtud de tales acuerdos, tanto Kenia como Seychelles, aceptan la entrega de personas retenidas por la flota de la UE para ponerlas a disposición de sus autoridades competentes con el fin de conducir las investigaciones y enjuiciamientos pertinentes. Las partes en los acuerdos se comprometen a garantizar que no se practicarán detenciones arbitrarias, a tratar a las personas entregadas con humanidad, evitando la tortura u otros tratos crueles, y a asegurar un proceso equitativo. En la actualidad, el Consejo de la UE está estudiando la celebración de otros acuerdos de este tipo con más Estados de la zona, en concreto con: Mauricio, Mozambique, Sudáfrica, Tanzania y Uganda (véase el documento *Extraits des conclusions du Conseil sur la PSDC, Luxembourg, 26 avril 2010*).

4. Gran interés reviste, asimismo, la distinción que se opera en la Sentencia 10/2011 entre la piratería y el terrorismo. Para la Audiencia Nacional, los actos de violencia que pueden constituir un delito de terrorismo deben llevarse a cabo con una finalidad política, la de alterar la paz pública o contribuir a la subversión del orden constitucional. Por el contrario, parecería que los actos de violencia que dan pie a la calificación de actos de piratería se deberán realizar por fines lucrativos. En el caso presente, como los hechos son anteriores a la entrada en vigor de la reforma del Código Penal, como va dicho, la Audiencia considera que la finalidad pretendida por los piratas estaba «guiada por un espíritu abiertamente económico, la obtención del mayor lucro posible», para lo que retuvieron a los 36 miembros de la tripulación del pesquero, de tal forma que se acaba estimando que los hechos probados encajan, «con mayor precisión, en uno de los tipos penales solicitados por la acusación pública, el de detención ilegal por tiempo superior a los 15 días» (véase el Fundamento de Derecho cuarto, p. 18). Sin embargo, tras la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 5/2010, apreciamos que en art. 616 ter no se exige a los autores ninguna motivación específica para que una acción sea considerada como constitutiva del delito de piratería. Por ello, nada impide, a nuestro entender, que se castiguen como actos de piratería verdaderas acciones de terrorismo marítimo. Lo dispuesto en el Código Penal se aparta de lo que establece la CNUDM, donde la piratería va unida a la motivación personal, pero se ajusta mejor a la tendencia marcada por convenios más recientes, como el Convenio de 1988 de la Organización Marítima Internacional para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Navegación Marítima y sus diversos protocolos, instrumentos en los cuales no se especifica ninguna motivación para perseguir los actos incriminados. En cualquier caso, en la práctica pueden

darse casos en que sea prácticamente imposible distinguir entre terrorismo marítimo o piratería. Piénsese que, de acuerdo con la Ministra de Defensa de España, existen indicios de que la piratería podría llegar a convertirse en la gran fuente de financiación de las organizaciones islámicas radicales presentes en la región de Somalia, lo que dota a estos nuevos brotes de piratería de unos rasgos muy cercanos al terrorismo marítimo (véase la comparecencia de la Ministra de Defensa para defender la Solicitud de autorización del Congreso de los Diputados para la participación de militares españoles en la misión de la Unión Europea de adiestramiento de fuerzas de seguridad somalíes en Uganda (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, año 2010, IX Legislatura, 22 de abril, núm. 157, p. 15)).

Otro motivo dota de gran interés a la distinción operada en la sentencia. En efecto, de ser ciertas las noticias aparecidas en la prensa, los tripulantes del *Alakrana* que formaban la acusación particular en el caso que nos ocupa habrían introducido el oportuno recurso de casación de la sentencia ante el Tribunal Supremo, teniendo en cuenta que, al no haberse considerado por la Audiencia el secuestro del buque como terrorista, se impide a los afectados el percibir las indemnizaciones mínimas a cargo del Estado establecidas por la ley como víctimas del terrorismo, lo que sería vital, ante la insolvencia de los dos somalíes condenados en el caso (véase «Tripulantes vascos del “Alakrana” recurren la sentencia del tribunal», noticia aparecida en la edición digital de *El Faro de Vigo* del lunes 16 de mayo de 2011. En: <http://www.farodevigo.es/economia/2011/05/16/tripulantes-vascos-alakrana-recurren-sentencia-tribunal/545066.html>).

Carlos ESPALIÚ BERDUD  
Universidad de Córdoba

#### 4.2. Acceso a buque extranjero en puerto. El caso *Odyssey*. Funciones consulares

##### Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Algeciras.

##### Sentencia facilitada por el Prof. Jesús Verdú Baeza de la Universidad de Cádiz.

*Fundamento de Derecho TERCERO. Por tanto, el hecho de proceder a la entrada y registro en buque mercante extranjero admite, para su práctica, una doble posibilidad: En primer lugar la prestación de consentimiento o autorización expedida por el propio capitán del buque al que se pretende acceder. Dicha primera posibilidad hace necesario considerar, a priori, como lícita la negativa del mismo a permitir dicho acceso siempre y cuando no nos encontremos con los supuestos para los que se encuentra regulado el segundo supuesto. Y es en el caso de que la referida autorización del Capitán no se hubiera otorgado, cuando se abre la segunda posibilidad prevista por la norma, esto es, recabar la autorización del Cónsul de la nación, supuesto éste que parece haberse recogido por la norma en previsión de aquellos supuestos en los que, como en el que nos encontramos, habiéndose producido la negativa del Capitán, se manifiesten fundadas sospechas de la posible comisión de algún hecho delictivo, pues lo contrario haría de todo punto imposible el acceso al buque y como consecuencia la entrada y registro del mismo al objeto de verificar si, efectivamente, se ha producido o no hecho delictivo alguno.*

**Nota:** 1. Resulta frecuente presentar las limitaciones que el ordenamiento jurídico del Estado ribereño establece respecto del ejercicio de la jurisdicción sobre los buques extranjeros en las aguas interiores como simples usos de «cortesía internacional» que en absoluto limitan la exclusividad y plenitud del ejercicio de la jurisdic-

ción civil y penal como manifestación de la soberanía del Estado ribereño sobre tales espacios. En este sentido se entiende bien la actitud del Ministerio Fiscal en el caso que nos ocupa al renunciar al planteamiento de la acusación respecto del primer requerimiento formulado al capitán del buque por no haber «podido quedar acreditado de forma clara y terminante si en el momento de recibir dicha orden y mostrar su negativa al cumplimiento de la misma el buque se encontraba ya en las referidas aguas internacionales o, por el contrario, se encontraba en aguas territoriales españolas» (Antecedente de Hecho tercero, párr. 3).

Sin embargo, en la práctica, la interpretación realizada por el órgano juzgador, confortada por jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias de la Sala 2.<sup>a</sup> núm. 948/1995, de 2 de octubre, y 473/2001, de 26 de marzo), introduce en las aguas jurisdiccionales españolas limitaciones que pueden llevar a la paradoja de que un ejercicio de la jurisdicción penal sobre buques extranjeros sea más fácil en alta mar que en el mar territorial o en aguas interiores, en cuanto basado el primero exclusivamente en las disposiciones de la Convención de 1982, sin atenerse a esta interpretación restrictiva de las disposiciones del art. 561 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

2. El caso es sumamente interesante, puesto que prueba las dificultades para el control efectivo de actividades que afectan gravemente al patrimonio cultural subacuático, como las llevadas a cabo por el buque *Odyssey Explorer* y muestra la insuficiencia de las medidas internacionales de protección (de las que es exponente cualificado la Convención UNESCO de 2001) si no van acompañadas de normas procesales que permitan el ejercicio efectivo de la jurisdicción del Estado ribereño.

Augusto PIQUERAS GARCÍA  
Universidad de Granada

## 5. ASILO Y REFUGIO

**Comentario general.** Durante el periodo cubierto por la presente crónica, sólo las sentencias sobre asilo y refugio pronunciadas por el Tribunal Supremo han llegado casi a la centena. Salvo dos, objeto de notas separadas tras este comentario general, todas esas resoluciones deniegan las solicitudes de asilo formuladas. De forma constante, el Alto Tribunal aplica estrictamente los instrumentos normativos internacionales y españoles para desmontar toda petición, al no encontrar verificados indicios suficientes de persecución. Unas veces concluye que las pruebas aportadas de la supuesta persecución no están mínimamente acreditadas o que resultan falsas. En otras, estima que esas pruebas no pueden ser consideradas indicios suficientes de persecución, dado que, por un lado, con frecuencia son solicitudes basadas en la situación general de un Estado o región específica de un Estado que sufre un clima general de enfrentamiento, es decir, no logra acreditarse una persecución individualizada. Por otro, se efectúan relatos genéricos, imprecisos, contradictorios o faltos de contenido informativo. Muestra de algunos de estos argumentos son las decenas de sentencias que rechazan peticiones de asilo presentadas por ciudadanos de Colombia, prácticamente todas por estar sustentadas más en la situación general que padece este Estado de conflicto entre grupos armados que en una persecución individualizada. También hay algunos asuntos en los que el Tribunal Supremo quizá extreme su natural recelo, como ocurre en la STS 3414/2011 (de 31 de mayo, Sala de lo Contencioso, Sección 3.<sup>a</sup>, Id Cendoj 28079130032011100234) al no encontrar suficientemente probada ni constitutiva de persecución en el momento presente la historia de una mujer nigeriana que huyó de un matrimonio pactado, fue traída con engaño a España y forzada a ejercer

la prostitución para satisfacer una supuesta deuda. Del mismo modo, puede resultar discutible denegar el asilo a un armenio que era vendedor de inmuebles de lujo en Yerevan, el cual, sin culpa por su parte, se ve envuelto en una estafa por doble venta llevada a cabo por su jefe. Al huir éste, aquél queda como el único al que los estafados, sobre todo cargos políticos del Estado, pueden dirigirse. Tras sufrir detención ilegal y torturas, consigue escapar de Armenia. En la STS 1722/2011 (de 30 de marzo, Sala de lo Contencioso, Sección 3.ª, Id Cendoj 28079130032011100128) se considera que esta situación de amenazas por parte de cargos políticos y policiales del Estado no puede equipararse a una persecución llevada a cabo por pertenecer a un grupo social determinado, como argumento principal para rechazar la petición de asilo. Por el contrario, no genera problema alguno la denegación, por la comisión de delitos contra la humanidad, de la solicitud de asilo presentada por un iraquí que pertenecía a un grupo armado al servicio de Saddam Hussein cuya labor consistía en detener y someter a distintos actos violentos a los opositores políticos del régimen (en la STS 10/2011, de 14 de enero, Sala de lo Contencioso, Sección 5.ª, Id Cendoj 28079130052011100004). Igualmente, es cierto que el Tribunal Supremo revoca en algunos casos la decisión denegatoria de instancia en razón de defectos formales, lo cual le lleva a analizar las alegaciones de fondo y rechazar la petición de asilo o bien a retrotraer el procedimiento administrativo a su momento inicial (como ocurre en la STS 2331/2011, de 29 de abril, Sala de lo Contencioso, Sección 3.ª, Id Cendoj 28079130032011100170, por faltar el informe del ACNUR o en la STS 2926/2011, de 17 de mayo, Sala de lo Contencioso, Sección 3.ª, Id Cendoj 28079130032011100201, por no haberse practicado la prueba consistente en una entrevista con el instructor). Por último, merece la pena indicar que, a diferencia de crónicas anteriores, en la presente no existen sentencias relativas a solicitudes de asilo con problemas de determinación del Estado miembro de la Unión Europea responsable de su examen.

Jesús GONZÁLEZ GIMÉNEZ  
 Universidad de Almería

**ASILO Y REFUGIO.—Extensión familiar de la protección.—Cambio fundamental de las circunstancias.**

**Sentencia del Tribunal Supremo núm. 5498/2010 (Sala de lo Contencioso, Sección 5.ª) de 22 de octubre de 2010.** Ponente: María del Pilar Teso Gamella.

**Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079130052010100396.**

*SEGUNDO.—El recurso de casación se sustenta sobre un único motivo en el que, por el cauce procesal que dibuja el artículo 88.1.d) de la LJCA, reprocha a la sentencia la lesión del artículo 37 del Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de Asilo y de la condición de Refugiado. [...] Se sostiene, en síntesis, que la norma reglamentaria cuya infracción se aduce permite únicamente acordar el cese del titular del derecho de asilo cuando hayan cambiado las circunstancias en el país de origen, no cuando se ha modificado la situación personal de la recurrente, ni mucho menos por un cambio en su estado civil. Debemos recordar, antes de continuar, que el derecho de asilo se reconoció a su cónyuge y a la recurrente. Concretamente se consideraba que concurría un temor fundado de sufrir persecución respecto de su esposo y de la recurrente.*

*CUARTO.—Pues bien, entrando ahora en el análisis de la infracción del apartado 2 del citado artículo 37 del Reglamento de aplicación de la Ley de Asilo también entendemos*



*lesionada la norma que contiene tal precepto reglamentario, por lo que además de casar la sentencia, procede anular la resolución impugnada y, en consecuencia, mantener a la recurrente en la condición de refugiada, como seguidamente explicamos. [...] Saliendo al paso de una cierta falta de precisión de la sentencia, lo cierto es que ninguna referencia se hace al artículo 10.1 de la Ley de Asilo, sobre la extensión del derecho de asilo a los familiares del perseguido, en la resolución del Ministro del Interior, de 24 de julio de 2001, que reconoció el derecho de asilo a la recurrente. Además, si analizamos el origen de la petición de asilo que formuló el entonces esposo de la recurrente y ella misma, así como los términos en los que se reconoció el derecho de asilo en España, comprobamos que la recurrente era también objeto de persecución en su país de origen, Colombia, de manera autónoma a la de su esposo o conjuntamente con la de éste. Merece la pena desgranar el origen de la solicitud de asilo, pues tal operación revela que en la recurrente concurría también un temor fundado, de carácter propio o autónomo, de sufrir persecución en su país de origen por las causas que dan lugar al asilo, todo ello desde la óptica que nos faculta la interpretación del artículo 37.2 del Reglamento citado respecto del cambio de circunstancias en Colombia. No se trata de una persecución focalizada en su cónyuge, al que la esposa decide acompañar en su huida, en razón al vínculo familiar o por razones afectivas. No. Se trata de dos personas que son objeto de amenazas en su país de origen y que el temor fundado concurre en ambas.*

**Nota:** En esta sentencia se plantean problemas relativos a la extensión familiar de la protección que confiere el asilo y a su conexión con el sentido que puede adquirir el cambio fundamental de circunstancias como causa de cesación del estatuto de refugiado. Es evidente que si dos cónyuges solicitan de manera autónoma el asilo y lo obtienen, la ruptura del vínculo familiar y la renuncia de uno de ellos al estatuto de refugiado en nada alteran la condición de refugiado del otro. Pero si una persona disfruta de los derechos inherentes al asilo por extensión familiar, debido a que sólo en su cónyuge concurrían las circunstancias que permiten conceder el estatuto de refugiado, la pregunta es si las situaciones antes descritas provocan la cesación del estatuto de refugiado de aquélla. La normativa española al respecto no aclara nítidamente la cuestión (ni el art. 37 del Reglamento de aplicación de la Ley 9/1994, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, ni los arts. 42 a 44 de su sucesora, la Ley 12/2009), pues indica como causa de cesación del estatuto de refugiado un cambio fundamental de circunstancias, entendiéndose expresamente por éstas las que provocaron la persecución en el país del que es nacional el refugiado. En el caso objeto de esta sentencia, el tribunal de instancia había entendido que el asilo de la recurrente se debía a extensión familiar. Puesto que el vínculo familiar se había roto y el antes cónyuge decidió renunciar al asilo y volver a su país de origen, aunque no por un cambio de circunstancias allí, sino por motivos personales, dicho tribunal estimó que la recurrente había perdido su derecho a disfrutar del estatuto de refugiado. Esta última sostiene en sus alegaciones que el cambio fundamental de circunstancias opera únicamente en el sentido literal de la norma antes descrita, de modo que no tiene nada que ver con el cambio de la situación personal o el estado civil de las personas. En esta sentencia el Tribunal Supremo no aclara si considera la disolución del vínculo familiar como un cambio fundamental de circunstancias que provoque la cesación del estatuto de refugiado, cuando éste se ha obtenido por extensión familiar; pues no le consta que la recurrente obtuviera dicho estatuto por extensión familiar, sino de manera autónoma.

Jesús GONZÁLEZ GIMÉNEZ  
Universidad de Almería

**ASILO Y REFUGIO.—Concesión de asilo ante una persecución por motivos de género.****Sentencia del Tribunal Supremo núm. 4013/2011 (Sala de lo Contencioso, Sección 3.<sup>a</sup>) de 15 de junio de 2011.** Ponente: José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat.**Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079130032011100274.**

*CUARTO.—El recurso de casación, en los estrictos términos planteados, no puede ser acogido, porque consideramos que la Sala de instancia ha realizado una interpretación aplicativa coherente y razonable del artículo 3.1 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, en relación con el concepto de refugiado a que alude el artículo 1.A.2 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados hecho en Ginebra el 28 de julio de 1951, y el Protocolo hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967, al apreciar, atendiendo a las circunstancias particulares del supuesto enjuiciado, que la situación prolongada de sufrimiento que ha padecido la recurrente Alejandra, nacional de Argelia, y sus hijos menores de edad María del Pilar y Lucas, de nacionalidad argelina, como consecuencia de los malos tratos físicos y psíquicos infringidos por su marido, que se califican, por su especial intensidad y gravedad, de trato inhumano o degradante, en razón de su naturaleza y reiteración, es incardinable como persecución por motivos de género, lo que determina que, ante la falta de protección eficaz de las autoridades del país de origen, resulte procedente la concesión del derecho de asilo. [...] Por ello, la tesis argumental que postula el Abogado del Estado en la formulación del motivo de casación, de que el criterio de la Sala de instancia supone una aplicación indebida del artículo 3 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, en la medida en que «entiende que todas las mujeres maltratadas tienen derecho de asilo en España», al no contemplarse este supuesto como pertenencia a un grupo social en las fuentes aplicables del Derecho internacional, no puede ser compartida, pues la persecución por motivos de género resulta incardinable en las persecuciones sociales, en referencia a la «pertenencia a un grupo social», a las que se refiere el artículo 3 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, y merece protección al amparo, de esta disposición, cuando se evidencia que la tutela dispensada por las autoridades nacionales del país de origen se revela inútil o ilusoria, de modo que se perpetúa la situación de padecimiento.*

**Nota:** En esta sentencia, el Tribunal Supremo ha reconocido por primera vez el estatuto de refugiada a una mujer nacional de Argelia que, según queda acreditado, fue forzada a casarse y posteriormente, incluso después de la separación, padeció continuas agresiones y malos tratos físicos y psíquicos por parte del cónyuge, todo esto con la connivencia de las autoridades argelinas, cuyo desprecio a la tutela judicial efectiva en este caso hacía plenamente real el riesgo de que esta mujer continuara sufriendo dichos malos tratos. En realidad, nuestro ordenamiento jurídico ya estaba preparado para hacer frente a estas situaciones y para dispensar la necesaria protección a las mujeres maltratadas, desde que la disposición adicional vigésima novena de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, incluyera en los supuestos de persecución, que justifican la concesión del estatuto de refugiado, a las mujeres extranjeras que huyan de sus países de origen debido a un temor fundado de sufrir persecución por motivos de género (novedad que tuvo su confirmación en los arts. 6 y 7 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria). Es de agradecer que el ponente,

con carácter adicional, se apoye en la Resolución 58/147, de 22 de diciembre, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, sobre eliminación de la violencia contra la mujer en el hogar, para recordar que los Estados tienen el deber jurídico de adoptar medidas para evitar actos de violencia contra las mujeres y ofrecer la protección necesaria a las víctimas.

Jesús GONZÁLEZ GIMÉNEZ  
Universidad de Almería

## 6. PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

### 6.1. Jurisdicción universal

**Auto del Tribunal Supremo (Sala Especial, Sección 61.<sup>a</sup>) de 15 de octubre de 2010.** Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos.

**Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079160612010200030.**

*CUARTO: [...] La sentencia añade que el artículo 23.4 de la LOPJ no se refiere expresamente a los crímenes contra la Humanidad, pero sí lo hace al genocidio y también (por la vía del apartado h) es posible entender que se aplica a los crímenes de guerra contemplados en los Convenios de Ginebra. Por ello, no parece razonable entender que la ley española excluya la jurisdicción de los Tribunales internos respecto de los crímenes contra la Humanidad cuando la acepta respecto del genocidio y de los crímenes de guerra, infracciones esencialmente idénticas en su naturaleza y gravedad, y pertenecientes, todas ellas, al núcleo de los ataques más graves a los Derechos Humanos básicos. Y a ello se añade que existen otras disposiciones internas que revelan la disposición del Estado español a prestar su contribución a la persecución de esta clase de crímenes internacionales, como son las Leyes Orgánicas 15/1994 y 4/1998, que establecieron la cooperación española con los Tribunales Internacionales para Yugoslavia y Ruanda (competentes para el enjuiciamiento de crímenes contra la Humanidad); la Ley Orgánica 6/2000, que autorizó la ratificación por España del Estatuto de la Corte Penal Internacional; y el Instrumento de ratificación del Estatuto de la Corte Penal Internacional.*

*Finalmente, la sentencia considera que la prohibición de la analogía en el ámbito penal se refiere exclusivamente al marco sustantivo relativo a la descripción típica y a la punibilidad, sin que afecte a normas procesales u orgánicas. Y entre el delito de genocidio y los crímenes contra la Humanidad es apreciable una profunda similitud, no sólo en cuanto afecta a su naturaleza y gravedad, sino incluso en relación a su misma formulación típica en el Derecho interno español.*

*En consecuencia, la sentencia entiende que la condena por los Tribunales españoles no podría utilizar formalmente el nomen iuris «crímenes de lesa Humanidad», como elemento identificador del tipo aplicable del artículo 607 bis del Código Penal, ni imponer las penas previstas en esa norma, pero es posible que se refiera a delitos de asesinato y detención ilegal, que, por sus circunstancias constituyen internacionalmente, o constituirían según el derecho interno en el momento de la persecución, crímenes contra la Humanidad. Añadiendo que tampoco se impide una interpretación del artículo 23.4 de la LOPJ en el sentido de establecer la jurisdicción de los Tribunales españoles.*

*QUINTO: [...] Los criterios de interpretación que utiliza la Sala de lo Penal para entender que los hechos son perseguibles en España, son los siguientes:*

1) *La consideración por parte del Tribunal Constitucional (STC 237/2005) de que el artículo 23 de la LOPJ instaura un «principio de jurisdicción universal absoluto».*

2) *Los principios que se derivan de la creación de Tribunales penales internacionales, especialmente que en la misma se prima la naturaleza de los hechos (considerados especialmente graves desde el punto de vista de la comunidad internacional) sobre la fecha de constitución del Tribunal.*

3) *La redacción legal del artículo 23.4 de la LOPJ, en la que sería factible incluir tanto la persecución del genocidio como de los «crímenes de guerra» contemplados en los Convenios de Ginebra.*

4) *La similitud entre la esencia de estos delitos y los elementos de los que se componen (el «contexto» en los términos empleados en la sentencia) y los «crímenes de lesa humanidad», entendiéndose que son infracciones esencialmente idénticas en su naturaleza y gravedad, y pertenecientes, todas ellas, al núcleo de los ataques más graves a los Derechos Humanos básicos.*

5) *El principio general de colaboración entre España y los Tribunales penales internacionales para la persecución de esta clase de crímenes internacionales (citando expresamente el caso de los Tribunales Internacionales para Yugoslavia y Ruanda y la Corte Penal Internacional).*

6) *El principio de que la prohibición de la analogía en el ámbito penal no alcanza a la aplicación de normas procesales, sino sólo sustantivas.*

**Nota:** 1. El presente auto inadmite a trámite la querrela presentada contra distintos magistrados del Tribunal Supremo, que dictaron la Sentencia 798/2007, de 1 de octubre, del Pleno de la Sala 2.<sup>a</sup>, por haber incurrido en el presunto delito de prevaricación, precisamente por haberse dictado esta resolución referenciada a sabiendas de su contenido injusto.

Los hechos que dan lugar a la presente causa encuentran su origen en el querellante, Adolfo Scilingo, capitán de corbeta de la Armada argentina, quien fue condenado en primer lugar por Sentencia 16/2005, de 19 de abril, de la Sección 3.<sup>a</sup> de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional a más de 640 años de privación de libertad por la comisión de crímenes contra la humanidad. Respecto a la aplicación de este nuevo tipo penal, «crímenes contra la humanidad», vigente desde el 1 de octubre del 2004 con la introducción del nuevo art. 607 bis del Código Penal, a los hechos acaecidos con anterioridad, y su aparente conflicto con el principio de la legalidad y retroactividad, los magistrados de la Audiencia Nacional de forma muy acertada resolvieron este posible escollo jurídico haciéndose eco del *ius cogens* internacional y de los principios de Nuremberg integrados en el Derecho internacional consuetudinario; en este sentido, invocando el Derecho internacional se concluyó que estas conductas ya «estaban anteriormente prohibidas».

Contra esta resolución se presentó recurso de casación ante el Tribunal Supremo, cuya Sala 2.<sup>a</sup> en la sentencia mencionada amplió la condena a Scilingo a más de mil años de prisión, pero no por la comisión de delitos de lesa humanidad, sino por ser autor de distintos delitos de detención ilegal y asesinato cometidos en los llamados «vuelos de la muerte»; infracciones todas ellas que según la sentencia se aplicaron por analogía al crimen contra la humanidad, no tipificado en España en el momento de la comisión de estas conductas (1976-1981).

El condenado Adolfo Scilingo entendió que con esta sentencia no sólo se había vulnerado el principio de legalidad al aplicarle de forma retroactiva el tipo penal de crimen contra la humanidad, sino que además consideraba extinguida su posible responsabilidad penal por aplicación de las leyes argentinas de amnistía «de obediencia debida y punto final».

2. Lo particular del caso reside en el hecho por el cual el militar argentino fundamenta su querrela en los mismos razonamientos jurídicos sobre los cuales se basa el procesamiento por presunta comisión de delito de prevaricación del Juez Baltasar Garzón por investigar los crímenes del franquismo [véase CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., y VICENTE MÁRQUEZ, L., *Informe en Derecho. Causa especial núm. 200048/2009: querrela(s) interpuesta(s) contra el Magistrado-Juez D. Baltasar Garzón Real, por el supuesto delito de prevaricación. Examen de los argumentos del auto de 3 de febrero de 2010 desde la perspectiva del Derecho Internacional*, Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, 2010 en [www.aedigh.org](http://www.aedigh.org)]. Precisamente los Fundamentos de Derecho que propiciaron la admisión de la querrela por parte del Tribunal Supremo contra este juez de la Audiencia Nacional apuntaban, entre otros, a la existencia de la Ley de amnistía en España que extinguía la responsabilidad penal, a la prescripción de los delitos y al principio de irretroactividad. Curiosamente respecto a este caso Garzón, debe mencionarse que ante la situación de impunidad respecto a los hechos denunciados y el posterior procesamiento del juez, se ha reaccionado por parte de las víctimas y asociaciones de derechos humanos en Argentina presentando distintas querrelas por los crímenes franquistas ante la Cámara Federal de Buenos Aires; en estas iniciativas legales se fundamenta que la Ley de Amnistía española no puede aplicarse a los crímenes contra la humanidad.

Este auto de inadmisión del Tribunal Supremo de la querrela por prevaricación planteada por Scilingo comienza en primer lugar por destacar que los procedimientos, con sus Fundamentos de Hecho y Derecho, son completamente distintos a los del caso de los crímenes del franquismo, para posteriormente señalar que deben distinguirse dos elementos. El primero de ellos, el que hace referencia a la condena por la aplicación de los delitos de asesinato y detención ilegal, y el segundo, el relativo a la persecución universal de los hechos. Sobre este último extremo, el Tribunal Supremo acude al crimen de lesa humanidad, pero no con la finalidad de crear un delito *ad hoc* como indicaba el querellante, sino más bien para justificar la concurrencia de «elementos, tanto de Derecho interno como de Derecho internacional, que atribuyan el conocimiento de los hechos a la jurisdicción española». Si bien pudiera parecer loable esta aplicación analógica de la norma procesal (que no la sustantiva), ya que la finalidad era evitar la impunidad de crímenes tan horribles llegando a una sentencia condenatoria, lo más congruente desde el punto de vista jurídico internacional hubiera sido considerar de aplicación el Derecho internacional consuetudinario en la materia, recogido en los principios de Nuremberg. Y todo ello, no sólo para permitir la competencia de los tribunales españoles, sino para habilitar la aplicación del tipo penal de crimen contra la humanidad, tal y como efectuó previamente el pronunciamiento de la Audiencia Nacional.

3. Finalmente el argumento del paralelismo invocado por el querellante Scilingo entre las Leyes argentinas de Obediencia Debida y Punto Final, y la Ley de Amnistía española cuyos efectos han sido determinantes en la causa por prevaricación contra el Magistrado-Juez Baltasar Garzón, queda despachado por el Tribunal Supremo sin entrar en el fondo del asunto. Siendo así se resuelve este alegato, precisando que las leyes argentinas mencionadas fueron posteriormente declaradas nulas por una ley posterior e inconstitucionales por la Corte Suprema de Justicia de la Nación; fundamento que ha permitido a los jueces del Tribunal Supremo evitar pronunciarse sobre la cuestión de fondo, esto es, sobre la vigencia de la Ley de impunidad española, cuya derogación viene siendo recomendada por el Comité de Derechos Humanos y sobre su cuestionable contenido contrario a la normativa internacional. De la misma forma hubiera sido extraordinariamente instructivo que el



auto hubiera entrado a evaluar la cuestión de la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad.

José Elías ESTEVE MOLTÓ  
Universidad de Valencia

**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.ª) de 13 de julio de 2010.** Ponente: Francisco Monterde Ferrer.

**Referencia Centro de Documentación Judicial (Id Cendoj) 28079120012010100659.**

*SEGUNDO: F) La IV Convención de Ginebra y su Protocolo Adicional I, incorporados a nuestro ordenamiento interno a través del art. 96.1 CE, que establecen la protección al personal definido como «civil» (específicamente los periodistas) y la obligación de aut dedere aut iudicare, han sido manifiestamente incumplidos por los EEUU, así como el Tratado de Asistencia Jurídica Mutua en materia penal entre el Reino de España y los EEUU, suscrito el 20-11-90, ratificado en 23-4-93, en relación con el art. 27 del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados.*

*[...] Además, como se alega, el auto recurrido parece poner su énfasis en desvirtuar una causa de imputación basada en el segundo inciso del art. 611.1.º CP (hacer objeto a la población civil de ataques, represalias o actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizarla), cuando lo cierto es que en la última ocasión el instructor, basó el procesamiento, también, en su primer inciso, que hace referencia al que realice u ordene realizar ataques indiscriminados o excesivos, lo que ha de valorarse, conforme se expresa en el voto particular discrepante de la mayoría, de acuerdo con los principios del Derecho Internacional Humanitario y consuetudinario, por el Tribunal, y no de una manera anticipada.*

*QUINTO: [...] Los Convenios a los que se remite nuestro CP son, efectivamente, el componente más importante del Derecho Internacional Humanitario (DIH), la rama del Derecho que protege a los civiles y a las personas que han dejado de participar en las hostilidades, incluidos los militares heridos y enfermos y los prisioneros de guerra. La finalidad de los Convenios no es poner fin a las guerras sino limitar la barbarie de los conflictos armados. Los Convenios de Ginebra son el intento de normalizar el Derecho Internacional Humanitario. Son el resultado de los esfuerzos de Jean Henri Dunant, creador de la Cruz Roja. Están formadas por una serie de tratados internacionales firmados en Ginebra, Suiza, entre 1864 y 1949 con el propósito de minimizar los efectos de la guerra sobre soldados y civiles. Y dos protocolos adicionales a la convención de 1949, fueron aprobados en 1977.*

*OCTAVO: [...] No obstante, hay que tener en cuenta que ni siquiera en acciones bélicas pretendidamente defensivas o de respuesta a agresiones previas reales (mucho menos en las supuestas), cabe aplicar circunstancias, como la legítima defensa, cuando quien se convierte en beligerante, comete cualquiera de las acciones tipificadas como contrarias al Derecho de la Guerra, atacando del modo transcrito a quien merece la consideración de «persona protegida», en los términos del art. 608 de nuestro CP, y de acuerdo con el supuesto tipificado en el núm. 1.º del art. 611 del mismo texto legal, según el que tal previsión punitiva es sin perjuicio de la que corresponda por los resultados producidos, que en el caso de autos, no cabe duda que están constituidos por el delito de Homicidio previsto en los arts. 138 y ss. CP.*

*Por otra parte, la estrategia bélica denominada «de impacto y pavor», consistente en actos como el bombardeo sobre personas y bienes protegidos en caso de conflicto ar-*

*mado, en cuanto que la responsabilidad penal es puramente personal, si bien no puede surgir del mero apoyo político o logístico de acciones bélicas, sí es penalmente imputable a quien tenga dominio sobre la dirección específica de las operaciones bélicas (Cfr. ATS de 21-1-2004, rec. 142/2003).*

**Nota:** 1. La Sentencia 691/2010 del Tribunal Supremo examina el recurso de casación interpuesto contra el auto de la Sección 3.<sup>a</sup> de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 23 de octubre de 2009, que confirmaba la conclusión del sumario del caso *Couso* y declaraba el sobreseimiento libre de las actuaciones. A modo de breve recordatorio, este asunto se inició con la interposición de la querrela por el asesinato del cámara de Telecinco en Bagdad por disparos desde un tanque estadounidense, que fue admitida a trámite el 9 de julio de 2003. Posteriormente, tras haberse dictado órdenes de arresto internacional contra distintos militares norteamericanos, la Sala de lo Penal, Sección 2.<sup>a</sup> de la Audiencia Nacional, archiva el caso mediante Auto de 8 de marzo de 2006, el cual ya fue recurrido en casación. En esta ocasión la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ordenó la reapertura del mismo, fundándose en buena medida en la sentencia Guatemala del Tribunal Constitucional, Sentencia núm. 1240/2006, de 5 de diciembre.

2. Lo llamativo es que de nuevo el asunto fue archivado por la Sección 2.<sup>a</sup> de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional mediante Auto de 13 de mayo de 2008, anulando los recientes procesamientos a militares estadounidenses decretados por el Juez Santiago Pedraz. Curiosamente se ha llegado a conocer por los cables de *WikiLeaks*, que ese mismo día, el Presidente de la Sala, Gómez Bermúdez informaba directamente a la Embajada estadounidense en Madrid de esta resolución favorable a la parte querrelada. Es más, días después, este mismo juez comunicaba al mismo cuerpo diplomático que habían conseguido anular las órdenes de arresto internacional contra los militares implicados en el asesinato (<http://www.europapress.es/nacional/noticia-wikileaks-denuncian-gomez-bermudez-cgpj-ser-topo-eeuu-caso-couso-20101202134307.html>). Con posterioridad, otros cables han desvelado la estrecha colaboración de responsables políticos de alto nivel del Gobierno de Zapatero (entre los que destacaron la Vicepresidenta, María Teresa Fernández de la Vega, los Ministros de Justicia y Asuntos Exteriores en ese momento, Juan Fernando López Aguilar y Miguel Ángel Moratinos, y el Secretario de Estado de Justicia, Julio Pérez Hernández), así como del Fiscal General del Estado, Conde-Pumpido, con el embajador de Estados Unidos en Madrid, el cual constata que «el apoyo del Ejecutivo español era total» (véanse los cables 07MADRID82/92692, 16 Jan. 2007, 07MADRID101/93036 18 Jan. 2007, 07MADRID141/94177 26 Jan. 2007, and 07MADRID911, 14 May 2007/12958, *discussing meeting between U.S. officials and Spanish officials, including Attorney General and Chief Prosecutor, regarding Couso case*).

3. En todo caso, el anterior auto mencionado no decretó el archivo de la causa, que fue devuelta al Juzgado Central de Instrucción núm. 1, quien en un nuevo Auto de 21 de mayo de 2009, decretó por segunda vez el procesamiento de los tres militares norteamericanos, como autores, entre otros, de un delito contra la comunidad internacional, previsto en el art. 611.1 del Código Penal. Con todo, el Ministerio Fiscal recurrió esta última resolución, que fue estimada por la Sección 2.<sup>a</sup> de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, mediante Auto de 14 de julio de 2009, que dejó sin efecto los procesamientos y esta vez sí, ordenó concluir el sumario. Consecuentemente, dos días después, el Juez Pedraz dictaminó la conclusión del sumario, remitiendo las actuaciones a la Sección 3.<sup>a</sup> de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, quien a su vez por Auto de 23 de octubre de 2009, confirmó la conclusión del sumario y decretó el sobreseimiento libre, lo que suponía de nuevo dejar sin efecto el procesamiento de los

militares estadounidenses. Precisamente este último pronunciamiento es el que fue objeto de casación por los querellantes, siendo su recurso estimado por la sentencia del Tribunal Supremo que nos ocupa. En esta sentencia el Tribunal Supremo aborda, en primer lugar una cuestión preliminar formulada por la fiscalía consistente en solicitar la inadmisión del recurso, por cuanto en aquel momento procesal ya no existía procesamiento alguno (al haberse anulado previamente), lo cual no permitía el acceso a casación. El Alto Tribunal desestima esta cuestión previa, señalando que el requisito relativo a la existencia del procesamiento basta que se haya producido en cualquier momento a lo largo del procedimiento instructor.

4. Pasa después al examen de los diferentes motivos de recurso aducidos por las partes recurrentes, entre los que destaca la infracción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, al vulnerarse por falta de aplicación el Derecho internacional humanitario; en concreto los arts. 49, 50, 51 de la I Convención de Ginebra, los arts. 146 y 147 de la IV Convención; y los arts. 11, 48, 49, 50, 51, 57, 79 y 85 del Protocolo Adicional I. En este sentido los magistrados estiman que existe vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, ya que el procesamiento ha sido eludido por la Audiencia Nacional, privando a la acusación de la posibilidad de defensa y de las garantías procesales, ya que considera que existen indicios, debidamente probados, de la realización del tipo penal atribuido a los querellados. Siendo así, se critica la resolución recurrida al tratar de desvirtuar el que se hubiesen producidos ataques indiscriminados o excesivos por las fuerzas armadas norteamericanas, extremo fáctico, que apuntan, debe valorarse conforme a los principios del Derecho internacional humanitario y consuetudinario. Reitera la sentencia que con el sobreseimiento decretado por la Audiencia Nacional anticipa una sentencia absolutoria, al no haberse agotado las diligencias de instrucción. En efecto, en el cuarto fundamento de derecho declara que la tutela judicial efectiva se quebranta por cuanto este derecho ampara el utilizar los medios de prueba pertinentes, que no implica un derecho absoluto, pero que únicamente debe limitarse cuando la prueba sea estéril o no pueda practicarse. Y en el presente caso, se considera que presentaban un interés para el esclarecimiento de los hechos, las diligencias probatorias solicitadas, como el libramiento de una comisión rogatoria para la práctica del pertinente reconocimiento judicial en Bagdad y las declaraciones de los querellados y de los representantes en España de las televisiones Al Yazeera y Abu Dhabi.

Seguidamente los magistrados del Tribunal Supremo proceden a transcribir textualmente los artículos de las Convenciones de Ginebra y del Protocolo Adicional I para concluir que «indiciariamente los hechos merecen la subsunción en las normas de Derecho internacional humanitario». Es más, de nuevo se acude en los siguientes fundamentos de derecho al *ius in bello*, tanto para calificar a las víctimas como personal civil protegido según la IV Convención de Ginebra, como para desestimar la justificación de la legítima defensa por quienes han cometido un crimen de guerra contra una persona protegida, en este caso, un periodista.

5. En definitiva el Tribunal Supremo admite el recurso de casación, anulando el auto recurrido y declarando que deben de proseguir las diligencias de instrucción. Siguiendo con el mandato de esta resolución, días después de esta sentencia, el Juzgado Central de Instrucción núm. 1 de la Audiencia Nacional, por Auto de 29 de julio de 2010, ordenaba «la búsqueda y captura e ingreso en prisión a efectos de extradición de los militares norteamericanos sargento Thomas Gibson, capitán Philip Wolford y teniente coronel Philip de Cam, librándose al efecto las oportunas órdenes internacionales de detención». Asimismo las diligencias probatorias han seguido su curso y el Magistrado Santiago Pedraz a finales de enero de 2011 se desplazó en comisión

judicial a Bagdad donde reconstruyó *in situ* los hechos, en el Hotel Palestina y en el puente de Aljurumiya sobre el Tigris (aunque en este último enclave no pudo acceder directamente al lugar concreto desde donde disparó el tanque estadounidense, debido a las restricciones impuestas por el ejército iraquí).

6. Por último, el caso *Couso* pese a todas las dificultades judiciales y extrajudiciales ha logrado avanzar, a diferencia del asunto relativo a la muerte del enviado especial de Antena 3 en Haití en marzo de 2004, Ricardo Ortega, que fue archivado por el Juzgado Central de Instrucción núm. 6 a finales de febrero de 2011 por «falta de autor conocido».

José Elías ESTEVE MOLTÓ  
Universidad de Valencia

**Auto de la Audiencia Nacional (Juzgado Central de Instrucción núm. 4) de 17 de marzo de 2011.** Magistrado-Juez: Fernando Andreu Merelles.

*PRIMERO: [...] En tal sentido, debe reiterarse que el artículo 29 del IV Convenio de Ginebra establece: «La Parte en conflicto en cuyo poder haya personas protegidas es responsable del trato que les den sus agentes, sin perjuicio de las responsabilidades individuales en que se puede incurrir», y el artículo 147 del mismo Convenio establece que son infracciones graves el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, la detención ilegal cuando tales hechos se cometen contra personas protegidas, estableciendo el artículo 146 que: «Las Altas partes contratantes se comprometen a tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado la orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves contra el presente Convenio.*

*Cada una de las partes contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido u haber ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales sea cual fuere su nacionalidad».*

**Nota:** 1. Los hechos denunciados en esta querella versaban sobre el asalto armado, por parte de fuerzas especiales iraquíes, el 28 y 29 julio de 2009, sobre civiles desarmados iraníes que se encontraban en el campo de refugiados Ashraf de Bagdad. La ofensiva ocasionó la muerte de once exiliados iraníes pertenecientes a la Organización de los Muyaidines del Pueblo de Irán y la detención de 36 refugiados.

2. Desde la presentación de esta iniciativa legal, el Juez Andreu, en lugar de plegarse a la pretensión de archivo del fiscal, ha exceptuado el que no se reúnan las pertinentes conexiones nacionales españolas, acudiendo a la obligación de la jurisdicción española de perseguir crímenes de guerra, según lo estipulado en el mencionado art. 146 de la IV Convención de Ginebra. De esta forma, mediante Auto de 26 de noviembre de 2009, libró comisión rogatoria internacional a las autoridades judiciales iraquíes, con el propósito de corroborar si en aquel país hay abierta una investigación sobre los hechos denunciados. A pesar de que las autoridades iraquíes reaccionaron advirtiendo de forma sucinta que se estaba investigando el asunto, el magistrado de la Audiencia Nacional calificó de insuficiente la respuesta a la rogatoria y decidió admitir a trámite la querella inicial mediante Auto de 27 de diciembre de 2010.

3. La importancia de la presente resolución reside en la confirmación de la competencia del juez español para investigar infracciones graves del Derecho internacio-

nal humanitario. En la reforma del art. 23.4 de la LOPJ se prescribe que los vínculos de conexión nacional se deben aplicar «sin perjuicio de lo que pudieran disponer los tratados y convenios internacionales suscritos por España». Y en este sentido, en lo relativo a las Convenciones de Ginebra, ratificadas por España, y a las que remite el Código Penal, disponen que los crímenes en ellos contemplados deben ser perseguidos, cualquiera que sea la nacionalidad del autor.

Por el contrario, el Juez Instructor de la Audiencia Nacional, Grande Marlaska, ante la interposición de esta misma alegación en el recurso de reforma del caso Birmania, ha dictaminado su inadmisión al tratarse de un conflicto de carácter interno (auto de inadmisión del recurso de reforma de 3 de marzo de 2010, Diligencias Previas 284/09, Juzgado Central de Instrucción núm. 3, Audiencia Nacional). En concreto ha argumentado que el «principio de jurisdicción universal, sólo es admisible respecto a las llamadas “graves infracciones” definidas en los Cuatro Convenios de Ginebra y el Protocolo I. Por otro lado, justifica que los crímenes de guerra que no constituyen graves infracciones, los recogidos en el Protocolo II de 1997, que regula los actos cometidos en un conflicto armado de carácter no internacional, no conllevan la exigencia de aplicar la Justicia Universal»; extremos que han sido confirmados por la Sección 4.ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional mediante Auto de 6 de septiembre de 2010.

José Elías ESTEVE MOLTÓ  
Universidad de Valencia

**Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, recurso 20780/2010) de 28 de febrero de 2011.** Ponente: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.

*PRIMERO: [...] La jurisdicción es una de las expresiones de la soberanía del Estado. Es entendida como la facultad o potestad de juzgar, es decir, de ejercer sobre determinadas personas y en relación a determinados hechos, uno de los poderes del Estado, someténdolas, en el caso del derecho penal, el ius puniendi que la ley le atribuye. En este sentido tiene carácter previo a la competencia y no puede ser confundida con ella.*

*[...] Habida cuenta de las características de la cuestión concreta planteada, no llegará a producirse una auténtica controversia entre órganos jurisdiccionales acerca de la capacidad de conocer de los hechos denunciados, pues como ya vinimos a reconocer en el Auto de esta Sala núm. 260/1998, de 21 de enero, hoy en día no es viable jurídicamente plantear una cuestión de competencia con un Tribunal extranjero pues no existe ningún mecanismo o instancia supranacional para la resolución del eventual conflicto positivo o negativo que pudiera plantearse.*

*Se trata, pues, de un supuesto excepcional, no regulado expresamente por el legislador, que trasciende de una cuestión de competencia entre órganos jurisdiccionales internos y que se diferencia de los conflictos antes expuestos en cuanto que consiste en la determinación del alcance de un poder del Estado español, sobre hechos cometidos en territorios sometidos a la soberanía de otro Estado, teniendo la decisión carácter definitivo al no ser posible planteamiento de un conflicto negativo de jurisdicción.*

*[...] La excepcionalidad y especial importancia de la cuestión en cuanto que afecta a la extensión espacial de la jurisdicción de los Tribunales del Estado español harían razonable que la decisión final correspondiera al Tribunal Supremo [...].*

**Nota:** 1. La Sala 2.ª del Tribunal Supremo, mediante este auto estima el recurso de queja interpuesto por los querellantes del caso del Tíbet, por lo que en cumplimiento



to de la parte dispositiva de dicha resolución, se revoca el Auto recurrido de 16 de noviembre de 2010, que denegaba la preparación del recurso de casación.

El origen de esta controversia surge cuando el Juzgado Central de Instrucción núm. 1, a petición del fiscal, y mediante Auto de 26 de febrero de 2010, archiva la investigación relativa a los crímenes contra la humanidad cometidos en el Tíbet durante la primavera del 2008 en los albores de la celebración de los Juegos Olímpicos en Beijing, al entender que en la causa no concurrían los nuevos criterios de conexión nacional exigidos por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, que reformó el anterior art. 23.4 de la LOPJ.

Frente a ese auto se interpuso recurso de reforma y subsidiario de apelación, el cual se remitió a la Sección 2.<sup>a</sup> de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, quien para su sustanciación avocó la decisión al Pleno de la Sala de lo Penal. Ésta a su vez, por Auto de 27 de octubre de 2010, confirmó la resolución del Juzgado instructor, que acordaba el archivo de las actuaciones, por mayoría de sus componentes, formulando un voto discrepante tres de los Magistrados integrantes de la Sala de lo Penal, Clara Bayarri García, Ramón Sáez Valcárcel y José Ricardo de Prada Solaesa. Este pronunciamiento judicial del Pleno, no es un auto que implique sin más el archivo de las diligencias previas, sino que el mismo se produce por la falta de jurisdicción de la Audiencia Nacional, Tribunal español, para conocer hechos ocurridos en el extranjero; decisión que ha sido ratificada posteriormente por Auto de 16 de noviembre de 2010 de la Sección 2.<sup>a</sup> de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, quien denegó el acceso al recurso de casación, por la falta de competencia de la jurisdicción española.

2. El presente pronunciamiento del Tribunal Supremo, aun no entrando en el fondo del asunto, ya que simplemente resuelve el recurso de queja, afortunadamente para las víctimas tibetanas determina que los autos de archivo que declaren la falta de jurisdicción de los Tribunales españoles para conocer hechos ocurridos en el extranjero, son susceptibles de recurso de casación. En este sentido el auto reconoce lo exigido en el voto particular discrepante mencionado, que reconocía el derecho a la casación, aunque empleando el argumento por el cual: «En concreto, para el caso que nos ocupa, de supuesta ausencia del imputado en el territorio por encontrarse en paradero desconocido, el art. 512 LeCrim., ordena que el imputado sea buscado por requisitorias, previamente a, conforme al art. 641 Lecrim., acordar el sobreseimiento provisional. El archivo provisional, sin acordar previamente la búsqueda nacional e internacional del imputado equivale, de facto, al archivo *sine die* del procedimiento, lo que constituiría un sobreseimiento definitivo, susceptible de casación».

En definitiva, con posterioridad al auto referenciado se ha dado trámite al recurso de casación y queda pendiente de resolución sobre el fondo de la cuestión por parte del Tribunal Supremo, si se ordena o no la continuación de la causa.

Asimismo debe remarcar que continúa abierto el otro caso relativo al genocidio del pueblo tibetano ante el Juzgado Central de Instrucción núm. 2 de la Audiencia Nacional; es más, mediante Auto de 30 de marzo de 2011, el Juez Ismael Moreno ha ampliado la investigación de los hechos denunciados ocurridos en Tíbet desde 1972 hasta 2003, y que como querellados figuran el anterior Presidente de China, Jiang Zemin, y antiguo Primer Ministro, Li Peng. En efecto, el magistrado ha accedido a las peticiones de la parte querellante solicitando la ampliación de la calificación de los hechos como infracciones graves de las Convenciones de Ginebra en relación con el traslado masivo de población china a territorio ocupado tibetano.

José Elías ESTEVE MOLTÓ  
Universidad de Valencia

**Auto de la Audiencia Nacional (Juzgado Central de Instrucción núm. 6) de 13 de abril de 2011.** Magistrado-Juez: Eloy Velasco Núñez.

<http://ccrjustice.org/files/13%20April%202011%20Order%20SPAN.pdf>.

*SEGUNDO. [...] El artículo 23.4 LOPJ no exige que en el país de jurisdicción preferente se haya iniciado un procedimiento judicial (aunque en el caso presente los hay) sino sólo, pero determinadamente («en todo caso») que se haya iniciado un procedimiento (sin calificar, ya que en Derecho comparado surgen también alternativas administrativas a la tutela jurisdiccional) «que suponga una investigación y una persecución efectiva» de los hechos encartados (asesoramiento jurídico justificativo del presunto maltrato dispensado a prisioneros de guerra), como se deriva del informe contestación de la CRI (Comisión Rogatoria Internacional), [...].*

*TERCERO: Manifestando el informe contestación de la CRI que «Estados Unidos es claramente competente para conocer de esta denuncia [...] solicita que se le envíe la querrela criminal para que las autoridades de EE.UU. puedan continuar estudiándola e investigándola», de conformidad con lo recogido en el artículo 19 del texto integrado del Acuerdo de asistencia judicial entre los EE.UU. y la Unión Europea, firmado el 25 de junio de 2003, sobre la aplicación del Tratado de asistencia jurídica mutua en materia penal entre EE.UU. y el Reino de España, firmado el 20 de noviembre de 1990, hecho ad referendum en Madrid el 17 de diciembre de 2004 (BOE 26/01/2010) [...] y que entre otras en su segundo párrafo obliga a EE.UU. a notificar a España «las medidas adoptadas en virtud de dicha solicitud».*

**Nota:** 1. La causa que ahora se archiva por el Juez Eloy Velasco estaba dirigida contra seis miembros del equipo del Presidente estadounidense Bush por orquestrar jurídicamente el sistema de detenciones y torturas en el contexto de la lucha contra el terrorismo internacional. Esta querrela fue admitida por Auto de 4 de mayo de 2009 (Diligencias Previas 134/2009) y recientemente se ha desvelado que el Gobierno norteamericano venía oponiéndose a esta investigación, junto a la que instruía el Juez Baltasar Garzón en relación con distintos casos de tortura cometidos en la base de Guantánamo. Siguiendo con este cometido, el Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional, Javier Zaragoza, tras reunirse con el consejero político de la Embajada de los Estados Unidos solicitó en un informe, la inadmisión a trámite de estas querrelas, tal y como se constata en los cables publicados por *WikiLeaks* [«Cable en el que se critican las acusaciones a mandos de Estados Unidos por torturas en Guantánamo. El embajador de Madrid informa a Napolitano, ante una visita en 2009, sobre las relaciones con España y la cuestión “irritante” de intentar procesar a varios oficiales», [2. A pesar de que la parte demandante presentara nuevas pruebas relativas a esta interferencia política y de fiscales en el proceso, el juez mediante el auto referenciado ha acordado el sobreseimiento provisional del caso. La respuesta a la Comisión Rogatoria a los Estados Unidos, de 1 de marzo de 2011, ha sido definitiva para este pronunciamiento, al asegurar el Departamento de Justicia del Gobierno de Washington que se están investigando en este país los hechos denunciados en España. Lo relevante de este auto estriba en que el juez señala el carácter preferente de la jurisdicción norteamericana, lo que conduce al sobreseimiento provisional de la causa,](http://www.elpais.com/articulo/espana/Cable/critican/acusaciones/mandos/EE/UU/torturas/Guantanamo/elpepuesp/20101130elpepunac_17/Tes, 07MADRID1805/122552, 18 Sept. 2007 (discussing meeting between U.S. Embassy staff in Madrid and Javier Zaragoza to discuss proceedings in Spain against former Guantánamo detainees)]</a>.</p>
</div>
<div data-bbox=)

en aplicación del principio de subsidiariedad. Es más, el Magistrado Eloy Velasco matiza que resulta irrelevante si la investigación que se lleva a cabo en otro país es de carácter judicial, ya que considera acreditada esa preferencia con la apertura de cualquier otro procedimiento administrativo. A pesar de que la parte dispositiva del auto finaliza apuntando que en un futuro indeterminado se le solicitará al Departamento de Justicia de los Estados Unidos que «indique las medidas finalmente adoptadas en virtud de este traspaso de procedimiento», lo cierto es que este tipo de sobreseimiento sin garantías y en respuesta únicamente a un escrito de seis páginas que venía a cumplimentar la Comisión Rogatoria Internacional, puede conducir a irremediables situaciones de impunidad.

Precisamente, tal y como indica el Juez Velasco, se resolvió de forma semejante el caso del ataque israelí en la Franja de Gaza que investigaba el Juzgado Central de Instrucción núm. 4 de la Audiencia Nacional. En efecto, el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en un controvertido Auto de 9 de julio de 2009, accedió a las pretensiones del fiscal, que exigía cerrar el caso, invocando por un lado el principio de subsidiariedad en favor de una investigación de los hechos denunciados en un Estado democrático como Israel; y por otro, desatendiendo el argumento por el cual dicha investigación no constituía un proceso judicial penal, ya que el esclarecimiento de los hechos corría a cargo de una comisión militar.

José Elías ESTEVE MOLTÓ  
Universidad de Valencia

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

**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.<sup>a</sup>), de 2 de febrero de 2011.** Ponente: Ilmo Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

**Referencia Centro de documentación judicial (Id Cendoj) 28079120012011100044.**

*[...] En efecto, en las SSTS 749/2007, 19 de septiembre y 742/2009, 30 de junio, recordábamos que es cierto que la generalización de la doble instancia constituye un desideratum hacia el que ha de dirigirse nuestro sistema procesal. Y así está aconteciendo, tanto en el orden jurisprudencial como en el legislativo. En efecto, la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha ido abriendo de forma paulatina el ámbito cognitivo del recurso de casación, haciendo posible —según algunos, en perjuicio de la función nomofiláctica que le es propia—, un ensanchamiento de su funcionalidad histórica en beneficio de las garantías constitucionales del recurrente. También así ha sido entendido por el legislador español, que en su reforma de la LOPJ, operada mediante LO 19/2003, de 23 de diciembre, ha llevado a cabo una reordenación de la planta judicial para acomodar ésta a las exigencias derivadas del principio de la doble instancia.*

**Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1.<sup>a</sup>), de 9 de marzo de 2011.** Ponente: Ilmo Sr. D. Santiago Martínez-Vares García.

**Referencia Centro de documentación judicial (Id Cendoj) 28079130042011100116.**

*Consecuentemente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no impone a los Estados Parte el deber de indemnizar de manera inmediata y directa a los perjudi-*

*cados, cuando el Comité de Derechos Humanos concluya que un Estado Parte ha violado los derechos o libertades reconocidos en el Pacto, sino la obligación de articular un procedimiento que haga posible reclamar la indemnización que proceda. Por esta razón, el Dictamen del Comité que sirve de fundamento a la pretensión del recurrente, advierte que el Estado Español ha reconocido la competencia del Comité para determinar si se ha violado el Pacto, y debe «proporcionar un recurso efectivo y aplicable en el caso de que se haya comprobado una violación» (apartado 10 del examen de la cuestión de fondo del Dictamen).*

**Nota:** 1. Véase MARÍN AÍZ, R., «Comentario» en *REDI*, vol. LXII, 2010-1, pp. 185-187, y MARTÍN RODRÍGUEZ, P., vol. LXIII, 2010-1, pp. 154-155. En este periodo sigue pendiente determinar si la casación penal en el sistema procesal español cumple con las exigencias de los textos convencionales internacionales y por ende con los arts. 10.2, 24 y 96.1 de la CE; el TS sigue manteniendo que ni el PIDCP ni el art. 2 del Protocolo núm. 7 al CEDH (que entró en vigor para España el 1 de diciembre de 2009) obligan a establecer una segunda instancia penal como repetición íntegra del juicio; en su opinión sólo entrañan la obligación de que un Tribunal Superior revise la aplicación de las reglas que han permitido la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena en primera instancia. En cuanto a la repetición de los medios de prueba practicados en la primera instancia, el TS manifiesta la duda de si el art. 14.5 del PIDCP «[...] implica la repetición de todos los medios de prueba de la primera instancia, o solamente la de los que no se pudieron practicar en ella o se han descubierto posteriormente, o se puedan considerar procedentes a la vista de la fundamentación de la resolución recurrida [...]» —STS 13152/2010, de 14 de octubre—. En cualquier caso, el TS admite que el art. 14.5, que no requiere la repetición íntegra del juicio, sí precisa la revisión de la evaluación de la actividad probatoria realizada en la instancia. No obstante, el TS reconoce que la generalización de la doble instancia es deseable para el sistema procesal español y constata que en esa línea se dirige la reforma de la LOPJ operada por el legislador en 2003. Pese a no mencionar explícitamente que el art. 2 del Protocolo núm. 7 al CEDH obliga formalmente a España, el TS sostiene la compatibilidad del régimen casacional con el mismo invocando la jurisprudencia del TEDH según la cual los Estados partes ostentan la libertad para elegir la modalidad de cumplimiento con el doble grado de jurisdicción en materia penal mediante el reexamen que puede estar limitado a cuestiones de derecho. El TS utiliza también como elemento que ampara el sistema de casación español la declaración de inadmisibilidad de diversas comunicaciones al Comité de Derechos Humanos donde éste consideró adecuada la revisión llevada a cabo por el Tribunal Supremo español en un recurso de casación.

2. Finalmente en este periodo, observamos que la doctrina contenida en la segunda sentencia reseñada fue empleada por la SAN 3482/2010, de 15 de julio, donde se rechaza la responsabilidad patrimonial del Ministerio de Justicia pretendida por la parte recurrente como consecuencia de un Dictamen del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas que declaró que el Estado español había vulnerado el art. 14.5 PIDCP en conexión con el derecho a un recurso efectivo recogido en el art. 2.3.a) PIDCP. El razonamiento se articula en torno a la STC 70/2002, de 3 de abril, que niega el carácter jurisdiccional a los Dictámenes del Comité así como la posibilidad de que éstos constituyan la interpretación auténtica del Pacto. En opinión de la Audiencia Nacional, los Dictámenes del Comité de Derechos Humanos que constatan la violación de uno de los derechos recogidos en el Pacto no imponen al Estado la obligación inmediata de indemnizar al perjudicado sino de *articular un procedimiento que haga posible reclamar la indemnización que proceda.*

Por último, en el caso de la STS 7760/2010, de 30 de diciembre, se urge al legislador a implementar la doble instancia penal teniendo en cuenta la ratificación del Protocolo núm. 7 al CEDH y la ausencia de reservas formuladas al mismo por España; este argumento es invocado estimándose el error de hecho en la apreciación de la prueba realizada en la instancia para finalizar con una condena tras la absolución en la instancia, que es otra cuestión problemática.

Rafael MARÍN AÍS  
Universidad de Granada

### **6.3. Art. 10.2 CE. Cuestiones generales.**

**Sentencia Tribunal Constitucional (Sala 2.<sup>a</sup>), núm. 88/2011, de 6 de junio.**

**Sentencia Tribunal Constitucional (Pleno), 62/2011, de 5 de mayo.**

**Sentencia Tribunal Constitucional (Sala 2.<sup>a</sup>), núm. 45/2011, de 11 de abril.**

**Sentencia Tribunal Constitucional (Sala 1.<sup>a</sup>), núm. 15/2011, de 28 de febrero.**

**Sentencia Tribunal Constitucional (Sala 2.<sup>a</sup>), núm. 34/2011, de 28 de marzo.**

**Sentencia Tribunal Constitucional (Sala 2.<sup>a</sup>), núm. 37/2011, de 28 de marzo.**

**Sentencia Tribunal Constitucional (Sala 2.<sup>a</sup>), núm. 38/2011, de 28 de marzo.**

**Sentencia Tribunal Constitucional (Sala 2.<sup>a</sup>), núm. 142/2010, de 21 de diciembre.**

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

**Nota:** 1. Este grupo de sentencias confirma una larga y asentada práctica jurisprudencial según la cual las normas de naturaleza internacional sobre derechos humanos que obligan a España se erigen, por obra de lo establecido en el art. 10.2 CE, en canon de interpretación de los derechos fundamentales y las libertades que nuestra Ley Fundamental consagra. Así las cosas —evocando jurisprudencia constitucional precedente— los textos y acuerdos internacionales, a que se refiere el art. 10.2, se convierten en una fuente interpretativa que contribuye a la mejor identificación del contenido de los derechos cuya tutela se pide al Tribunal Constitucional [STC 64/1991, FJ 4.a)] y en un elemento más para verificar la consistencia o inconsistencia de la infracción denunciada (STC 41/2002, de 25 de febrero, FJ 2). Por el contrario, el TC ha insistido con reiteración en que dicha función hermenéutica no convierte a tales tratados y acuerdos internacionales en canon autónomo de constitucionalidad de los derechos fundamentales. Precisamente, en el ciclo estudiado, el TC vuelve a incidir en esta doctrina en la Sentencia 38/2011, de 28 de marzo (FJ 2), en la que la recurrente en amparo sustenta su demanda en la lesión del derecho de la propiedad del art. 1 del Protocolo núm. 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, sin citar el art. 33.1 CE, aparte de que el Derecho constitucional concernido no puede ser protegido por la vía excepcional y subsidiaria del recurso de amparo, como se desprende del art. 53.2 CE.

2. Sin duda, la Sentencia que más argumentos jurídicos internacionales nos brinda es la núm. 37/2011, de 28 de marzo, que otorga el amparo a quien denunciaba la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con

los derechos a la integridad física y a la libertad (arts. 15 y 17.1 CE), por habersele denegado el derecho a ser indemnizado por la pérdida funcional total de la mano derecha como consecuencia de la realización de un cateterismo cardiaco, sin que se le hubiese informado de los riesgos de la intervención ni se hubiese recabado su consentimiento para la práctica de la misma. Pues bien, sobre la base del art. 10.2 CE, y con mención expresa del mismo, el TC aduce como elementos hermenéuticos en los Fundamentos Jurídicos 4, 5 y 6, el art. 3 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, una jurisprudencia prolija del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el derecho a la vida privada, consagrado en el art. 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y varios preceptos del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las Aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997 y en vigor para España desde el 1 de enero de 2000.

Junto a ese grupo de sentencias, existe otro bastante numeroso que está conformado por aquellos pronunciamientos en los que el Tribunal Constitucional invoca abiertamente el ordenamiento jurídico internacional en materia de derechos fundamentales para fundamentar sus decisiones, pero omite cualquier referencia expresa al art. 10.2 CE, si bien los textos internacionales alegados cumplen también aquí la función hermenéutica que le asigna la norma constitucional precitada. Así ocurre, por ejemplo, en la Sentencia 88/2011, de 6 de junio, dictada en el marco de un recurso de amparo. En el FJ 2, el TC apela al valor cardinal que la libertad personal tiene en el Estado de Derecho, al someter la detención de cualquier ciudadano al criterio de la necesidad estricta y, además, al criterio del lapso temporal más breve posible, en consonancia con lo dispuesto en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 5.2 y 3) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 9.3), que exigen que el detenido sea conducido «sin dilación» o «sin demora» ante la autoridad judicial. En un terreno distinto, y para justificar la inexistencia de lesión del derecho de defensa del acusado en un juicio de apelación, el Alto Tribunal atiende, en la STC 45/2011, de 11 de abril, a la jurisprudencia profusa que sobre este derecho, en particular, ha emanado del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; especialmente, aquellas sentencias dictadas en varios procesos contra España, entre otras la de 16 noviembre de 2010, caso *García Hernández c. España*, la de 16 diciembre de 2008, caso *Bazo González c. España* y la de 10 de marzo de 2009, caso *Igual Coll c. España* (FJ 2). En otro orden de cuestiones, en la Sentencia 142/2010, de 21 de diciembre, el TC otorga el amparo a un solicitante de asilo que consideró vulnerado su derecho a un proceso sin dilaciones indebidas del art. 24.2 CE, partiendo de las pautas que ofrece la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el art. 6.1 del Convenio de Roma (derecho a que la causa sea oída en «un tiempo razonable»), que, en palabras de nuestro Alto Tribunal, «ha sido tomada como el estándar mínimo garantizado en el art. 24.2 CE» (FJ 3). Particularmente, en apoyo de su argumentación, el TC aduce la STEDH de 11 de marzo de 2004, caso *Lenaerts c. Bélgica*, que obliga a los Estados contratantes a organizar su sistema judicial de tal forma que sus Tribunales puedan cumplir cada una de sus exigencias, en particular la del derecho a obtener una decisión definitiva dentro de un plazo razonable.

Por otra parte, las vulneraciones de los derechos de libertad religiosa y libertad ideológica y del principio de igualdad, reconocidos, respectivamente, en los arts. 16.3, 16.1 y 14 de la CE, han sido analizados por el TC en la Sentencia 34/2011, de 28 de marzo. En este pronunciamiento se declara compatible con la aconfesionalidad del Estado y la neutralidad ideológica y religiosa de las instituciones públicas —y, parti-



cularmente, de las corporaciones de Derecho público—, un precepto de los Estatutos del Colegio de Abogados de Sevilla que designa como patrona a una divinidad de la religión católica, la Inmaculada Concepción. En el FJ 4, el Alto Tribunal hace evidente un conocimiento muy actualizado de la jurisprudencia del TEDH, puesto que resuelve el recurso de amparo en sintonía con la doctrina recaída en la Sentencia de 18 de marzo de 2011 —que había juzgado sobre la presencia de crucifijos en las escuelas públicas italianas— y que vino a poner de relieve que, en este ámbito, la percepción subjetiva del reclamante por sí sola no basta para caracterizar una violación del derecho a la libertad religiosa (caso *Lautsi y otros c. Italia*, § 66). Por último, la Sentencia 15/2011, de 28 de febrero, da la razón a un demandante de amparo que imputa a la actuación de la Administración Penitenciaria la vulneración de su derecho al secreto de las comunicaciones (arts. 18.3 y 25.2 CE). A este propósito, el TC se remite a una temprana jurisprudencia constitucional en la que se declaraba que en el ámbito penitenciario, «[r]ectamente entendido, el derecho fundamental consagra la libertad de las comunicaciones, implícitamente, y, de modo expreso, su secreto» (STC 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 7), pronunciamiento que se compadece con la prohibición de injerencias arbitrarias en la correspondencia garantizada en el art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el art. 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como con el derecho al respeto de la correspondencia previsto en el art. 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, tal y como fue interpretado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la Sentencia de 21 de febrero de 1975, asunto *Golder*, § 4.3.

3. Para concluir esta nota, un comentario aparte merece la relevante sentencia del Tribunal Constitucional sobre la coalición electoral BILDU, de 5 de mayo de 2011, que ha permitido a esta agrupación política concurrir al proceso electoral del pasado mes de mayo. La coalición recurrente en amparo imputó a la Sentencia de 1 de mayo de 2011 de la Sala Especial del Tribunal Supremo, prevista en el art. 61 de la LOPJ, la vulneración del derecho de participación política (art. 23 CE), en relación con la libertad ideológica (art. 16 CE), con la libertad de expresión [art. 20.1.a) CE], con el derecho de asociación (art. 22 CE) y con los arts. 10 y 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y el art. 3 del Protocolo núm. 1 del citado Convenio, al haberle privado de la presentación de sus candidaturas a las citadas convocatorias electorales. Como acertadamente le recuerda el Abogado del Estado, el TC declara, en este punto, que no le corresponde al conocer del recurso de amparo «examinar la observancia o inobservancia, *per se*, de textos internacionales que obliguen a España en materia de derechos humanos, sino comprobar el respeto o la infracción de los preceptos constitucionales que reconocen los derechos fundamentales y libertades públicas susceptibles de amparo constitucional (arts. 53.2 CE y 41.1 LOTC), sin perjuicio de que, por mandato del art. 10.2 CE, deben ser interpretados tales preceptos de conformidad con la Declaración universal de derechos humanos y tratados y acuerdos internacionales sobre la materia ratificados por España» (FJ 2). Conviene reseñar, sin embargo, que la fundamentación jurídica de esta sentencia carece de una perspectiva jurídica-internacional, aun cuando el Abogado del Estado había invocado, en reiteradas ocasiones, la doctrina emanada de la Sentencia del TEDH de 30 de junio de 2009, asunto *Herri Batasuna y Batasuna c. España*, en la que se rechaza que «el Estado deba esperar a que se consuma el riesgo que para el sistema democrático representa la continuidad de la actividad de un partido ilegal y disuelto para que pueda adoptar medidas legales dirigidas a preservar dicho sistema». Esta misma doctrina sí es invocada, en cambio, por el Magistrado don Manuel Aragón Reyes al formular su voto particular discrepante con el fallo, que contiene, asimismo, una exhortación general al aval que el Tribunal

de Estrasburgo ha concedido a las restricciones legítimas del sufragio pasivo, siempre que sean adecuadas y proporcionadas al fin que se pretende (FJ 3).

Eva Díez PERALTA  
 Universidad de Almería

#### 6.4. Art. 10.2 CE. Derecho de los padres a garantizar la educación y enseñanza de sus hijos y la escolarización obligatoria

**Sentencia del Tribunal Constitucional 133/2010 (Sala 1.<sup>a</sup>), de 2 de diciembre de 2010 (BOE núm. 4, de 5 de enero de 2011).** Ponente: Ilma. Sra. Dña. María Emilia Casas Baamonde.

a) *Es cierto, por un lado, que el art. 26.3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoce genéricamente el «derecho preferente» de los padres a «escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos», pero esta formulación no debe entenderse en el marco del art. 26 de la Declaración como un derecho general del cual el derecho reconocido en nuestro art. 27.3 CE operaría como especie, sino como una formulación genérica de este último que, por lo demás, ha de interpretarse sistemáticamente en relación con el art. 26.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que dispone que la «instrucción elemental será obligatoria».*

b) *La conclusión acerca del alcance del art. 27 CE alcanzada en el fundamento jurídico anterior se corresponde con una interpretación sistemática de este precepto en relación con otros instrumentos internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo art. 18.4 reconoce «la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones», o el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cuyo art. 13.3 reconoce el derecho de los padres o tutores a «escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas [...] y hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones».*

c) *A la misma conclusión se llega en atención al art. 2 del Protocolo adicional al Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH), que reconoce el derecho de los padres a asegurar que la educación y enseñanza de sus hijos resulte «conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas», sin que, de acuerdo con su interpretación por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, éstas puedan amparar cualquier consideración independientemente de cuál sea su naturaleza (cfr., entre otros, caso Kjeldsen, Sentencia de 7 de diciembre de 1976).*

d) *Finalmente, a pesar de que en su art. 14 la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea reconoce el «derecho de los padres a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas», esta última precisión debe entenderse referida a aquellas opciones pedagógicas que resulten de convicciones de tipo religioso o filosófico, puesto que el art. 14 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea «se inspira tanto en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como en el artículo 2 del Protocolo Adicional al CEDH», sin que la referencia a las convicciones pedagógicas se encuentre entre las ampliaciones de este último precepto reconocidas en las explicaciones elaboradas bajo la autoridad del Praesidium de la Convención que redactó la Carta y actualizadas bajo la responsabilidad del Praesidium de la Convención Europea, y que, conforme establece la propia Carta el preámbulo y en su art. 52.7, han de servir a una interpretación genética de los derechos por ella reconocidos.*

**Nota:** 1. La presente sentencia desestima un recurso de amparo fundado en la objeción de los recurrentes a la escolarización básica obligatoria de sus hijos (art. 27.4 CE), que plantean como alternativa la enseñanza en el propio domicilio («*homeschooling*») fundamentada en el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral más acorde con sus convicciones (art. 27.3 CE). Resulta destacable y acertada la prolija cita de instrumentos internacionales que realiza el TC en este asunto, ya que precisamente el art. 10.2 CE fue introducido pensando en las posibilidades que brindaría el nuevo art. 27 CE. En este sentido el TC realiza una ordenación de los instrumentos según su grado de autoridad: comenzando por la DUDH que origina la denominada «Carta Internacional de los Derechos Humanos» y que recibe mención expresa en el art. 10.2 CE; continúa con el PIDCP y el PIDESC que completan dicha Carta en el plano universal general; y a continuación pasa al ámbito regional europeo con invocación del CEDH y de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (refiriéndose al origen de su art. 14 tanto en el CEDH como en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros). La Carta de Derechos Fundamentales de la UE complementa la redacción del art. 27.3 CE abordando expresamente la cuestión de las opciones pedagógicas de los padres que resulten de sus convicciones filosóficas. El TC no precisa con qué fuerza jurídica invoca en el presente supuesto la disposición de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: si se trata de un criterio hermenéutico empleado con carácter acumulativo o si, por el contrario, la Carta es empleada con toda su fuerza jurídica vinculante derivada del art. 6.1 TUE. En este último caso y de acuerdo con su disposición horizontal (art. 51 CDFUE), la hipotética condición de nacional de otro Estado miembro de alguno de los recurrentes podría dar lugar a buscar una conexión sustantiva con el ordenamiento jurídico de la Unión Europea que hiciera plausible esta plena aplicación de la Carta. El TC obvia esta problemática, y por medio del art. 52.7 CDFUE se remite a su interpretación conforme a las explicaciones elaboradas por el *Praesidium* de la Convención que redactó la Carta; sin referirse a la versión de las mismas publicada en el *DOUE*.

Rafael MARÍN AÍS  
Universidad de Granada