



Tribuna
Programa de espionaje masivo de EE.UU.: no convence a la UE **6**



Doctrina
Gibraltar y la soberanía: una cuestión de matiz **12**

sumario

- **Tribuna**
 La pena de cadena perpetua en el Proyecto de reforma del Código Penal
Manuel CANCIO MELIÁ **1**
- Las explicaciones de EE.UU. sobre el programa de espionaje masivo no convencen a la UE
Redacción **6**
- **Doctrina**
 Gibraltar y la soberanía: una cuestión de matiz
José Antonio TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE **12**
- **Jurisprudencia**
 Aplicación del régimen legal de calificación del concurso en los casos de reapertura de la sección de calificación por incumplimiento del convenio por el concursado **19**
- Vulnerados los derechos fundamentales de los promotores de una manifestación, sancionados por pegar carteles en lugares no autorizados sin que conste su autoría material **19**
- Requisitos para pactar un Convenio Colectivo de Empresa de ámbito estatal **20**

TRIBUNA

LA LEY 7909/2013

La pena de cadena perpetua («prisión permanente revisable») en el Proyecto de reforma del Código Penal

Manuel CANCIO MELIÁ
Catedrático de Derecho penal
Universidad Autónoma de Madrid

Una de las principales novedades del Proyecto de reforma del Código Penal presentado por el Gobierno el pasado día 20 de septiembre es la incorporación al sistema penal español de una pena de prisión de por vida, denominada por el Proyecto «prisión permanente revisable». Este fundamental cambio de rumbo en el elenco de penas —pues carece de todo antecedente en las últimas ocho décadas en España— se prevé para una serie de delitos muy graves, especialmente, para delitos de homicidio cualificados (modificándose en este contexto, ampliándola, la regulación del asesinato). El régimen de la nueva pena se instrumenta mediante un sistema específico de acceso al tercer grado de cumplimiento y a la suspensión de la ejecución del resto de condena.

Tan trascendental cambio se propone sin que el prelegislador haya ofrecido justificación alguna de su necesidad, y vulnera claramente elementos nucleares de los principios constitucionales referidos al ordenamiento penal: el principio de legalidad y el mandato de resocialización, ambos contenidos en el art. 25 CE.

I. ELEMENTOS ESENCIALES DE LA REGULACIÓN PROPUESTA

a) A menos de dos años de la entrada en vigor de la profunda remodelación del Derecho penal español que ha supuesto la LO 5/2010 [y acercándose a la treintena el número de las reformas habidas desde la aprobación del CP 1995 (1)], el nuevo Gobierno sustentado en la mayoría parlamentaria del Parti-

do Popular presentó en octubre del año pasado un nuevo Anteproyecto de reforma del Código penal que incluye importantísimas modificaciones tanto en la Parte General como en la Parte Especial, Anteproyecto que por fin el pasado día 20 de septiembre fue asumido por el Gobierno como Proyecto de Ley. La «principal novedad» (2) de la reforma proyectada está en la introducción de una nueva pena de reclusión a perpetuidad o de por vida, que el prele-



Audiencia Provincial
la sentencia del día
Revocada la condena para el conductor que colisionó por alcance con el vehículo que le precedía y no paró para realizar el parte amistoso
Ponente: Marín Ibáñez, Francisco Manuel **8**

gislador ha denominado «prisión permanente revisable». Para el Ministerio de Justicia, «[c]on la prisión permanente revisable, inédita en nuestro ordenamiento, se proporcionará una respuesta penal más adecuada a ciertos crímenes que causan una especial repulsa social» (3), y supone, en palabras del ministro de Justicia, una «incorporación valiosa y avanzada en nuestra legislación penal» (4). De acuerdo con la Exposición de Motivos del AP, y manteniéndose esta explicación en el Proyecto,

«[l]a necesidad de fortalecer la confianza en la Administración de Justicia hace preciso poner a su disposición un sistema legal que garantice resoluciones judiciales previsibles que, además, sean percibidas en la sociedad como justas. Con esta finalidad, se lleva a cabo una profunda revisión del sistema de consecuencias penales que se articula a través de tres elementos: la incorporación de la prisión permanente revisable, reservada a delitos de excepcional gravedad; el sistema de medidas de seguridad, con ampliación del ámbito de aplicación de la libertad vigilada; y la revisión de la regulación del delito continuado.» (5).

Específicamente, la Exposición de Motivos del Proyecto dice lo siguiente sobre la pena de prisión permanente revisable:

«La prisión permanente revisable, cuya regulación se anuncia, de ningún modo renuncia a la reinserción del penado: una vez cumplida una parte mínima de la condena un Tribunal colegiado deberá valorar nuevamente las circunstancias del penado y del delito cometido y podrá revisar su situación personal. Una revisión judicial periódica de la situación personal del penado no existe en la actualidad ni para las penas máximas de veinticinco, treinta o cuarenta años de prisión, ni para las acumulaciones de condena que pueden llegar a fijar límites incluso superiores. Y justamente lo que determina la inhumanidad de una pena es la falta de un horizonte de libertad que, en la regulación de la prisión permanente revisable, garantiza la existencia de un procedimiento judicial continuado de revisión.

En la prisión permanente revisable, cumplida esa primera parte mínima de la pena, si el Tribunal considera que no concurren los requisitos necesarios para que el penado pueda recuperar la libertad, se fijará un plazo para llevar a cabo una nueva revisión de su situación; y si, por el contrario, el Tribunal valora que cumple los requisitos necesarios para quedar en libertad, se establecerá un plazo de libertad condicional en el que se impondrán condiciones y medidas de control orientadas tanto a garantizar la seguridad de la sociedad, como a asistir al penado en esta fase final de su reinserción social.

La pena de prisión permanente revisable no constituye, por ello, una suerte de “pena definitiva” en la que el Estado se desentiende del penado. Al contrario, se trata de una institución que compatibiliza la existencia de una respuesta penal ajustada a la gravedad de la culpabilidad, con la finalidad de reeducación a la que debe ser orientada la ejecución de las penas de prisión.

Para una valoración de conjunto de la nueva pena se acumulan los adjetivos: es una propuesta innecesaria, político-criminalmente inaceptable y mendaz, jurídico-técnicamente desastrosa e inconstitucional

Se trata, en realidad, de un modelo extendido en el Derecho comparado europeo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado ajustado a la Convención Europea de Derechos Humanos, que ha declarado que cuando la Ley nacional ofrece la posibilidad de revisión de la condena de duración indeterminada con vistas a su conmutación, remisión, terminación o libertad condicional del penado, esto es suficiente para dar satisfacción al art. 3 del Convenio (cfr. SSTEDH 12-2-2008, caso *Kafkaris vs. Chipre*; 3-11-2009, caso *Meixner vs. Alemania*)» (6).

b) La regulación de la prisión permanente revisable se estructura mediante su inclusión en el régimen de penas contenido en el CP, modificando los arts. 36, 70.4, 76.1, 92 y 136 —junto con los concretos delitos de la Parte Especial para los que se prevé su imposición— e incorporando un nuevo art. 78 bis.

Los cambios propuestos estriban en el establecimiento de reglas específicas para la clasificación del penado en el tercer grado penitenciario [fijando un tiempo de cumplimiento de 20 años, si se trata de un homicidio terrorista, o de quince años, en el resto de los casos; art. 36.1 a) y b)], y atribuyendo la competencia a un «Tribunal» que probablemente será el sentenciador, ya que no se especifica a qué tribunal se refiere el texto], límites igualmente específicos para los permisos de salida [de doce años (homicidio terrorista) y ocho años (en los demás casos), art. 36.1 *in fine*] y un régimen excepcional de acceso «por motivos humanitarios y de dignidad personal, valorando especialmente su dificultad para delinquir y escasa peligrosidad, en el caso de penados enfermos con padecimientos incurables», que «deberá ser

autorizad[o] por el Tribunal previo informe del Ministerio Fiscal.» (art. 36.3). Se define la prisión permanente revisable como pena superior en grado a la de prisión de veinte a treinta años (art. 70.4), y se establece un régimen específico de suspensión de la ejecución y la libertad condicional (en la terminología del Proyecto, suspensión de la ejecución del resto de la condena) —es decir, «una especie de compendio de Derecho penitenciario específico para condenados a la pena de prisión permanente revisable» (7)—, mediante remisión a los arts. 92 y 78 bis cuando se trate de un condenado por varios delitos y uno de ellos tenga prevista la prisión permanente revisable [art. 76.1 e)]. El nuevo art. 78 bis establece el régimen de acceso al tercer grado para estos supuestos, fijando plazos mínimos de cumplimiento de 18, 20 y 22 años [respectivamente, para casos de imposición de una pena de prisión permanente revisable más penas que excedan de cinco años (18 años), supuestos de una pena de prisión permanente revisable más penas que sumen un total que exceda quince años (20 años) y casos correspondientes a varios delitos para los que se prevea prisión permanente revisable, art. 78 bis 1 a), b) y c.], así como el régimen para la suspensión de la ejecución del resto de la condena, estableciendo también mínimos de cumplimiento [25 años para los supuestos del art. 78 bis 1 a) y b) y 30 años para los casos del art. 78 bis 1 c)]. Estas normas vienen acompañadas de una regulación aún más específica para los supuestos en los que se trate de delitos terroristas o cometidos en el seno de organizaciones criminales (24 y 32 años, respectivamente, para el tercer grado, y 28 y 32 años, para la suspensión de la ejecución del resto de la condena). El art. 92 del Proyecto prevé el régimen general de la suspensión de la ejecución del resto de la condena, fijando un mínimo de cumplimiento de 25 años [art. 92.1 a)], la necesidad de la clasificación en tercer grado [art. 92.1 b)] y exigiendo un pronóstico favorable de peligrosidad definido en los siguientes términos:

«... que el Tribunal, a la vista de la personalidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito, su conducta durante el cumplimiento de la pena, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas, pueda fundar, previa valoración de los informes de evolución remitidos por el Centro Penitenciario y por aquellos especialistas que el propio Tribunal determine, la existencia de un pronóstico favorable de reinserción social.» [art. 92.1 c)].

El precepto prevé que la decisión sobre la suspensión de la pena de prisión permanente

revisable se tome «...tras un procedimiento oral contradictorio en el que intervendrán el Ministerio Fiscal y el penado, asistido por su abogado.»

Como cabe apreciar sólo con la lectura de este régimen de revisión, la decisión de la suspensión se diseña como una salida prácticamente excepcional, al acumularse una serie de requisitos de difícilísima concurrencia —máxime, tras un período de cumplimiento obligatorio ya muy prolongado— para que se pueda formular por el Tribunal un pronóstico positivo de inocuidad del penado.

Los delitos para los que prevé la aplicación de la pena de prisión permanente revisable el Proyecto, es decir, en palabras del ministerio, «crímenes que causan una especial repulsa social», o «delitos de excepcional gravedad», correspondiendo la nueva pena a la «gravedad de la culpabilidad» son, en primer lugar, algunas modalidades —igualmente, de nueva introducción (art. 140)— del delito de asesinato: «asesinato de menores de dieciséis años o de personas especialmente vulnerables; asesinatos subsiguientes a un delito contra la libertad sexual; asesinatos cometidos en el seno de una organización criminal; y asesinatos reiterados o cometidos en serie» (8), así como para el homicidio del Rey o del Príncipe heredero de la Corona (art. 485.1), el homicidio terrorista (art. 572.2), el homicidio en territorio español de un jefe de Estado extranjero u otra persona internacionalmente protegida por un tratado (art. 605.1) y el homicidio, la agresión sexual o las lesiones graves en el marco de delitos de genocidio (art. 607) o el homicidio en el ámbito de los delitos de lesa humanidad (art. 607 bis).

c) De este modo, el Proyecto propone introducir una pena que no es desconocida en la historia legislativa penal española, pero cuya memoria se pierde ya en la historia, ya que no se había incluido en ninguno de los Códigos penales instaurados a lo largo del siglo XX: fue abolida durante la dictadura del General Primo de Rivera al aprobar el Código de 1928, llamado decreto gubernativo, y no se volvió a incorporar ni en el CP 1932, ni durante las modificaciones legislativas habidas durante la dictadura del General Franco (9), ni, desde luego, a partir de 1977. Se trata, por lo tanto, de una propuesta que implica un cambio que sin duda cabe calificar de histórico.

II. BASES PARA UNA VALORACIÓN

Hecha esta somera descripción de los elementos centrales de la pena de prisión permanente revisable en el Proyecto, se trata ahora —a efectos de poder concluir cómo valorar la propuesta legislativa— de reflexionar acerca de a) cuál sería el significado de la introducción de la pena proyectada en el

ordenamiento penal español; b) cómo se ha instrumentado técnico-jurídicamente su regulación, c) y cuál es el fundamento que se aduce para justificar este cambio histórico.

a) Como es sabido, sin conocer hasta el momento penas de prisión a perpetuidad, el Derecho penal español —después de la reforma del año 2003 que modificó los plazos máximos de cumplimiento en caso de concurso de delitos— permite imponer penas que pueden sumar hasta cuarenta años de prisión, con lo que cabe calificarlo a día de hoy de régimen penal más severo de Europa occidental en cuanto a la duración de la pena de prisión ordinaria. Aún así, parece obvio que la nueva pena de prisión permanente revisable supondría un salto cualitativo, puesto que permitiría llegar a penas aún más largas —potencialmente, hasta la muerte del penado en prisión—, y ello —a diferencia de la regulación actual— para los autores de un único hecho. Si a este panorama se suma la introducción de la igualmente proyectada extensión de la libertad vigilada (10) y lo difícil que se presenta la revisión, se observa que el rigor del sistema penal español —compitiendo sólo consigo mismo, *sit venia verbi*— daría un salto muy significativo en cuanto a la extensión máxima de la privación de libertad y control del penado, superando con creces —como es igualmente de público conocimiento, aunque la Exposición de Motivos del Proyecto no mencione esta circunstancia— a los países en Europa que conocen (ante todo formalmente, en cuanto a la denominación) penas de prisión perpetua (11). Cabe afirmar, por tanto, que se trata —por su significado de cambio cualitativo— de una de las decisiones político-criminales más importantes desde el restablecimiento de un sistema jurídico-político de libertades en el año 1977.

b) En lo que se refiere a la técnica legislativa utilizada, en primer lugar, llama muy poderosamente la atención el elevado número de errores materiales y técnico-jurídicos que ha venido presentando la regulación proyectada en sus distintas fases. Sin pretensión de exhaustividad, resulta incomprensible cómo —por ejemplo— se hacía referencia en el art. 140 bis AP, al proponer la reforma del delito de asesinato (introduciendo la libertad vigilada), a los «delitos comprendidos en este Capítulo», cuando desde el CP 1995 —como debe saber cualquier estudiante de grado—, el título dedicado al homicidio y sus formas no conoce ya subdivisión en capítulos: una elocuente muestra del «irritante descuido con el que se ha redactado este Anteproyecto» (12), muestra que finalmente ha sido enmendada en el Proyecto. O cómo se hacía remisión, en el art. 140.2 (al regular el asesinato cuando el reo «hubiera sido condenado por la muerte de más de dos personas») del AP, a «lo dispuesto en los arts. 78.1 b) y

78.2 b)», cuando es evidente que la referencia había de hacerse al art. 78 bis (que sólo es uno, dicho sea de paso), como finalmente se ha advertido al presentar el Proyecto. O que, en uno de los elementos centrales de la regulación de la prisión permanente revisable —art. 78 bis— hubiera hasta tres gruesos errores en la redacción del AP (13), solo advertidos en la última versión aprobada por el Gobierno finalmente: fijar en el art. 78 bis 2 b) (que regula la suspensión de la ejecución del resto de la pena cuando se trata de varios delitos, como antes se ha expuesto) el mismo plazo que para los casos en los que se trata de una sola infracción que conlleva prisión permanente revisable (art. 92); olvidar en el art. 78 bis 3 que el art. 78 CP ya prevé el plazo de 35 años para la suspensión de la ejecución del resto de la condena; prever el mismo plazo de cumplimiento de la pena para la progresión al tercer grado y la suspensión de la ejecución del resto de la pena.

En segundo lugar, en materia tan grave resulta más chocante aún que la desidia técnica la enorme mutabilidad del criterio de los propulsores de la introducción de la pena de prisión permanente revisable. En efecto, las razones de justicia material y de demanda ciudadana definidas en las manifestaciones del Ministerio de Justicia como «especial repulsa social» frente a determinadas infracciones, que requeriría la nueva pena para que ésta «sea percibida como justa» y se «ajuste a la culpabilidad» del autor, no parecen estar muy asentadas en la mente de los promotores de la introducción de la pena —en cuanto pretendidos intérpretes de las supuestas demandas de la ciudadanía—, pues el catálogo de hechos para los que se prevé la nueva pena ha ido cambiando radicalmente en un muy breve plazo de tiempo: mientras que en las enmiendas parlamentarias del Partido Popular encaminadas a su introducción en el año 2010 —con ocasión de la tramitación parlamentaria de la LO 5/2010— se incluían supuestos de asesinato o de homicidio en el contexto de un genocidio (enmiendas 385 y 397), los de homicidio seguido de violación (enmienda 390), homicidio del Rey o de la Reina (enmienda 392) y los casos de homicidio terrorista (enmienda 394) (14), en la primera versión del AP 2012 conocida antes del verano del año pasado, la nueva pena quedaba limitada al delito de homicidio terrorista —habiendo anunciado el propio ministro de Justicia que no se aplicaría más que a los autores de delitos terroristas (15)—, para después del estío pasar al amplio catálogo que se ha referido antes, catálogo que el Proyecto ha mantenido (sin que éste u otros cambios de calado incorporados al texto prelegislativo hayan dado lugar a que el texto se sometiera de nuevo a informe de las instituciones competentes, en un nuevo desprecio a las formas en la tramitación de la presente reforma).

Parece claro, entonces, que no ha habido en este período de dos años un criterio más o menos nítido —o criterio a secas— acerca de dónde perciben los impulsores de la reforma esa «especial repulsa social» a la que aluden como único fundamento de su propuesta.

La falta de criterio en este punto decisivo, sin embargo, se explica con facilidad si se tiene en cuenta lo que realmente ha pasado: que el prelegislador no se ha guiado en absoluto, en completa contradicción con lo que afirma en sus manifestaciones públicas, por lo que podríamos denominar un razonamiento deductivo —de la existencia de una demanda social u otro tipo de necesidad respecto de determinadas infracciones de una reacción penal más severa se llega a la pena de prisión permanente revisable, como parece indicar la parca argumentación al respecto antes transcrita—, sino, por el contrario, por un proceso deductivo: puesto que primero se ha tomado la decisión política de incorporar al Código la prisión a perpetuidad, la cuestión de en qué casos se *necesita* la imposición de la nueva pena es completamente secundaria y puede cambiar —como ha sucedido en 2012— por completo en unos meses (16). Sólo así puede comprenderse tanto titubeo en lo que se afirma que es la razón de ser de la principal pieza de la reforma proyectada.

En tercer lugar, también resulta muy estridente, por burdo, el transparente intento del texto del Anteproyecto de emboscar la nueva pena, de utilizar una técnica legislativa de camuflaje (17): por un lado, se omitió inicialmente la incorporación de la nueva pena al catálogo contenido en el art. 33 —como si se hacía aún en las enmiendas del grupo parlamentario del Partido Popular a la LO 5/2010—, remediándose este sospechoso «olvido» sólo en la última versión del proyecto legislativo aprobada finalmente por el Gobierno. Por otro lado —también, a diferencia de la actitud de hace dos años (18)—, se ha eliminado el adjetivo de «perpetua», dando lugar a la extraña denominación de prisión «permanente» revisable — como si la vida humana no fuera finita, y, por lo tanto, perpetua la pena impuesta de por vida. Y el adjetivo «revisable» debería venir acompañado, como antes se decía, por una precisión clarificadora como «siempre que el camello pase por el ojo de la aguja».

c) Sin embargo, a pesar de todo lo dicho hasta ahora —que es bastante—, lo que más sorprende es, sin duda, que el prelegislador se permita proponer tan trascendente modificación de nuestro sistema penal sin ofrecer explicación positiva alguna del por qué de la introducción de la nueva pena (19) — más allá de las genéricas, brevísimas y frívolas alusiones a una supuesta «percepción de justicia» antes transcritas, percepción-veleta —como acabamos de ver— dependiente al parecer de la época del año.

Lo único que se encuentra en la Exposición de Motivos —como antes se ha transcrito— son dos argumentos defensivos —evocando inmediatamente el adagio *excusatio non petita*...— que parecen querer anticiparse a la tacha de inconstitucionalidad que pudiera formularse: por un lado, la alegación de que la pena de cadena perpetua está presente con toda normalidad en muchos países de nuestro entorno europeo, habiendo sido admitida por el TEDH como compatible con el art. 3 Convención Europea de Derechos Humanos; por otro, que el Derecho penal español vigente hoy incorporaría —mediante los límites de cumplimiento ampliados a iniciativa del anterior gobierno del Partido Popular y el cumplimiento sucesivo de penas de prisión— supuestos de dureza superior a la que comporta la prisión permanente revisable.

Como es sabido —y debería ser sabido también por los agentes políticos responsables de la reforma— un elemento estructural del Derecho penal moderno, surgido del nuevo Estado que trajo la Revolución francesa, es lo que cabe denominar —como ha hecho *Mir Puig*— el principio de necesidad de la intervención penal (20). Este principio general, desglosado en diversos principios que definen las dimensiones de lesividad social del delito (del hecho, de exclusiva protección de bienes jurídicos, de proporcionalidad) traduce en el sistema jurídico la convicción básica de un Estado de Derecho de que sólo la pena necesaria, sólo la pena socialmente útil, puede ser justa. En consecuencia, la primera obligación de una política criminal legítima está en explicar a la ciudadanía en general y a los representantes de la soberanía popular en particular los motivos que animan a los impulsores de toda ampliación del sistema penal, con mayor razón aún, cuando no se trata de un cambio menor, sino cualitativo.

Sin embargo, como antes se ha dicho, no hay nada más que las brevísimas y genéricas alusiones antes transcritas. Es decir, el Gobierno pretende proceder a este cambio histórico —a revertir la evolución habida en España desde 1928 (!)— sin detenerse en justificarlo de algún modo en la Exposición de Motivos o fuera de ella, sino contentándose con meros eslóganes. Como es obvio, tampoco se toma la molestia el prelegislador de invocar estudio normativo o empírico alguno que avale la necesidad de introducir la nueva pena — siendo España, como es generalmente conocido, uno de los países con una tasa de homicidios más bajas de Europa (21). En definitiva, la proyectada introducción de la nueva pena carece de toda justificación o explicación por el prelegislador.

En efecto, cabe formular esa afirmación porque más allá de la ausencia de fundamentación positiva, los dos argumentos de *defensa preventiva* para explicar la nueva pena que

ofrece el Proyecto no merecen tal denominación. En efecto: en primer lugar, es obvio que el hecho de que la situación existente en el actual Derecho penal español —que es también responsabilidad del Partido Popular, como es sabido— genere situaciones en las que —como parece deducirse también de las palabras del propio prelegislador antes reproducidas— la ejecución de la pena resulta inhumana no es un argumento para sumar inhumanidad a inhumanidad, además de que, como se ha expuesto antes, la pena de por vida supone un *salto cualitativo*, al permitir su imposición por un único hecho y hasta la muerte del penado, sólo evitable mediante un régimen de revisión extraordinariamente difícil de superar. En segundo lugar, la invocación del Derecho penal europeo comparado es (y sin entrar aquí en la discutible invocación de la jurisprudencia del TEDH), por un lado, una cruda apelación al papanatismo —¿o es que algo es bueno y justo sólo porque lo hagan en Alemania?—, y, por otro, oculta que los términos de revisión de los regímenes europeos son mucho más restrictivos que los que aquí se proponen, con penas de extensión real mucho más reducida (22). Y finalmente, el «argumento» comparado deviene en trampa si se oculta la diferente situación existente en cuanto a la evolución en España y en los países aludidos: los ordenamientos europeos a los que se refiere el Proyecto vienen reduciendo una pena tradicional en sus ordenamientos (y que en muchas ocasiones sustituyó a la de muerte), restringiendo su alcance, hasta que de la reclusión perpetua o de por vida queda hoy poco más que el nombre. Ningún país europeo de los mencionados ha *introducido* la pena de prisión perpetua en las últimas décadas. España, por lo tanto, irá en dirección contraria a la evolución en nuestro entorno si introduce esta pena. Y a esto ha de añadirse que en el caso de España, debido a nuestra triste historia constitucional en el siglo XX, tuvimos oportunidad de tomar una decisión sobre esta pena más tarde que los demás países de nuestro entorno, ninguno de los cuales llegó hasta el año 1977 con una dictadura. Así, cabe estimar que uno de los elementos del consenso constitucional tantas veces invocado en esta época como sacrosanto en otros muchos ámbitos —y precisa y machaconamente por los agentes políticos que sustentan el Proyecto— incluyó renunciar en 1978 a la pena de cadena perpetua, un consenso constitucional que se expresa en el mandato de reinserción social contemplado en el art. 25.2 CE y que los impulsores del Proyecto tratan con una ligereza sorprendente.

III. CONCLUSIÓN

Lo primero que ha de concluirse es que por lo visto en la Exposición de Motivos y fuera

de ella, parece ser la firme voluntad de los impulsores de la implantación de la cadena perpetua eludir por completo el debate en torno a las razones que puede haber para introducir la nueva pena. Sólo así se explica que la «fundamentación» aportada por el prelegislador para un cambio normativo tan relevante no pase de dos frases huecas. Ante esta situación, y teniendo en cuenta que no es, desde luego, la existencia de una necesidad preventiva o de demanda social la que pueda advertirse para la reforma —de hecho, como se ha indicado, el Partido Popular ha sustentado tres versiones muy distintas de cuáles son los delitos que *necesitan* de la implantación de esta pena en un plazo de dos años—, la única conclusión posible parece ser la antes propuesta: se tomó la decisión de plantear la introducción de la pena de prisión perpetua primero, y luego se ha ido pensando a qué infracciones aplicarla. Este proceder sólo se explica en términos de la tan frecuente utilización política del Derecho penal conocida como uso de un Derecho penal exclusivamente simbólico o, en el ámbito anglosajón, populismo punitivo. Los agentes políticos que impulsan la reforma no pretenden, en realidad, perseguir ningún objetivo propiamente jurídico-penal, sino quieren obtener la rentabilidad política que piensan alcanzar en una determinada parte de la ciudadanía simplemente por ganarse el título de *duros* con el crimen. Un esquema que no por conocido y repetido constan-

temente desde 1995 por diversas fuerzas políticas deja de emplearse, habiendo convertido amplios sectores del Derecho penal vigente en España en un «Derecho penal» del enemigo (23): en efecto, el coste no sólo se repercute sobre los principios propios de un Estado de Derecho, sino que también existirán costes de contaminación concretos en la regulación del Código como cabe observar en las nuevas y tan discutibles modalidades de asesinato especialmente agravadas que se pretenden introducir, que han sido ideadas precipitadamente durante el pasado verano de 2012 precisamente para intentar darle un espacio de aplicación a la nueva pena de prisión perpetua (24).

La reforma, por tanto, no puede más que calificarse, más allá de la discrepancia de fondo, de político-criminalmente ilegítima por el desprecio a todo debate parlamentario y público en este ámbito que implica la ausencia de una mínima justificación de la introducción de la nueva pena, contentándose el prelegislador con la repetición de meros eslóganes o peticiones de principio, sin mayor argumentación o estudio, como que se trata de una medida «plenamente constitucional», o que incluso la nueva pena, que ningún país europeo ha necesitado introducir *ex novo* en décadas, es «valiosa» o «avanzada». Este tipo de *newspeak orwelliano*, este burdo *marketing* por repetición, no debe sustituir un debate político que merezca tal nombre.

En todo caso, también desde el punto de vista jurídico-material parece claro —la doctrina lo ha señalado con una batería incontenible de argumentos (25)— que el cuadro expuesto debe conducir al juicio de inconstitucionalidad: piénsese que, en una actitud sin precedentes, sólo dos vocales de los que componen el Consejo General del Poder Judicial han expresado la opinión de que esta nueva pena sea acorde con la Constitución en el informe emitido al respecto (26). También desde la perspectiva aquí adoptada parece claro que la nueva pena entra en colisión tanto con el mandato de determinación y certeza del art. 25.1 CE como con el mandato de resocialización, ya que por mucho que haya posibilidades de revisión, seguirá habiendo quien —sin poder hacer nada por sí mismo al respecto, como se comprueba mediante la consideración de las normas antes transcritas, y en particular, del nuevo art. 92.1 c), que plantean obstáculos insalvables en la práctica a la revisión— cumpla una pena de por vida, lo que no parece compatible con lo dispuesto en el art. 25.2 CE.

En síntesis, para una valoración de conjunto de la nueva pena se acumulan los adjetivos: es una propuesta innecesaria, político-criminalmente inaceptable y mendaz, jurídico-técnicamente desastrosa e inconstitucional.

Sólo cabe esperar que este desafuero no se consume. ■

NOTAS

(1) Vid. sólo el elenco y análisis ofrecidos por DÍEZ RIPOLLÉS, en *Boletín Criminológico* 142 (2013), www.boletincriminologico.uma.es/boletines/142.pdf.

(2) Voto particular de los vocales Dorado Picón y Espejel Jorquera al acuerdo mediante el cual se aprueba Informe del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 16.1.2013 sobre el Anteproyecto, pág. 2.

(3) Nota de prensa del ministerio de Justicia sobre el AP de reforma del Código penal, pág. 4, <http://www.mjjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215197775106/Medios/1288777317612/Detalle.html>.

(4) Afirmación hecha por el ministro el pasado día 20 de septiembre en rueda de prensa; http://www.larazon.es/detalle_normal/noticias/369008/espana/gallardon-ve-valiosa-y-avanzada-la-prision#.UkBuM39gWk.

(5) Exposición de Motivos, I. Nótese que siguen siendo «tres elementos», a pesar de la desaparición de la custodia de seguridad inicialmente proyectada.

(6) EM, II.

(7) ACALE SÁNCHEZ, en ÁLVAREZ GARCÍA (ed.) et al., *Estudio crítico del Anteproyecto de reforma*

del Código penal, en prensa para Ed. Tirant lo Blanch, pág. 192.

(8) EM, XI.

(9) Cfr. la exposición en el Informe aprobado por el Pleno del CGPJ el día 16 de enero de 2013, págs. 25 y ss.

(10) Como destaca ACALE SÁNCHEZ, en ÁLVAREZ GARCÍA (ed.) et al., *Estudio*, pág. 188.

(11) Vid. los datos compendiados en el Informe del Pleno del CGPJ, págs. 27 y ss.

(12) Como con razón afirma PEÑARANDA RAMOS, en ÁLVAREZ GARCÍA (ed.) et al., *Estudio*, págs. 504 y s.

(13) Detectados por GONZÁLEZ TASCÓN, en ÁLVAREZ GARCÍA (ed.) et al., *Estudio*, pág. 222.

(14) Cfr. *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Serie A*, núm. 52-9, págs. 173 y s.

(15) Vid., por ejemplo, <http://www.publico.es/espana/429809/la-prision-permanente-revisable-solo-se-aplicara-a-delitos-de-terrorismo>.

(16) PEÑARANDA RAMOS, en ÁLVAREZ GARCÍA (ed.) et al., *Estudio*, págs. 487 y s., 489 y s.

(17) Cfr. Informe del Pleno del CGPJ, págs. 39 y ss.

(18) BOCG 18 de marzo de 2010, págs. 173 y ss.

(19) Como destaca el Informe del Pleno del CGPJ, pág. 43.

(20) Cfr. CANCIO MELIÁ, en LASCURAIN SÁNCHEZ (coord.), *Introducción al Derecho penal*, 2011, págs. 81 y ss.

(21) Vid. las referencias en el Informe del Pleno del CGPJ, págs. 43 y s.

(22) Informe del Pleno del CGPJ, págs. 27 y ss.

(23) Vid. CANCIO MELIÁ, «De nuevo: ¿'Derecho penal» del enemigo?», en CANCIO MELIÁ y GÓMEZ-JARA DÍEZ (coord.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. 1, 2006, págs. 341 y ss.

(24) Cfr. PEÑARANDA RAMOS, en ÁLVAREZ GARCÍA (ed.) et al., *Estudio*, págs. 487 y s., 491, 498 y ss.

(25) Vid. por todos CUERDA RIEZU, *La cadena perpetua y las penas muy largas de prisión: por qué son inconstitucionales*, 2011, con ulteriores referencias.

(26) El Informe aprobado por el Pleno cuestiona la constitucionalidad de la pena en relación al art. 25.1 CE, mientras que un voto particular suscrito por la vocal Uria Etxebarria y otros cinco vocales extiende esa tacha también al art. 25.2 CE; sólo los vocales Dorado Picón y Espejel Jorquera no advirtieron problemas de constitucionalidad en la nueva pena proyectada.



Tribuna

Explicaciones de EE.UU. sobre el programa de espionaje masivo

LA LEY 7910/2013

Las explicaciones de EE.UU. sobre el programa de espionaje masivo no convencen a la UE

Redacción

Varios eurodiputados han planteado la posible suspensión e incluso la ruptura del acuerdo bilateral sobre rastreo de la financiación del terrorismo (TFTP por sus siglas en inglés) tras conocerse que la NSA estadounidense también obtuvo datos sobre las transferencias bancarias de ciudadanos europeos sin su autorización.

Si en verano era el grupo de Autoridades Europeas de Protección de Datos quien anunciaba una valoración sobre el impacto del programa de espionaje masivo de la Agencia Nacional de Seguridad (NSA) de Estados Unidos en la privacidad de los ciudadanos europeos, en otoño es la Comisión Europea la que ha decidido abrir un proceso de consultas en el marco del programa de rastreo de financiación terrorista para exigir aclaraciones a las autoridades estadounidenses sobre el verdadero alcance de las actividades de espionaje masivo respecto de los ciudadanos europeos.

La comisaría europea del Interior, Cecilia Malmström, es la encargada de requerir explicaciones a las autoridades de Estados Unidos tras manifestar que las respuestas obtenidas hasta ahora por el vicesecretario del Departamento del Tesoro estadounidense, David Cohen, a su carta del pasado 12 de septiembre no terminaban de satisfacer a la Comisión.

Para Malmström se trata de un «asunto extremadamente serio», incidiendo en que el acuerdo bilateral con Estados Unidos sobre rastreo de la financiación terrorista fue «controvertido», pero incorporó «salvaguardas muy claras» sobre protección de datos y sobre quién tiene acceso a los datos en el marco de la lucha antiterrorista.

La comisaría ha insistido en que es un «paso formal en caso de disputas» entre las partes

sobre la aplicación del acuerdo y ha destacado que «una decisión de mantener el acuerdo o proponer su suspensión es una cuestión muy seria, por lo que antes de tomar una decisión en este sentido es necesaria «una evaluación objetiva y completa y consultas».

Según ha publicado The New York Times, en los últimos años la NSA ha desarrollado un complejo sistema que permite cruzar información personal para elaborar perfiles capaces de predecir la conducta de los titulares de esos datos

Varios diputados también plantearon la posibilidad de suspender o terminar el acuerdo para el seguimiento de la financiación del terrorismo de la UE-Estados Unidos. En esta línea, Malmström señaló que «si los informes de los medios de comunicación son ciertos esto constituye una violación del acuerdo y una violación del acuerdo puede resultar en la suspensión», y añadió que si la Comisión, tras analizar toda la información, considera

necesario proponer una suspensión, «esto debe ser decidido por mayoría cualificada en el Consejo».

En vista de los acontecimientos, Malmström ha anunciado que decide paralizar por el momento el informe sobre la tercera revisión del funcionamiento del acuerdo bilateral. Pese a que las dos revisiones anteriores «mostraron algunos desafíos iniciales que necesitan mejoras continuamente», no se detectó «ninguna violación del acuerdo ni ningún problema mayor» hasta ahora. La comisaría ha insistido en que necesita «más información detallada» para «estar en posición de juzgar si las obligaciones de la parte estadounidense establecidas en el acuerdo han sido violadas».

La Comisión de Libertades Civiles ya ha dado audiencia a los representantes de las organizaciones de derechos civiles y ha escuchado la declaración del propio Edward Snowden, a través de un abogado que representa a varios denunciantes.

También se había invitado a participar en el proceso de consultas a la sede de comunicaciones del Gobierno británico, para tratar la presunta utilización de software malicioso para atacar los servidores de la empresa de telecomunicaciones belga Belgacom, que declinó formar parte de la audiencia. Altos directivos de dicha empresa de telecomunicaciones no confirmaron ni negaron la certeza de los informes de prensa que apuntan a los servicios de inteligencia del Reino Unido como autores del ataque.

Las reacciones a la utilización del programa de espionaje masivo por parte de la NSA también llegan de otras partes del mundo. Recientemente, era la propia presidenta de Brasil, Dilma Rousseff, quien aprovechaba su intervención ante la Asamblea General de Naciones Unidas para denunciar estas prácticas de espionaje internacional, que definición como un atentado a la «soberanía de los Estados» y a la «libertad de expresión» y como una «violación de los derechos humanos», y proponer una regulación que asegure un mayor control del uso de Internet para evitar este tipo de actividades de vigilancia.

Según ha publicado The New York Times, en los últimos años la NSA ha desarrollado un complejo sistema que permite cruzar información personal procedente de llamadas telefónicas, correos electrónicos, geolocalización, perfiles de redes sociales o datos bancarios, para elaborar perfiles capaces de predecir la conducta de los titulares de esos datos. ■

HP recomienda Windows.

Make it matter.



Actualiza tu despacho.

HP ElitePad 900, el tablet pensado para los despachos profesionales

Y otros equipos profesionales con Microsoft Office 365 preparados para enlazar documentos con contenidos de laleydigital.es mediante INTEGRA.



HP ProBook 450



HP ElitePad 900



HP Pro 3520 AiO

Hasta 35% descuento

Llámanos y te ayudaremos con una solución a tu medida: **902 234 468**

Consulta las promociones exclusivas para el colectivo de abogados en hp.es/despachos

© Copyright 2013 Hewlett-Packard Development Company, L.P. La información contenida en este documento está sujeta a cambios sin previo aviso. Las únicas garantías de los servicios y productos de HP se establecen en las declaraciones de garantía explícita que acompañan a dichos servicios y productos. Ninguna parte del presente documento deberá interpretarse como garantía adicional. HP no se hace responsable de las omisiones o errores técnicos o editoriales aquí contenidos. Microsoft, Windows y Windows Mobile son marcas registradas de Microsoft Corporation en Estados Unidos y en otros países. Todos los demás nombres se indican a título informativo únicamente y pueden ser marcas comerciales de sus respectivos propietarios.


 Audiencia Provincial

la sentencia del día

AP Burgos, Secc. 1ª, S 363/2013, 4 Sep.

Ponente: Marín Ibáñez, Francisco Manuel

LA LEY 137170/2013


 Consulte los textos íntegros en
 www.diariolaley.es

Revocada la condena para el conductor que colisionó por alcance con el vehículo que le precedía y no paró para realizar el parte amistoso

Para configurar la imprudencia penal frente a la negligencia civil, aparte de los elementos comunes a ambas, es imprescindible la concurrencia de un factor normativo o externo, representado por la infracción del deber objetivo de cuidado.

El Juzgado de Instrucción nº 1 de Aranda de Duero condenó al acusado por una falta de imprudencia leve con resultado de lesiones y daños derivada del accidente provocado por la colisión del vehículo que conducía contra el que le precedía, en zona urbana, cuando aquél se había detenido ante un semáforo por encontrarse aquél en fase roja. A pesar de golpearle por alcance, de forma leve, con su parte delantera, en la parte central trasera del vehículo de la víctima, continuó su marcha optando por no parar y marcharse del lugar, todo lo cual fue observado por varios testigos que tomaron su matrícula. Como consecuencia del golpe recibido, la víctima sufrió un traumatismo cervical que requirió de tratamiento rehabilitador, y su vehículo sufrió una serie de daños materiales en su paragolpes trasero.

Disconforme el acusado con el fallo de instancia, plantea recurso de apelación, del que conoce la AP Burgos, denunciando vulneración del principio de presunción de inocencia y del principio de intervención mínima del derecho penal.

Respecto a la primera queja, alega el acusado que todos los testigos aprendieron de memoria la matrícula de un Citroen Xantia color gris, pero sin que en ningún momento le reconocieran a él, sin ningún género de dudas, como la persona que conducía dicho vehículo, imposibilitando la prueba de la autoría. No obstante, la Sala descarta esta argumentación y considera que la identificación del turismo causante, por matrícula y marca, es prueba de cargo suficiente, máxime cuando el acusado no aporta prueba de descargo alguna en su favor. Por el contrario, desde su declaración instructora sostuvo que era el conductor habitual del turismo, no justificando en forma alguna que el día y hora de

los hechos fuese conducido por tercera persona. Recuerda la Audiencia que si bien es cierto que el acusado no viene obligado a acreditar mediante una prueba diabólica de hechos negativos su inocencia, no es menos cierto que deberá soportar las consecuencias negativas derivadas de su inactividad probatoria o de la falsedad de sus coartadas; la defensa no debe limitarse a adoptar un posicionamiento meramente pasivo o de mero rechazo de la acusación, sino que debe intervenir activamente en relación a la acreditación de aquéllos hechos que pueden favorecer sus pretensiones.

El segundo motivo de impugnación, referido a la existencia de una mera infracción civil por culpa extracontractual o aquiliana y no de una penal por negligencia leve, sí es acogido por la Sala, redundando en la revocación de la sentencia de instancia y el dictado de nuevo fallo absolutorio.

Explica la Sala que para configurar la imprudencia penal frente a la negligencia civil, aparte de los elementos comunes a ambas (acción u omisión voluntaria pero no dolosa, daño, nexo causal y falta de previsión debida), es imprescindible la concurrencia de un factor normativo o externo, representado por la infracción del deber objetivo de cuidado. Por otro lado, que las infracciones culposas se distinguen entre sí por la intensidad y relevancia de la previsión y diligencia dejada de observar, bajo cuyo criterio el CP tipifica y sanciona dos modalidades, la grave o temeraria y la leve o constitutiva de simple falta, suponiendo ésta última una conducta ligera y de imprevisión venial, por falta de atención bastante.

Recuerda que es mayoritaria la posición de nuestras Audiencias Provinciales de considerar a las colisiones por alcance con resultado de lesiones hechos despenalizados cuando se trate de accidentes acaecidos en zonas urbanas, circulando los vehículos intervinientes a escasa velocidad y deberse la colisión a ligeras desatenciones o despistes que no justifican la actuación del reproche penal. Se considera en tal caso que, ni la infracción del deber de cuidado, ni la imprudencia tienen entidad suficiente para rebasar el ámbito de la culpa civil extracontractual a que se refiere el art. 1902 Cc.

Y en el caso, el accidente se acomoda, ciertamente, a tales criterios. La colisión se produce en el casco urbano de Burgos y a escasa velocidad. Es claro que la colisión fue provocada por la falta de atención en la conducción del denunciado, pero por la escasa entidad de lo acontecido, como lo demuestran los daños mínimos habidos en el turismo del denunciante y nulos en el vehículo del denunciado, y el hecho reconocido por el denunciante de que se bajase para extender el parte amistoso de accidentes sin intención de interponer denuncia alguna -hasta que el acusado pasó de largo-, determina la atipicidad penal de la imprudencia, debiendo dilucidarse las responsabilidades civiles por lesiones y daños ante la jurisdicción civil ordinaria mediante el ejercicio de las acciones civiles que a los perjudicados correspondan, y ello en virtud del principio de intervención mínima y el carácter fragmentario y subsidiario del derecho penal, que debe reservarse para los ataques más graves contra la seguridad del tráfico.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

(...)

TERCERO. - Como segundo argumento impugnatorio, la parte apelante sostiene que "en aplicación del principio de intervención mínima que rige en la jurisdicción en la que nos encontramos, debe procederse a la absolución del denunciado (...) el vehículo que supuestamente conducía el denunciado no tuvo ningún daño a consecuencia del siniestro que se imputa (...) el vehículo del denunciante no tuvo ninguna reparación que afectara a chapa, no hubo hundimiento de la carrocería, sino exclusivamente el cambio del paragolpes trasero porque tenía una raja (...) el golpe fue de una entidad totalmente mínima, no susceptible de poder causar lesiones". Así lo informó el perito comparecido al acto del Juicio Oral, perito que lo fue de ambos vehículos, tanto el conducido por el denunciante como el pilotado por el denunciado.

Al respecto del motivo alegado, esta Sala tiene declarado (desde las sentencias de 6 de Marzo y 2 de Septiembre de 2.002 y auto de 8 de Julio de 2.002) que los hechos ilícitos de los que se derivan la muerte o lesiones de personas plantean un importante problema, especialmente cuando los mismos se producen por imprudencia o negligencia, dado que pueden dar lugar no solo a una infracción civil por culpa extracontractual o aquiliana, sino también a una penal por negligencia leve, puesto que si ésta hubiera sido grave el problema se resuelve por sí mismo, porque lo normal es residenciar el hecho, por lo general en el ámbito penal.

La cuestión, pues, no es otra que la relativa a determinar donde concluye o termina la imprudencia penal para entrar en el campo de la civil y si, el presente caso, puede quedar encuadrado en uno u otro tipo de negligencia o en ninguno. Planteado así el tema estimamos que, encontrándonos en estos momentos en un proceso penal, lo que hemos de definir son las líneas abstractas, difusas y siempre de muy difícil delimitación para la calificación de una conducta negligente o imprudente como típica y penalmente sancionable, y cuando ésta deja de ser encuadrable en este campo para entrar de lleno en el civil. La doctrina acude a diversos matices para configurar una u otra clase de negligencia y así, sin la existencia de un daño resarcible o reparable, de entrada la negligencia civil debe rechazarse, debiendo en ese caso centrar el análisis directamente en si la conducta está o no tipificada como infracción penal; por el contrario, existiendo un daño reparable el campo de la culpa civil es amplísimo y residual, como lo pone de manifiesto la propia redacción del artículo 1.902 del Código Civil al decir "interviniendo culpa o negligencia", expresión que se interpreta en el sentido de abarcar cualquier género de negligencia o imprudencia por nimia o mínima que sea, llegando en ocasiones a integrar la culpa civil, como dicen Albacar y Santos Briz, "el acto de contravenir la norma", quedando solo excluida dicha culpa cuando el agente haya escapado totalmente al control de su conciencia y voluntad. Por el contrario, para configurar la imprudencia penal, aparte de los elementos comunes a ambas, acción u omisión voluntaria pero no dolosa, ni directa ni indirectamente; daño; nexo causal y falta de previsión debida, factor psicológico o subjetivo y eje de la conducta imprudente, en cuanto propiciador del riesgo al marginarse la racional presencia de las consecuencias nocivas de la acción u omisión, siempre previsibles, prevenibles y evitables, es imprescindible la concurrencia de un factor normativo o externo, representado por la infracción del deber objetivo de cuidado, ya traducido en normas convencionales o experienciales, tácitamente aconsejadas y observadas en la vida social en evitación de perjuicios a terceros, ya en normas específicas reguladoras de determinadas actividades que por fuera de su incidencia social han merecido una normativa reglamentaria o de otra índole, en cuyo escrupuloso cumplimiento cifra la comunidad la conjuración del peligro dimanante de las



actividades referidas (sentencias del Tribunal Supremo de 22 de Septiembre de 1.995 y 14 de Febrero de 1.997).

En este mismo sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Febrero de 1.992 viene a precisar que, partiendo de la distinción que de la culpa hace la doctrina científica en grave, leve y levísima, con operatividad ésta última en el área civil y de las dos primeras en el campo penal, nuestra legislación positiva de carácter sancionador, bajo la óptica de la unicidad e igual naturaleza de todas y cada una de las clases o grados de la "imprudencia punible", abarca dentro de la misma la "culpa lata" o temeraria, hoy grave, la de grado medio o simple antirreglamentaria y la simple o infima, hoy las dos últimas agrupadas bajo el nombre de culpa leve.

Desde esta configuración, el citado Tribunal Supremo tiene establecido con uniformidad y reiteración que las infracciones culposas no se distinguen entre sí, a diferencia de lo que ocurre con las dolosas, por su naturaleza específica sino por la intensidad y relevancia de la previsión y diligencias dejadas de observar, bajo cuyo criterio el Código Penal tipifica y sanciona dos modalidades, la grave o temeraria y la leve o constitutiva de simple falta, suponiendo ésta última una conducta ligera y de imprevisión venial, por falta de atención bastante, referida a un deber que cumplir, originándose el mal sobrevenido por el negligente descuido del agente en su quehacer lícito, situándose la diferenciación entre distintas clases de imprudencias punibles en un terreno de circunstancialidad y relativismo ante el caso concreto debatido.

Finalmente, como recoge la ya citada sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Febrero de 1.992 , ante la falta de determinación en nuestro derecho positivo de módulos legales para la mensuración del grado o clase de culpa, el órgano judicial ha de proceder, con ponderación y prudencia a su medida y delimitación, tomando en consideración las circunstancias fácticas de todo orden, subjetivas y objetivas, concurrentes en el supuesto enjuiciado, conjugando tanto los elementos internos de la previsibilidad y de la diligencia con base en el intelecto y en la voluntad, como los extremos que fijan la acomodación que han de tener las conductas humanas del grupo del que forma parte el agente, no olvidando que para dicha delimitación no se puede seguir simplemente el criterio de la ma-

yor o menor intensidad de la previsión ("factor psicológico") o el de la diferente omisión del deber que exige la convivencia humana ("factor normativo"), ya que casos de culpa consciente pueden no ser temerarios si la diligencia se extrema en grado sumo y asimismo supuestos en los que se da la falta de la más elemental diligencia no pueden alcanzar el grado de temeridad porque circunstancias concurrentes a la acción reducen la previsibilidad a un grado menor del que podría contemplarse de no entrar en juego dichas circunstancias. Entre dichas circunstancias se encuentra la acción de la víctima y su previsibilidad.

En el presente caso de las pruebas practicadas en el acto del Juicio Oral se acredita la existencia de culpabilidad o imprudencia por parte del conductor del vehículo Citroen Xantia, matrícula F-....-FQ , Federico , al colisionar por alcance con el vehículo Citroen Xsara, matrícula-KSC que le precede, que está detenido ante el semáforo en rojo que le impide el paso y que es conducido por el denunciante Javier , cuya conducta ninguna influencia tuvo en la producción del accidente. Pero ello no implica que dicha culpa o imprudencia tenga la entidad suficiente como para generar una responsabilidad penal, aún constitutiva de falta, entrando la misma dentro de la conceptualización de imprudencia levisima o aquiliana, es decir generadora de responsabilidad civil exigible ante la jurisdicción civil ordinaria por la vía del artículo 1902 y concordantes del Código Civil .

De las pruebas testificales practicadas se acredita la existencia de un accidente consistente en colisión por alcance entre dos turistas, sin embargo no toda colisión por alcance tiene que revestir necesariamente consideración de imprudencia o culpa penal, siendo mayoritaria la posición de nuestras Audiencias Provinciales de considerar atípica penalmente y susceptible de generar una responsabilidad contractual cuando esta colisión por alcance se produce en vías urbanas y con escasa velocidad. A título de ejemplo se puede señalar la sentencia nº. 350/12 de 8 de Noviembre de la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Madrid "el hecho de que exista un alcance no conlleva de modo necesario e inderogable la existencia de una actitud imprudente merecedora de sanción penal, y en este sentido, puede citarse la jurisprudencia emanada entre otras de la Audiencia Provincial de Murcia, en sentencia de fecha 31 de julio de 2012 , en la que se contiene un extenso estudio sobre dicho particular, con cita de anteriores sentencias del mismo Tribunal, y en el sentido que anteriormente se ha recogido, para concluir que "el límite delimitador entre la culpa leve o levisima, de carácter penal, y la negligencia desencadenante de responsabilidad civil es tenue y de difícil apreciación". En concreto, respecto de las denominadas "colisiones por alcance", se afirma que "esta falta de diligencia no pasa de ser nimia y por tanto ajena al ámbito del Derecho Penal. Y, en concreto, respecto del caso examinado, una colisión por alcance, tras admitir la existencia de "discrepancias en cuanto al grado de consideración de este tipo de culpa", se concluye que "ello es así simplemente porque no es posible fijar un criterio general sino que es necesario atender al caso concreto, fundamentalmente a las circunstancias del tráfico o de la calzada cuando se produce el alcance y la actitud de los propios conductores. Ello lleva a la necesidad valorar, por ejemplo, si la calzada estaba mojada o no, si era de noche o de día, el grado de iluminación de la vía en la que se produce el accidente, la actitud previa del conductor alcanzado, etc. Por ello una colisión por alcance puede ser calificada tanto como imprudencia grave como leve como levisima, sin poder establecer una especie de norma general para este tipo de colisión".

La sentencia nº. 427/12 de 25 de Junio de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de León examina un caso similar al presente. En dicha sentencia se recoge la colisión por alcance de un vehículo que se encuentra parado ante un ceda en disposición de salir e incorporarse a la circulación saliendo de la Nacional VI, resultando con lesiones los ocupantes del vehículo colisionado y siendo absuelto

el conductor del vehículo que colisiona con el que se encuentra detenido ante el ceda el paso. La sentencia citada sostiene que "la pretensión de condena del conductor absuelto que se formula por los apelantes no puede ser acogida pues la sentencia de instancia aplica impecablemente la doctrina de esta Sala viene reiterando a propósito de la distinción entre la culpa leve y la culpa levisima sin relevancia penal, resoluciones de las que son ejemplo, entre otras, el auto 30/9/10 (Rollo de Apelación nº. 204/10); sentencia 9/6/11 (Rollo de Apelación 17/11); sentencia 8/9/11 (Rollo de Apelación 81/11); auto 13/1/11 (Rollo de Apelación 91/11); auto 2/2/12 (Rollo de Apelación 143/11).

En tales resoluciones se ha entendido de modo coincidente que **las colisiones por alcance con resultado de lesiones se consideran hechos despenalizados en aquellos casos en los que concurran las circunstancias de tratarse de accidentes ocurridos en zonas urbanas, circulando los vehículos intervinientes a escasa velocidad y deberse la colisión a ligeras desatenciones o despistes que no justifican la actuación del reproche penal porque hemos considerado que, en tales casos, ni la infracción del deber de cuidado, ni la imprudencia tienen entidad suficiente para rebasar el ámbito de la culpa civil extracontractual a que se refiere el artículo 1902 del Código Civil".** En el mismo sentido la sentencia nº. 204/11 de 9 de Junio de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de León.

La sentencia citada, de 25 de Junio de 2012 , se hace eco de la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 1ª, de 31 de Julio de 2009 , que tras realizar un estudio de la imprudencia penal y su distinción de la civil o aquiliana, concluye diciendo que: "cuando de accidentes de tráfico se trata, la mera circulación de cualquier vehículo determina la existencia de un riesgo, fundamentalmente por el considerable aumento de su uso que ha llevado, sobre todo en las grandes aglomeraciones urbanas, a un relajamiento en la estricta aplicación de las normas de tráfico (distancias de seguridad, circulación con semáforos en ámbar, velocidades mayores a las permitidas, no detener el vehículo ante una señal de stop, o efectuar un ceda al paso cuando debía respetarse la de stop,...), que en buena medida han contribuido, como un efecto pernicioso pero real, a que sea más ágil, máxime en cuanto el correlativo aumento de la seguridad mecánica de los automóviles ha permitido, al tiempo, que surja una mayor confianza en la posibilidad de responder con avidez ante cualquier imprevisto, evitándose con ello un resultado lesivo, de modo que, salvo supuestos de graves negligencias, la inmensa mayoría de los resultados dañosos se deben a leves conductas culposas".

La sentencia nº. 322/12 de 31 de Julio de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Murcia , señala que "en concreto, respecto de las denominadas "colisiones por alcance", resoluciones como la citada sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 2ª, de 8 de Junio de 2009 , como la de esta misma Sección de 2 de Enero de 2006, en un supuesto de este tipo, en el que se imputaba infracción de un deber de previsión relativo a la exigencia de guardar la distancia de seguridad con el vehículo precedente o a ir atento a las incidencias del tráfico, se afirma que "esta falta de diligencia no pasa de ser nimia y por tanto ajena al ámbito del Derecho Penal". En similar sentido, a propósito de accidentes de tráfico, se ha pronunciado esta alzada en las sentencias de Juicio de Faltas de la Sección 1ª de la Audiencia nº. 35, 36 y 37/05, todas ellas de 22 de Febrero (Rollos de Apelación 4/05 , 36/05 y 37/05 , respectivamente), 49/05 de 1 de Marzo (Rollo 121/05); y 93/04 de 1 de Julio (Rollo 359/04), entre muchas otras".

La sentencia nº. 103/09 de 14 de Abril de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Cádiz , indica que "con estos parámetros legales y jurisprudenciales, resulta obvio que la conducta culposa que se atribuye al conductor del vehículo Ford, consistente en una colisión por alcance al no respetar la distancia de seguridad por una ligera

distracción, es atípica penalmente y a lo sumo incardinable en el artículo 1.902 del Código Civil, razón por la cual procede la estimación del recurso de apelación formulado, a partir de los argumentos aquí expresados y la absolución del apelante”.

El accidente que está en el origen de las presentes actuaciones, a juzgar por los términos de la denuncia interpuesta en su día y por las declaraciones de los testigos antes mencionados, se acomoda, ciertamente, a los criterios que dejamos adelantados como expresivos de la exclusión del significado delictivo en la clase de accidente a que nos venimos refiriendo, pues se produce una colisión por alcance cuando el semáforo ante el que se encuentra el denunciante se encuentra en fase roja y éste ante él detenido. En ese momento llega el vehículo del denunciado que no llega a detener totalmente su turismo y colisiona por alcance levemente con el turismo del denunciante. La colisión, pues, se produce en el casco urbano de Burgos y a escasa velocidad como se demuestra por los daños mínimos habidos en el turismo del denunciante (informe pericial obrante al folio 27) y nulos en el vehículo del denunciado. En el acto del Juicio Oral comparece el perito Jerónimo (momentos 30:35 y siguientes de la grabación V1-M4 en DVD. del Juicio Oral que como acta audiovisual del mismo se incorpora a las actuaciones) y nos dice que se sustituyó el paragolpes trasero del Citroen Xsara porque estaba rajado, sin apreciarse impacto o golpe, mientras que el Citroen Xantia no apreció la existencia de daño alguno, siendo los rozones que presentaba propios de maniobras de aparcamiento, concluyendo la escasa entidad del golpe recibido por colisión.

Es clara que la colisión fue provocada por la falta de atención en la conducción del denunciado que le impidió apercibirse de la detención del turismo que le precedía la denunciada, pero por la escasa entidad de lo acontecido, como lo demuestra el hecho reconocido por el denunciante de que se bajase para extender el parte amistoso de accidentes sin intención de interponer denuncia alguna, determina la atipicidad penal de la imprudencia, debiendo dilucidarse las responsabilidades civiles por lesiones y daños ante la jurisdicción civil ordinaria mediante el ejercicio de las acciones civiles que a los perjudicados correspondan (artículo 1.902 y siguientes del Código Civil) y ello en virtud del principio de intervención mínima y el carácter fragmentario y subsidiario del derecho penal, reservándose el derecho penal únicamente para los ataques más graves contra la seguridad del tráfico. El principio de intervención mínima implica que la sanción penal sólo deberá utilizarse para resolver conflictos cuando sea imprescindible (sentencia del Tribunal Supremo nº. 49/10 de 4 de Febrero) y no pueda restablecerse la paz social ó atenderse a los intereses individuales por medio de otros sectores del ordenamiento jurídico no punitivos.

Por lo indicado procede estimar el recurso de apelación interpuesto y ahora objeto de examen, revocando la sentencia dictada en primera instancia y absolviendo a Federico de la falta de imprudencia con resultado de daños objeto de acusación y reservando las acciones civiles a los perjudicados para su ejercicio ante la jurisdicción civil ordinaria (...)

Excelencia comercial jurídica



→ ¿Cómo multiplicar la cartera de clientes en asesorías y despachos jurídicos?

Con más de 12 años dedicados a la investigación y aplicación de modelos comerciales a nivel nacional e internacional, y trabajar con los más prestigiosos despachos de Europa, **Marcos González de La-Hoz**, escribe esta obra. Un riguroso análisis de la situación comercial por la que pasan las asesorías y despachos jurídicos que aborda el reto de generar un modelo comercial para maximizar la captación de nuevos clientes.

→ La estructura del libro se forma mediante TRES simples preguntas:

- ¿Cuál es la situación comercial actual para las asesorías y despachos jurídicos?
- ¿Por qué se encuentran en dicha situación?
- ¿Qué deben hacer para multiplicar su excelencia comercial?

Páginas: 176 / Encuadernación: Rústica / ISBN: 978-84-9020-108-4

AUTOR: **Marcos González de La-Hoz**

**AHORA
POR SÓLO
19,23 € + IVA**

 **LA LEY**
grupo Wolters Kluwer

ADQUIERA HOY MISMO SU EJEMPLAR:

Servicio de Atención al Cliente:

902 250 500 tel. / e-mail:clientes@es / www.laley.es

O bien en nuestra tienda en internet: <http://tienda.laley.es>

Wolters Kluwer. When you have to be right



Doctrina

Gibraltar y la soberanía:
una cuestión de matiz

LA LEY 7688/2013

Gibraltar y la soberanía: una cuestión de matiz

José Antonio TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE (1)

Profesor titular de Derecho Internacional Público y Privado jubilado en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid y ex secretario general de dicha Universidad

El leit motiv de este artículo es la nueva crisis diplomática que se ha producido entre España y Gran Bretaña, en julio de 2013, al decidir las autoridades de la colonia el lanzamiento, en aguas de la bahía de Algeciras, de diversos bloques de hormigón que dificultan el ejercicio del derecho de pesca a los pesqueros españoles que faenan habitualmente en la zona. Estos hechos coinciden con el tercer centenario del Tratado de Utrecht, celebrado entre las coronas de España y Gran Bretaña el 13 de julio de 1713, por el que España transfiere la propiedad de Gibraltar, en términos muy precisos y específicos, a la corona británica. Una vez más se suscita la cuestión de la soberanía, en relación a la cual el autor analiza detenidamente los aspectos semánticos del art. 10 del citado texto convencional y su significado jurídico, poniendo de relieve una interpretación que ya estaba contenida en el Libro Rojo español publicado en la década de los años sesenta del pasado siglo, y que parece haber sido olvidada pero que presenta un valor fundamental a los efectos de una correcta calificación de la situación jurídico-internacional de Gibraltar.

I. ORIGEN DE LA NUEVA CRISIS DIPLOMÁTICA

Coincidiendo con el tercer centenario del Tratado anglo-español de Paz y Amistad, celebrado en Utrecht, el 13 de julio de 1713, tras la adopción el 27 de marzo anterior de los Preliminares de Paz, por el que Gibraltar pasa a manos británicas al ser ocupado, el 4 de agosto de 1704, por una flota anglo-holandesa en la Guerra de Sucesión española (2), se produce, por enésima vez, un nuevo conflicto diplomático entre España y Gran Bretaña sobre la colonia británica, sin que hasta ahora se haya progresado en el camino hacia la descolonización que, hace ya mucho tiempo, tendría que haberse producido. En esta ocasión la causa de la crisis radica en el constante hostigamiento a que son sometidos los pesqueros de pabellón español que faenan en la zona, por parte de la policía gibraltareña, y en la decisión del Gobierno de Fabian Picardo, de poner en práctica un plan, tras un estudio realizado en febrero de 2013, de lanzamiento en la bahía de Algeciras (3),

sobre el arrecife que dicho Gobierno denomina «Arrecife Noroeste», setenta bloques de hormigón C40 de dos toneladas, con barras de acero de cinco centímetros de espesor que sobresalen medio metro, con objeto de disuadir a los pescadores españoles el uso de redes sobre el arrecife, lo que efectivamente tuvo lugar, como una primera fase, los días 24 y 25 de julio del año en curso. La pesca en estas aguas cuenta actualmente con el antecedente del acuerdo firmado, el 22 de mayo de 2012, por Gibraltar y los representantes de las cofradías de pescadores de Algeciras y La Línea de La Concepción, que preveía la formación de un grupo de trabajo conjunto para la mejora de la fauna marina en la bahía de Algeciras. El resultado, hasta ahora, ha sido la elaboración de un informe, de ciento treinta y dos páginas, realizado exclusivamente por los representantes designados por Gibraltar, los consultores británicos Chris Tydeman e Indrani Lutchan, en el que ponen de relieve que la parte española está condicionada por cuestiones políticas, así como por ignorar la legislación gibraltareña, señalando que «ambas partes utilizan los caladeros y las aguas

como un sujeto de disputa de soberanía», y poniendo de relieve que las 3 millas náuticas, que Gibraltar considera corresponden su mar territorial resultan insuficientes, por lo que se recomienda su extensión hasta las 12 millas, límite máximo reconocido para la anchura del mar territorial por el Derecho internacional vigente. En una prevista segunda fase los lanzamientos serían de una red de estructuras huecas de hormigón, con conjuntos de dos bloques y con un peso de doce toneladas (4).

II. SOBERANÍA Y DESCOLONIZACIÓN

Todo esto sucede cuando se ha entrado en la segunda década del siglo XXI, cuando la Organización de las Naciones Unidas ha proclamado a través de la Resolución 1514 (XV) de su Asamblea General, adoptada en su 947.^a sesión plenaria, el 14 de diciembre de 1960, la inexorable necesidad de descolonización de ciertos «países y pueblos» coloniales, y cuando en la Unión Europea uno de sus Estados miembros mantiene una colonia sobre el territorio de otro Estado miembro, a la vista de lo cual la todavía existente colonia de Gibraltar no solamente resulta algo inadmisibles e intolerable, sino también incomprensible. Por las fechas en que se conmemoró el bicentenario de la definitiva devolución a España de la isla de Menorca por Gran Bretaña, en virtud de la paz de Amiens (27 de marzo de 1802), España y el Reino Unido iniciaron la búsqueda de una solución para Gibraltar a través de conversaciones que inmediatamente provocaron ciertas fisuras en el gabinete británico quedando bloqueadas en julio de 2002. Con anterioridad, el conflicto hispano-británico se había agudizado con motivo del fondeo, en mayo de 2000, en el puerto gibraltareño del submarino nuclear *Tireless*, que permaneció allí durante un tiempo considerable para reparar averías. En realidad no era la primera vez que se producía una crisis por la presencia de un submarino nuclear, pues el *Splendid*, del tipo Swiftsure, con cabezas nucleares, permaneció ocho horas, a mediados de abril de 1983, en la zona de la cala de Levante que corresponde inequívocamente a aguas interiores y al mar territorial de España. En 2003 el secretario británico para Asuntos Europeos, Denis MacShane, intentó reavivar las bloqueadas conversaciones pero con unas declaraciones tan desafortunadas, como equivocadas, ya que la soberanía española en el norte de África, es decir, sobre las ciudades autónomas de Ceuta, Melilla, los peñones de Alhucemas y Vélez de la Gomera y el archipiélago de Chafarinas (isla del Rey, isla de Isabel II, e isla del Congreso) en nada jurídicamente se asemeja al caso de Gibraltar. En mayo de 2004, la primera visita a Londres del ministro de Asuntos Exteriores del Gobierno de Rodríguez Zapatero, Miguel Ángel Mora-

OPINIÓN

En el problema, siempre latente, de Gibraltar que se prolonga desde hace tres siglos, con constantes conflictos diplomáticos, de mayor o menos gravedad, y que mantiene la discordia todavía hoy entre dos miembros de la Unión Europea, España y Reino Unido, destacan en particular dos aspectos: el de la soberanía y el de la descolonización. En lo que atañe al primero es absolutamente normal escuchar que España cedió en el Tratado Utrecht, de 13 de julio de 1713, a Gran Bretaña la soberanía, pero la realidad es que se cedió la propiedad sin jurisdicción alguna territorial, según reza el art. 10 del mencionado tratado, lo cual tiene una extraordinaria importancia en el momento de precisar qué es lo que cedió pues ningún Estado puede ser soberano de un territorio sobre el que no puede desplegar la jurisdicción territorial, al ser esta un atributo esencial e indispensable de la soberanía. En consecuencia, de acuerdo a una doctrina internacionalista, cuyo valor está puesto fuera de toda duda, y aunque no exista completa unanimidad en ella, hay que distinguir entre supremacía y soberanía en virtud de lo cual un Estado, en este caso Gran Bretaña, puede ejercer su poder sobre el territorio, correspondiendo la soberanía residual a otro, es decir, a España. Si tuviésemos que comparar la situación con alguna de Derecho interno podría decirse que presenta cierto parecido (lejano, ciertamente) con la figura del arrendamiento (o del usufructo) en el que una parte decide, dispone, despliega sus facultades libremente y disfruta totalmente de la cosa, pero la nuda propiedad corresponde a otra parte. Esta tesis, que debe estimarse correcta, fue mantenida, y parece que inexplicablemente olvidada después, por el libro diplomático español publicado en la década de los años sesenta del pasado siglo (el Libro Rojo), en que España daba a conocer su posición oficial sobre Gibraltar.

Por lo que se refiere a la cuestión de la descolonización, la reiterada e invariable doctrina formulada en las diversas Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas que se han sucedido desde 1966, pone de relieve la condición de «colonia» que tiene Gibraltar (así proclamada por el Reino Unido ¡en 1830!), la de potencia administradora que tiene Gran Bretaña, y que la única vía de descolonización es la retrocesión de la propiedad a España, debiendo resolverse obviamente, entre los Estados interesados, la situación futura de sus habitantes al quedar excluida expresamente en tales Resoluciones la autodeterminación como medio de descolonización del territorio.

tinios, no supuso ningún avance al precisar el ministro británico de Asuntos Exteriores, Jack Straw que cualquier solución, como la de establecer una *cosoberanía*, que fue la fórmula también sugerida por el anterior ministro español de Asuntos Exteriores, Josep Piqué, y sobre la que, por cierto, se llegó a un preacuerdo el 20 de noviembre de 2001, exige la expresa aceptación de los gibraltareños por referéndum, solución que fue rechazada el 7 de noviembre de 2002 por el 98,97% de los habitantes de Gibraltar. Lejos quedaba la Declaración de Bruselas, de 27 de noviembre de 1984, por la que los dos Gobiernos acordaban negociar la *soberanía*. Sin embargo, se olvida que el plebiscito decidido por el Reino Unido que se celebró el 10 de septiembre de 1967, con la participación de observadores representantes de la Comunidad británica, y que arrojó un resultado de 12.138 votos a favor de mantener los vínculos con Gran Bretaña, y 44 a favor de España, fue condenado inmediatamente por el Comité de Descolonización de las Naciones Unidas, ya que ese referéndum contradecía la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 2231/XXI, de 20 de diciembre de 1966, según la cual «queda expresamente excluida la autodeterminación como medio de llevar a cabo el proceso de descolonización específico de Gibraltar», condena que fue reforzada en 1967 por la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 2353/XXII adoptada por 73 votos, contra 19 y 27 abstenciones,

que además pedía a los Gobiernos español y británico la reanudación de conversaciones con la finalidad de «poner fin a la situación colonial existente en Gibraltar».

Nuevamente las relaciones se vieron crispadas por una segunda visita del *Tireless* a la base militar del Peñón, esta vez sin averías y por pocos días. La crisis alcanzó su punto álgido con la visita a Gibraltar, primero de la princesa Ana, y después del ministro de Defensa británico, Hoon, a comienzos de agosto de 2004, coincidiendo ésta con unas declaraciones del Ministro Principal de Gibraltar, Peter Caruana, con motivo de los actos conmemorativos del tercer centenario de la ocupación del Peñón, en los que participó también la fragata británica *Grafton*. La reacción del Gobierno español y la respuesta británica llevaron a Madrid y a Londres a acordar que el contencioso «se ha de discutir de manera calmada y tranquila», según el portavoz del *Foreign Office*.

Desde luego, decir que el problema de Gibraltar debe ser resuelto es algo que, a estas alturas, resulta una repetición innecesaria. Definido Gibraltar por Gran Bretaña como colonia, ya en 1830, fue incluido por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en 1946, en la lista de territorios declarados «no autónomos» y, por tanto, sujeto a descolonización. Consecuencia de ello es la clara, y reiterada, doctrina de Naciones Unidas que

comienza con las dos citadas resoluciones de su Asamblea General, a las que hay que añadir una tercera, también clave, la Resolución 2429/XXIII, de 18 de diciembre de 1968, aprobada por 67 votos a favor, 18 en contra y 34 abstenciones, que insiste a Gran Bretaña «como *potencia administradora* (5), que ponga término a la situación colonial en Gibraltar antes del 1 de octubre de 1969», porque su mantenimiento es contrario a los principios y propósitos enunciados en la Carta de las Naciones Unidas. La respuesta de Gran Bretaña fue la proclamación de un estatuto autónomo para Gibraltar, el 30 de mayo de 1969, que tuvo como reacción española el cierre de la verja de separación que se prolongó desde el 8 de junio siguiente hasta el 14 de diciembre de 1982, amén de la nota de protesta española dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas nueve días más tarde, es decir, el 17 de junio del citado 1969. Como señala, con toda claridad, la profesora Andrés Sáenz de Santamaría en la cuestión relativa a la soberanía «el Reino Unido incumple sistemáticamente su obligación de negociar de buena fe, proclamada por las Naciones Unidas», y tras haberse promulgado la *Gibraltar Constitution Order 2006*, de 14 de diciembre (6), como consecuencia de su aprobación en referéndum de 30 de noviembre anterior, «el Gobierno de Gibraltar pretende haber ejercido ya su presunto derecho de libre determinación», por lo que viene solicitando del Comité de Descolonización de

las Naciones Unidas su retirada de la lista de territorios no autónomos, con el concurso de la potencia administradora, sin embargo, «la decisión que cada año aprueba la Asamblea General invariablemente insta a los Gobiernos español y británico a que lleguen a una solución definitiva del problema a la luz de las resoluciones pertinentes» (7).

Efectivamente, el incumplimiento, por parte británica, de las resoluciones adoptadas por las Naciones Unidas es patente medio siglo después de haberse establecido una inconcusa doctrina sobre descolonización. Ahora bien, de cara a una negociación hispano-británica tendente a solucionar el problema multiseccular, deberían examinarse detenidamente no sólo los aspectos políticos, económicos y militares (geoestratégicos), que indudablemente son de gran interés, pero no en primer término ya que pueden, quizá, ser los árboles que no dejen ver el bosque. Como cuestión previa corresponde en primer lugar resolver la cuestión estrictamente jurídica, es decir, la de la que habitualmente se denomina «soberanía.»

Obsérvese, ya de entrada, que la citada Resolución AG 2429/XXIII (1968) define a Gran Bretaña como *potencia administradora*, lo cual significa que Gibraltar no forma parte del territorio nacional del Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, a diferencia de lo que sucede con el territorio nacional español disperso en el norte de África, el cual nunca ha estado incluido en lista de territorios no autónomos elaborada por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Sí lo estuvieron, en cambio, Fernando Póo y Río Muni (territorios fusionados en 1963 con el nombre de Guinea Ecuatorial), así como Ifni y Sáhara Occidental español. ¿Por qué? Porque pese a que España se esforzó en considerarlos «territorio nacional español», sencillamente no lo era. Y la prueba es que España se retiró de todos ellos (8).

III. ¿STRICTO SENSU QUÉ SE CEDIÓ EN EL TRATADO DE UTRECHT?

Ha sido, y es, habitual escuchar a los políticos, británicos y españoles de cualquier condición, época e ideas, que España pretende recuperar la *soberanía*, pero esta expresión parece inadecuada porque, en mi opinión, debe precisarse que aquí el vocablo *soberanía* no tiene, en este caso, más que un contenido «corriente», pero no *jurídico* que es el relevante. Y así se desprende de un análisis detenido, y desapasionado, del artículo X del citado Tratado de Utrecht, de 13 de julio de 1713.

Uno de los más prestigiosos internacionalistas del siglo XX, el profesor austriaco Alfred VERDROSS escribía, a mediados de la pasa-

da centuria, que: «La soberanía territorial se suele equiparar a la supremacía territorial. La verdad es que estos dos conceptos no son idénticos. Cabe, p. ej., que un Estado posea la soberanía territorial sobre un territorio en el que otro Estado ejerza simultáneamente la supremacía. Así, EE.UU. ejercen la supremacía territorial sobre la zona del canal de Panamá, mientras que la soberanía territorial sigue correspondiendo a la república de Panamá», y añade: «Esta distinción entre soberanía territorial y supremacía territorial es, desde luego, de D.I. común» (9).

Ni España es enemiga de Gran Bretaña ni se pretende ninguna expulsión, sino una reversión que imponen las resoluciones de la ONU, ajustadas al Derecho internacional de la descolonización que hoy rige en el planeta

No se trata obviamente aquí de exponer toda una detallada historia de Gibraltar, y del Tratado de Utrecht, que cuenta con amplia bibliografía, y que puede verse en obras ya clásicas de distintas épocas y lenguas (10), sin contar la multitud de artículos que ven la luz cada vez que las relaciones bilaterales entran en crisis, sino de llamar la atención sobre un punto, a mi entender, crucial. En efecto, la pregunta es esta: ¿qué se cedió en ese tratado a Gran Bretaña? En las tres lenguas en que fue redactado (latín, castellano e inglés) el párrafo primero del artículo X parece muy claro: se cede a Gran Bretaña «la plena y entera *propiedad*... dando la dicha *propiedad* absolutamente para que la tenga y goce con entero derecho y para siempre, sin excepción ni impedimento alguno». Pero resulta que sí se establece, a renglón seguido, una excepción, pues la misma claridad presenta el párrafo segundo en el que se dice que: «... quiere el Rey Católico, y supone que así se ha de entender, que la dicha *propiedad* se ceda a la Gran Bretaña *sin jurisdicción alguna territorial* (11) y sin comunicación alguna abierta con el país circunvecino por parte de tierra...». No obstante, Gran Bretaña de modo unilateral y, en consecuencia, violando este precepto se expandió ilegalmente a costa de España ocupando un terreno no comprendido en el tratado, así el límite de la *propiedad de la Corona*, desde la ocupación de Gibraltar en 1704, y fijado en el citado art. 10, fue modificado con la ocupación de territorio español, expansión que se inicia en 1810, hacia el norte y el oeste hasta 1853, y nuevamente hacia

el norte entre 1854 y 1907, sobre las aguas españolas de la bahía de Algeciras, terreno sobre el que se construyó el aeropuerto en 1938 (12), ampliándose durante la II Guerra Mundial, y un arrecife artificial al final de la pista de aterrizaje en dirección noroeste. Las ocupaciones hacia el norte se detuvieron en 1908, cuya línea es la que se ha mantenido hasta la actualidad.

Aunque hoy haya perdido interés, porque la isla de Menorca volvió a España, el artículo XI de dicho tratado contempló también la cesión a Gran Bretaña de esa isla española y resulta interesante porque en él se dice que el rey católico «...cede también a la corona de la Gran Bretaña toda la isla de Menorca, traspasándola para siempre todo el derecho y *pleno dominio* sobre dicha isla...», y aunque más adelante se diga que se dará a España el primer lugar para redimir «la *posesión y propiedad* de la referida isla», la diferencia entre la fórmula del artículo X y la del artículo XI es notoria: en el caso de Menorca el término *propiedad* incluye en la cesión la *jurisdicción territorial*, puesto que no se excluye expresamente. Pero en el caso de Gibraltar no ocurre así, pues la exclusión es inequívoca. Dicho de otro modo: la cesión de la *propiedad sin limitación alguna* se entiende por Gran Bretaña, naturalmente en interpretación favorable para sí, como cesión de *soberanía*, pero vista la limitación («sin jurisdicción alguna territorial»), la distinta interpretación que impone cada uno de esos preceptos es algo que parece incontrovertible. La doctrina internacionalista siempre ha defendido, y defiende, como no podría ser de otro modo, que la *jurisdicción* es uno de los derechos fundamentales que integran el concepto de la soberanía y atributo esencial de esta noción, y resulta evidente que este derecho fundamental está expresamente excluido en el Tratado de Utrecht, por lo que habrá que necesariamente hay que concluir que lo que en él se cedió a Gran Bretaña, respecto a Gibraltar, fue ciertamente algo, pero algo distinto a la *soberanía*. Se puede citar, por todos, a Pascuale FIORE que sostuvo que: «según el derecho internacional, soberanía territorial consiste en el alto dominio que corresponde al Soberano del territorio ante todos los demás Soberanos; es decir, en el derecho exclusivo de la *auctoritas*, el *imperium*, y la *JURISDICTIO* (13), respecto a todas las regiones que entran en su posesión jurídica. Este derecho no tiene nada de común con el que proviene del derecho de propiedad, porque en sustancia, el Estado no es patrimonio del Soberano, ni mucho menos puede considerarse el territorio como propiedad del Soberano territorial» (14).

Pasando revista a los tratados de la época en los que se ceden territorios, la diferencia de ellos con el de Utrecht es patente, así por ejemplo, en el tratado de Münster (30

de enero de 1648), celebrado más de sesenta años antes que el de Utrecht, se alude a «soberanía y superioridad»; en el tratado de 24 de octubre del mismo año Fernando III y el Imperio ceden a Luis XIV el Pignerol, y le ceden «el derecho de dominio directo y de soberanía»; en fin, en el tratado de Versalles de 9 de marzo de 1701, al cual accedió España, se dice que el Elector «...será soberano, y poseerá en toda propiedad y soberanía, él y sus sucesores los Países Bajos Españoles». Curiosamente el vocablo *soberanía* sobradamente conocido en la época brilla por su ausencia en el articulado del tratado de Utrecht. No parece, pues, que pueda afirmarse sin más que la limitación impuesta en Utrecht a la cesión de Gibraltar carezca de significado, antes al contrario puede sostenerse que lo cedido a Gran Bretaña fue, sí, la *propiedad*, es decir, la *superioridad o supremacía* territorial, pero no la *soberanía*. En el interior de la colonia determinados paneles han sido siempre muy elocuentes, pues dicen lo único que pueden decir: *Crown property*, esto es, *propiedad de la Corona*. Existe, pues, una casi imperceptible cuestión de matiz, pero que es suficientemente importante como para no poner sobre ella todo el peso argumental ya que entre detentar la «soberanía» o la «supremacía» las consecuencias son muy distintas. Este aspecto no pasó desapercibido en el «Libro Rojo» español (15) de 1965, que alude muy específicamente a «la consideración —siempre mantenida por España y en Utrecht libremente aceptada por Inglaterra— de que la fortaleza de Gibraltar, a pesar de ser utilizada por los ingleses, seguía formando parte de un territorio nacional español (16) donde la Religión Católica, sobre la que forjó su unidad del Reino, era la única oficial del mismo. Gibraltar continuó, pues, luego de la ocupación inglesa sujeto a la Diócesis de Cádiz, cuyo Obispo giró a la Plaza visitas pastorales, durante muchos años, con autorización británica» (17). Si esto es así de acuerdo al Tratado de Utrecht, resulta que España continuó siendo Estado soberano de Gibraltar después de 1713, y aun debería recordarse que en el Tratado Preliminar de Paz y amistad hispano-británico, firmado en Madrid el 27 de marzo de 1713, ya citado, en su art. 4 se dice: «que su Majestad británica quedará en posesión de la fortaleza de Gibraltar *sin terreno alguno* (18) y si comunicación por tierra con los otros reinos de España...». Vigente ya la Constitución Española de 1978 el Gobierno español de turno evitó cualquier referencia,

respecto a Gibraltar, a puesto «fronterizo», y decidió la denominación de «control de pasaportes», precisamente para dejar clara la inexistencia de una *frontera internacional*.

La *soberanía*, residual ciertamente, pero a la postre *soberanía*, corresponde, pues, a España. El caso no difiere del de la isla de Okinawa, cuya *residual sovereignty* siguió perteneciendo a Japón en virtud del tratado celebrado entre Estados Unidos de América y Japón. La distinción advertida por VERDROSS pone de relieve que la tesis de que la distinción entre *supremacía* y *soberanía* carece de trascendencia, como afirmara el juez Stelios Sfériadès en su opinión individual unida a la sentencia del Tribunal Permanente de Justicia Internacional, de 18 de octubre de 1937, en el caso de los *faros de Creta y Samos*; o como también sostuvo cierta jurisprudencia interna, como el Tribunal de Distrito de Hawái en su Sentencia de 12 de agosto de 1954, en el caso *U. St. v. Ushi Shiroma*, no puede admitirse como afirmación indiscutible. La trascendencia es aquí importantísima: una cosa es la potestad de realizar actos sobre un territorio por parte de un Estado, y otra muy distinta la atribución de la titularidad de la soberanía.

respecto a Gibraltar, a puesto «fronterizo», y decidió la denominación de «control de pasaportes», precisamente para dejar clara la inexistencia de una *frontera internacional*.

La *soberanía*, residual ciertamente, pero a la postre *soberanía*, corresponde, pues, a España. El caso no difiere del de la isla de Okinawa, cuya *residual sovereignty* siguió perteneciendo a Japón en virtud del tratado celebrado entre Estados Unidos de América y Japón. La distinción advertida por VERDROSS pone de relieve que la tesis de que la distinción entre *supremacía* y *soberanía* carece de trascendencia, como afirmara el juez Stelios Sfériadès en su opinión individual unida a la sentencia del Tribunal Permanente de Justicia Internacional, de 18 de octubre de 1937, en el caso de los *faros de Creta y Samos*; o como también sostuvo cierta jurisprudencia interna, como el Tribunal de Distrito de Hawái en su Sentencia de 12 de agosto de 1954, en el caso *U. St. v. Ushi Shiroma*, no puede admitirse como afirmación indiscutible. La trascendencia es aquí importantísima: una cosa es la potestad de realizar actos sobre un territorio por parte de un Estado, y otra muy distinta la atribución de la titularidad de la soberanía.

laleydigital.es ITER PROCESAL

Actualizado a las últimas reformas de ejecuciones hipotecarias y del alquiler

ENFOQUE TOTALMENTE PRÁCTICO Y MUY FÁCIL DE MANEJAR



Escoja el procedimiento de su interés.



Seleccione el tribunal, rol y fase de recurso.



ITER le muestra gráficamente el procedimiento, la actuación procesal en que se encuentra y los pasos anteriores o posteriores.

En cada actuación procesal indica **plazos**, analiza los **requisitos** a cumplir, ofrece **explicaciones**, advertencias, formularios y comentarios de los autores.

- Más de **2.500 esquemas interactivos** que se construyen en función de la parte procesal que usted tenga en cada caso y de las decisiones de cada parte.
- Cuando existan **varias alternativas procesales**, plantea las preguntas relativas a ese momento e informa de sus efectos, adaptando el esquema inmediatamente.
- Le permite **anticipar consecuencias de las decisiones** que va tomando y desarrolla la estrategia idónea para cada caso.
- Propone los **modelos y formularios** oportunos que el usuario puede directamente rellenar y/o adaptar a su caso concreto.

Y CON LA GARANTÍA DE UN EXTRAORDINARIO EQUIPO DE AUTORES COORDINADOS POR **MANUEL ORTELLS RAMOS**, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Valencia, autor-coordinador del *Proceso Civil Práctico*

JUNTO A ÉL: Alicia Armengot Vilaplana, José Bonet Navarro, Luis-Andrés Cucarella Galiana, María José Mascarell Navarro, José Martín Pastor y Ricardo Juan Sánchez

Siga siempre el mejor camino

La primera guía interactiva de los procesos civiles para controlar eficazmente tanto su actividad como la de sus colaboradores y parte contraria, así como simular su estrategia procesal

INFÓRMESE AHORA

902 250 500 tel.
e-mail: clientes@laley.es
www.laleydigital.es



LA LEY
grupo Wolters Kluwer



En este sentido se pronunció, a mi parecer, muy acertadamente la Sala de lo Civil de nuestro Tribunal Supremo, en su Auto de 20 de febrero de 2001, que denegó el *exequatur* a una sentencia gibraltareña por cuanto si Gran Bretaña carece de *jurisdicción territorial* sobre Gibraltar, de acuerdo al Tratado de Utrecht, no puede admitirse en España una decisión que proviene de un órgano *jurisdiccional* gibraltareño. En concreto el Tribunal Supremo afirmó que «un importante sector de la doctrina científica más autorizada sostiene que la cesión a Gran Bretaña fue puramente territorial, dominical, *sin asunción de soberanía alguna ni*, por tanto, *de sus atributos*», siendo, pues, cuestionable «...la legitimidad del título de soberanía territorial de la que emana el ejercicio de la potestad jurisdiccional» en cuanto a los jueces y Tribunales existentes en Gibraltar.

A la vista de lo hasta aquí expuesto, y en las condiciones existentes hoy, cualquier acuerdo sobre Gibraltar debería ser estudiado por España con sumo detenimiento. La idea que se ha aireado, desde 2002, de un acuerdo de *soberanía compartida* modificaría, a mi entender, el artículo X del Tratado de Utrecht, lo que afectaría, por cierto, a las pretendidas por Gran Bretaña «aguas territoriales», de las que seguidamente me ocuparé, en pugna desde 1723, porque supondría que España daría lo que nunca cedió antes: la *jurisdicción territorial*, con lo que se estaría completando el requisito que falta para hablar de *soberanía*. Es decir, cedería efectivamente la *soberanía residual* que ahora posee, cuando de lo que se trata es de que el Reino Unido proceda a descolonizar, conforme ha resuelto la Organización de las Naciones Unidas y, por tanto, quien ha de ceder algo no es ciertamente España, sino que son nuestros socios comunitarios quienes tienen que devolver a esta la

supremacía, o sea, la *propiedad*, que fue lo únicamente cedido por España en Utrecht, y que se concreta en el derecho de disposición sin limitación alguna sobre la ciudad, castillo y aguas del puerto de Gibraltar. La fórmula del tratado hispano-francés de Bayona, de 2 de diciembre de 1856, sobre la isla de la Conferencia, o de los Faisanes, en el Bidasoa, de que ésta queda «*común* para las dos naciones» (art. 9), y de que «*pertenecerá pro indiviso* a España y Francia» (art. 27) no es, en modo alguno, ejemplo válido para Gibraltar, salvo naturalmente que España quisiera, se repite, dar ahora lo que nunca fue dado. Con razón dijo, hace años, el responsable de Asuntos Exteriores del Partido conservador británico, Michael Ancram, que compartir la soberanía es renunciar a ella. Efectivamente, si a España le corresponde la *soberanía residual* compartirla supondría, sin ninguna duda, perderla.

IV. ¿CUÁLES SON LAS AGUAS MARÍTIMAS GIBALTAREÑAS?

La controversia sobre las aguas que rodean Gibraltar comenzó pronto, diez años después de haberse concertado el Tratado de Utrecht. En efecto, en 1723 Gran Bretaña alega que la fortaleza tiene que dominar el espacio colindante que queda bajo el alcance de sus cañones. Son los años en los que se está gestando, a partir de la obra de los holandeses GROCIO (19), y especialmente de CORNELIUS van BYNKERSHOEK (20), así como de los cálculos realizados por GALIANI, más tarde, en 1782, la noción de un *mar territorial* basada en el «tiro de cañón», y limitado a una anchura de tres millas náuticas, es decir, de cinco kilómetros y medio que era el alcance máximo de los cañones de la época. A lo largo de la década 1815-1825 la política británica se di-

rigió a proporcionar a Gibraltar unas aguas, en el interior de la bahía de Algeciras, que excedían las comprendidas en el artículo X del Tratado de Utrecht, el cual las limitó a las «aguas del puerto». El 30 de noviembre de 1826 una nota inglesa afirmaba que las aguas que bañan la playa oeste de la ciudad española de La Línea de La Concepción eran inglesas. Otra nota, en este caso española, de 9 de junio de 1851 rebatía la posición británica y el Gobierno español se reafirmaba de nuevo en su nota de 11 de diciembre de 1852. Que Gran Bretaña era consciente de la inexistencia de aguas gibraltareñas, fuera de las del puerto, no parece dudoso si se leen atentamente las instrucciones que el Secretario de Estado de Su Majestad Británica para los Negocios Extranjeros, Lord Palmerston, envió al Ministro de S. M. Británica en Madrid, Lord Howden, el 16 de diciembre de 1851, con el fin de que este contestase a la extensa nota del marqués de Miraflores, del 9 de junio anterior, citada, en uno de cuyos párrafos el ministro británico se expresa así: «Por el Tratado de Utrecht, España cedió a Gran Bretaña la Ciudad y el Castillo de Gibraltar, con las fortificaciones del puerto y los fuertes que de él dependían; pero el Tratado estipulaba que cedía esta propiedad a Gran Bretaña sin jurisdicción territorial alguna y sin comunicación abierta por tierra con el país circunvecino», y añade: «Ahora bien, ¿qué aplicación podía tener esta restricción? Indudablemente no se podía aplicar a la Ciudad, Castillo y Fuertes que se cedieron en plena soberanía a la Corona de Gran Bretaña; tampoco al territorio adyacente al puerto cedido; y debió hacerse con el objeto de evitar que pudiera pretenderse que la jurisdicción que el Tratado de Utrecht aseguraba y confirmaba a la Gran Bretaña sobre las aguas del puerto se extendiera igualmente sobre todo el litoral que lo rodea y forma sus límites» (21).

En las notas británicas de 9 y 11 de septiembre de 1852 se sostenía que se llevan a cabo capturas en «aguas inglesas», «indeterminación de estas últimas —se dice oficialmente por España— que Inglaterra pretende mantener incluso hoy día». Más tarde, Gran Bretaña propuso a España, en 1866, una Declaración conjunta de navegación en las aguas del estrecho de Gibraltar, que España aceptó, y Gran Bretaña levantó las trabas a los mercantes españoles que navegaban en las aguas dominadas por las baterías costeras de la plaza. Un aumento del contrabando hizo que los argumentos de España fuesen contestados por Gran Bretaña, que alegaba se producía en aguas británicas, con lo que defendía así lo que considera que son sus aguas territoriales. Sin dejar de defender el contenido del citado artículo X del Tratado de Utrecht, España propuso a Gran Bretaña un *modus vivendi* con unos límites marítimos para Gibraltar, dentro de la bahía de Algeciras, para terminar con los incidentes,

y Gran Bretaña con este motivo intentó que se reconociesen unas aguas jurisdiccionales a favor de Gibraltar que, naturalmente, no habían sido incluidas en el repetido artículo X del texto convencional. España, en despacho de 5 de diciembre de 1876, aclara que está dispuesta a fijar con Gran Bretaña una zona marítima con la finalidad de evitar incidentes, contestando Gran Bretaña que sería estudiada esa proposición. En la nota británica de 6 de junio de 1876 se sostiene que existen las aguas de Gibraltar, interpretando Gran Bretaña el tan citado artículo X del Tratado de Utrecht como si este concediera tres millas jurisdiccionales al Peñón, más las del puerto de La Línea de la Concepción; naturalmente España se opone a esta interpretación aunque por Real Orden de 27 de septiembre de 1876 ordena a los guardacostas que no actúen en zona próxima al Peñón, de tres millas al Este y Sur. Desde entonces se produce una negociación que se prolonga entre 1878 y 1883, terminando con una nota británica en la que expresa que no merece prolongar «una discusión que entraña tan pocas esperanzas de acuerdo». La cuestión fue dejada en el aire por Londres, continuando el apresamiento de barcos contrabandistas sin entrar a discutir la cuestión de las «aguas gibraltareñas» (22). Ya en la segunda mitad del siglo XX la nota española de 15 de enero de 1968, que respondía a la nota británica de 9 de diciembre de 1967, sostiene acertadamente que «la Embajada de Su Majestad británica está en un error al afirmar que no se ha conseguido llegar a un acuerdo entre Gran Bretaña y España sobre la delimitación de las aguas cercanas a Gibraltar. Este acuerdo existe. Se trata del artículo X del Tratado de Utrecht, de 13 de julio de 1713, en el que España cedía a Inglaterra solamente “la ciudad y castillo de Gibraltar con su puerto”. Salvo las aguas de este puerto, que eran de soberanía española antes del 13 de julio de 1713, continúan siéndolo (23)».

Esta posición ha sido invariable mantenida por España que al tiempo de adherirse a las cuatro convenciones de Derecho internacional marítimo, adoptadas en Ginebra el 29 de abril de 1958, que codificaron el Derecho consuetudinario existente en la materia en ese momento, en los instrumentos de adhesión depositados el 25 de febrero de 1971 se incluyó una declaración según la cual: «sin embargo, su adhesión no puede ser interpretada como reconocimiento de cualesquiera derechos o situaciones relativos a los espacios marítimos de Gibraltar que no estén comprendidos en el art. 10 del Tratado de Utrecht, de 13 de julio de 1713, entre las coronas de España y Gran Bretaña». La misma fórmula aparece en la disposición final primera de la Ley 10/1977, de 4 de enero, sobre reglamentación española sobre su mar territorial (24). Y en el momento de manifestar España su consentimiento para obligarse

por la Convención sobre el Derecho del Mar, de 10 de diciembre de 1982, que entró en vigor para nuestro país el 14 de febrero de 1997, formuló seis declaraciones reafirmando su postura en la número dos que es del siguiente tenor: «España, en el momento de proceder a la ratificación, declara que este acto no puede ser interpretado como reconocimiento de cualesquiera derechos o situaciones relativas a los espacios marítimos de Gibraltar que no estén comprendidos en el art. 10 del Tratado de Utrecht, de 13 de julio de 1713, suscrito entre las Coronas de España y Gran Bretaña. España considera asimismo, que la Resolución III de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar no es aplicable al caso de la colonia de Gibraltar, la cual está sometida a un proceso de descolonización en el que son aplicables exclusivamente las resoluciones pertinentes adoptadas por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas». Por lo demás las aguas de la bahía de Algeciras, salvo las aguas del puerto de Gibraltar, son aguas interiores de España. Colombia afirma que: «hay en vigor acuerdos locales para la delimitación de las respectivas aguas territoriales británicas y españolas y el fondeamiento de sus buques en la bahía de Algeciras, figurando así en las actuales cartas del Almirantazgo» (25), pero esos acuerdos «locales» solamente pueden tener el efecto de evitar incidentes, sin que supongan renuncia alguna por parte de España a su derecho sobre la bahía. Y que esto es así lo confirma el Decreto 2671/1967, de 19 de octubre, por el que se determina que el puerto de Algeciras pasa a denominarse de Algeciras-La Línea, en cuyo art. 3 se dice que: «Las aguas del puerto de Algeciras-La Línea quedan delimitadas por las alineaciones siguientes: a) El paralelo que pasa por el extremo de poniente de la verja de separación del campo militar. b) La línea que une una Punta Carnera con el Pantalán actual de la refinería de la Compañía Española de Petróleos, S. A., hasta su encuentro con el paralelo anteriormente definido. Dentro de esta agua se distinguen dos zonas: Zona I: Comprende las áreas estrictamente portuarias. Zona II: Comprende el resto de las aguas del puerto» (26). Como escribe el diplomático LACLETA MUÑOZ: «Se trata de una disposición interesantísima y cuya interpretación es compleja, puesto que envuelve diversos problemas jurídicos de gran importancia. Es indudable que las aguas de un puerto son aguas interiores y, por tanto, esta línea de delimitación, trazada por el Decreto, debe entenderse que constituye una frontera entre aguas interiores y mar territorial español. Desde un punto de vista podríamos considerar que constituye una línea de cierre de bahía (27), con la peculiaridad de que no está formada por una línea recta, sino por dos tramos que forman ángulo, no apoyándose el vértice en ningún punto terrestre (28)». Más tarde, la Delegación española en la III

Conferencia de Derecho del Mar, no sin alguna vacilación, concluyó que «España tiene que considerar que todas las aguas de la Bahía, excepto las del puerto de Gibraltar, son aguas españolas», en consecuencia sería posible trazar una línea de cierre cuyo extremo oriental reposase en Punta de Europa (29), ya que si Gibraltar carece de aguas interiores, salvo las del puerto, de aguas territoriales (mar territorial), y la soberanía residual corresponde a España le era aplicable el art. 7 de la Convención de Ginebra sobre el Mar territorial y la Zona Contigua mar territorial y zona contigua, de 29 de abril de 1958, y actualmente el art. 10 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de Montego Bay (10 de diciembre de 1982), por tratarse de bahía «cuyas costas pertenecen a un solo Estado» (30). Los obstáculos, pues, que las autoridades gibraltareñas ponen a los pesqueros españoles, tanto en superficie como en el fondo, en la bahía de Algeciras se están produciendo en aguas españolas. Y por lo que respecta a la ampliación del puerto gibraltareño y vertidos en la fachada oriental del Peñón, no se trata simple e inocentemente de «ganar terreno al mar», se trata de que se está ganando terreno sobre las aguas interiores y mar territorial de España, cuando resulta que Gibraltar, de acuerdo al Tratado de Utrecht, que es la única normativa aplicable, constituye geográficamente, pura y simplemente, un enclave para la potencia administradora.

Por último, no carece de interés el aspecto del control medioambiental en la zona. En 2009 la Comisión Europea inscribió, a petición de España, en la lista de Lugares de Importancia Comunitaria (LIC) la zona del Estrecho Oriental que incluye aguas que disputa a España el Reino Unido el cual ya había inscrito en dicha lista dos LIC, el denominado *Rock of Gibraltar* de 200,52 hectáreas, coincidente con el territorio de la colonia, y otro de 5.486,5 hectáreas, denominado *Southern Waters of Gibraltar* con las aguas que Gran Bretaña reclama como propias, es decir, 3 millas al este y sur del Peñón y 1,5 en la bahía de Algeciras. La Comisión Europea entendió que ambos LIC eran compatibles porque estaban dirigidos a la protección del ecosistema marino y no a determinar a quien corresponde la soberanía, pero al mostrarse disconformes tanto Londres como Gibraltar, solicitaron la anulación de la inscripción del LIC español al Tribunal de Justicia de la Unión Europea que desestimó la petición en mayo de 2011 que adquirió firmeza el 12 de julio de 2012, por lo que España tiene libertad para el establecimiento de una Zona Especial de Conservación (ZEC), de 26.641,82 hectáreas en torno al Peñón, con la posibilidad de prohibir prácticas permitidas por Gibraltar como ataques al medio ambiente, evacuación de residuos,, relleno de áreas costeras y el suministro de combustible en el mar (*bunkering*). Como

puede observarse los aspectos jurídicos que presenta el contencioso de Gibraltar son tan amplios como interesantes.

V. COLOFÓN

Con las digresiones, que reconozco haber introducido en estas páginas, esta es, y así lo entiendo, esa «cuestión de matiz» que ha pasado siempre, creo, desapercibida, y a la que no se ha dado importancia que realmente encierra, y que, como se ha dicho, puede tener consecuencias de gran trascendencia con vistas a una posible resolución, probablemente aún lejana, del multiseccular conflicto

que constituye la columna de Hércules del sur de la Comunidad Europea.

Si la verja se interpuso durante años entre «llanitos» y españoles, entorpeciendo las relaciones de todo tipo, comerciales, laborales, turísticas, e incluso sentimentales: «...gibraltareña fueron muchas noches las que he soñado con nuestro amor..., gibraltareña saltaré la verja para besarte junto al Peñón...», decía la letra de una canción de la época, las posteriores y ya crónicas crisis diplomáticas no se interponen menos. Siguen afectando a los ciudadanos de ambos lados de la línea que marca el «control de pasaportes», y toda crisis siempre es negativa no sólo en el plano

interestatal sino también en el interpersonal. *Nulli Expugnabilis Hosti* reza el lema de Gibraltar. Pues bien, ni España es enemiga de Gran Bretaña ni se pretende ninguna *expulsión*, sino una *reversión* que imponen las resoluciones de la Organización de las Naciones Unidas, ajustadas al Derecho internacional de la descolonización que hoy rige en el planeta. Parece, pues, que ya va siendo hora de que se cumpla el pensamiento del infante don Enrique de Borbón, cuando pasaba navegando por delante de Gibraltar, expuesto en su manifiesto de 7 de marzo de 1870, «A los montpensieristas», que publicó «La Época», y que, por cierto, le costó la vida: «¡Cuando seremos completamente españoles!» ■

NOTAS

(1) Miembro de Número del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional. Académico de Número de la Real Academia Asturiana de Jurisprudencia. Académico correspondiente de las Reales Academias de Jurisprudencia y Legislación y de Doctores de España. Ex Secretario General de la *International Law Association* (rama española).

(2) Aunque no totalmente de cuerdo con su contenido, considero interesante el artículo de prensa publicado por Henry Kamen: Gibraltar y el pavo de Navidad, en «El Mundo» de 4 de diciembre de 2001.

(3) Vid. una descripción histórica detalla de ésta en Pascual Madoz: *Diccionario Geográfico-Estadístico-Histórico de España y sus posesiones de Ultramar*, t. I, Madrid, 1845, págs. 554 a 556. La bahía, con una longitud de 10 km., un volumen de 6,2 km³ y una superficie de 70 km², tiene una anchura máxima de 8 km., es decir, de 4,32 millas marinas aproximadamente.

(4) Vid. Luis Gómez: Y, ahora, bloques de 12 toneladas, en «El País» del 1 de septiembre de 2013, pág. 16.

(5) Las cursivas son mías.

(6) Texto en: www.gibraltarlaws.gov.gi/constitution.php.

(7) Vid. Paz Andrés Sáenz de Santamaría: ¿Gibraltar? Ni anacrónico, ni trasnochado, en «El País» del 19 de febrero de 2013.

(8) Guinea Ecuatorial accedió a la independencia, Ifni fue devuelto al Reino de Marruecos, y en cuanto al Sahara Occidental España se retiró, y ocupado por Marruecos aún espera la celebración del referéndum exigido por las Naciones Unidas hace cuarenta años.

(9) Vid. Alfred VERDROSS, *Derecho internacional público*, trad. esp., 6.ª ed., Madrid, 1976, pág. 247.

(10) Así por ejemplo, entre otras, FRESCHOT: *The complete history of the treaty of Utrecht*, London, 1715; Ignacio LÓPEZ DE AYALA, *Historia de Gibraltar*, Madrid, 1782; Giroud: *Le traité d'Utrecht*, Paris, 1847; J. ABBOT: *An introduction to the documents relating to the*

international status of Gibraltar, London, 1935; R. DE LUNA, *Historia de Gibraltar*, Madrid, 1944; H. W. HOVES, *The Store of Gibraltar*, London, 1946; J. PLA, *El Alma en Pena de Gibraltar*, Madrid, 1953 y *Gibraltar*, London, 1955; *Documentos sobre Gibraltar presentados a las Cortes Españolas por el Ministro de Asuntos Exteriores*, 2.ª ed., Madrid, 1965; G. HILLS: *Rock of Contention: A History of Gibraltar*, London, 1974, etc.

(11) Versión latina: «*proprietar... sine Jurisdictione quapiam Territoriale...*»; versión inglesa: «*propriety... without any territorial jurisdiction...*».

(12) En 1987 Madrid y Londres firmaron un acuerdo de utilización conjunta del aeropuerto que en 2001 seguía sin tener aplicación por la negativa del Gobierno gibraltareño.

(13) Las mayúsculas son mías.

(14) Pascuale FIORE, *El derecho internacional codificado*, trad. esp., Madrid, 1901, págs. 156 y 157; insistiendo el mismo autor en que el derecho de imperio y jurisdicción, es uno de los derechos fundamentales de la soberanía, vid. su *Tratado de Derecho internacional público*, 2.ª ed., trad. esp., t. I, Madrid, 1894, pág. 362.

(15) Se trata de un «Libro diplomático» donde el Estado expone oficialmente su posición sobre un asunto concreto y que fácilmente se diferencian en el mundo de las cancillerías por el tradicional «color de su cubierta (amarilla, Francia; azul, Inglaterra; verde, Italia; rojo, España)», vid. José Ramón DE ORÚE, *Manual de Derecho Internacional Público*, 1.ª ed., Madrid, 1934, pág. 34.

(16) Las cursivas son mías.

(17) Vid. *Documentos sobre Gibraltar...*, op. cit., pág. 18.

(18) Las cursivas son mías.

(19) *De iuris belli ac pacis*, lib. II, c. III, s. XIII, 2.

(20) *De dominio maris dissertatio*, Leyden, 1702.

(21) Vid. *Documentos sobre Gibraltar...*, op. cit., pág. 187.

(22) Vid. *Documentos sobre Gibraltar...*, op. cit., págs. 30-51.

(23) Vid. Luis GARCÍA ARIAS, *Corpus Iuris Gentium*, Zaragoza, 1968, pág. 112.

(24) BOE, núm. 7, de 8 de enero de 1977.

(25) C. John COLOMBOS: *Derecho internacional marítimo*, trad. esp., Madrid, 1961, pág. 125, nota 41.

(26) BOE núm. 271, de 13 de noviembre de 1967. Esta norma deroga el Real Decreto de 10 de diciembre de 1876, y modifica el Decreto de 6 de junio de 1961 así como las Órdenes Ministeriales de 8 de enero de 1964 y 23 de diciembre de 1966.

(27) Las cursivas son mías.

(28) Vid. José Manuel LACLETA MUÑOZ, *Aguas interiores y bahías, en el colectivo dirigido por Antonio Poch: La actual revisión del Derecho del mar. Una perspectiva española*, I, primera parte, Madrid, 1974, págs. 231 y 232.

(29) Al sur de la cual se produjo el 20 de marzo de 1986 un incidente al introducirse el portahelicópteros español Dédalo dentro de la zona de tres millas que Gibraltar considera suyas.

(30) La regulación del mar territorial español se inició con la Real Cédula de 17 de diciembre de 1760. La ampliación más allá del límite tradicional de las seis millas, por lo menos para las competencias fiscal y pesquera, se llevó a cabo por Ley 20/1967, de 8 de abril, y el Decreto del Ministerio de Hacienda 3281/1968, de 26 de diciembre. Después el mar territorial se reguló, con carácter general, por la ya citada Ley 10/1977, de 4 de enero, fijándose doce millas de anchura para ese mar, y siete meses más tarde el RD 2510/1977, de 5 de agosto (BOE de 30 de septiembre de 1977), procedió a delimitar la línea interior de todas las aguas «jurisdiccionales» españolas, a efectos de pesca, por medio del sistema de líneas de base rectas, sustituyendo así la línea de la bajamar escorada que era la establecida en la citada Ley de 1967. Curiosamente en el citado Real Decreto de 1977 no hay referencia alguna a la Ley de ese mismo año, sino que la norma que preside éste es la Ley de 1967. En realidad el Real Decreto de 1977 es una norma que tiene como fin corregir ciertas imprecisiones y errores de la Ley de 1967, y en el mismo no figura ninguna línea de cierre de la bahía de Algeciras, por lo que habrá que concluir que para ese espacio marítimo sigue vigente el antes citado Decreto de 19 de octubre de 1967.

Audiencia Provincial

AP Las Palmas, Secc. 4ª, S 265/2013, 24 Jul.

Ponente: Galcerán Solsona, Emma

LA LEY 124542/2013



Consulte los textos íntegros en
www.diariolaley.es

En estas circunstancias, dice el Tribunal, resulta de aplicación el régimen legal de calificación, incluidas las presunciones de los arts. 164 y 165 LC, pues deberá enjuiciarse la posible calificación de concurso culpable derivada de la existencia de una conducta dolosa o gravemente culpable del administrador que haya generado o agravado la insolvencia de la concursada, con aplicación de las presunciones del art. 165 LC, así como la posible calificación de culpable derivada de la concurrencia de alguno de los supuestos fácticos contemplados en el art. 164 LC que determinan, en todo caso, la calificación de culpable.

Razona el Tribunal que una interpretación que excluyera la aplicación del sistema legal de calificación en su integridad a casos como el de autos, con exclusión, por tanto, de la aplicación de los arts. 164 y 165 LC, favorecería las actuaciones fraudulentas en tanto en cuanto, después de la presentación de convenios gravosos (y no gravosos también), y obtención de la calificación de concurso fortuito, y archivo de la sección de calificación podría comunicarse al juzgado la imposibilidad de cumplir el convenio solicitando la apertura de la fase de liquidación, sabiendo ya de antemano que, tras la reapertura de la sección de calificación, no serían de aplicación los arts. 164 y 165 LC en la segunda calificación, lo que comportaría indudablemente un tratamiento mucho más favorable para el concursado, tratamiento que carece de soporte en la LC.

Aplicación del régimen legal de calificación del concurso en los casos de reapertura de la sección de calificación por incumplimiento del convenio por el concursado

Una interpretación que excluyera la aplicación del sistema legal de calificación en su integridad a casos como el de autos, con exclusión, por tanto, de la aplicación de los arts. 164 y 165 LC, favorecería las actuaciones fraudulentas.

En el litigio de autos, el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Las Palmas de Gran Canaria desestimó la pretensión de calificación del concurso como culpable, tras la reapertura de la sección de calificación por incumplimiento del convenio por la concursada, porque consideró que tal incumplimiento no era imputable a la concursada, no resultando de aplicación el régimen de calificación del concurso contenido en los arts. 164 y 165 de la Ley 22/2003, Concursal -LC- (presunciones de culpabilidad y de dolo o culpa grave).

La Audiencia Provincial de Las Palmas, por el contrario, considera que dicho régimen sí es aplicable a un supuesto como el de autos.

Señala el Tribunal que, en el caso examinado, la apertura de la fase de liquidación se produjo a petición del deudor, estableciendo el art. 142.2 LC que el deudor deberá pedir la liquidación cuando, durante la vigencia del convenio, conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación de aquél.



Tribunal Superior de Justicia

TSJ Castilla y León, Sala de lo Contencioso-Administrativo, S 22 Jul. 2013

Ponente: Oraá González, Javier

LA LEY 127291/2013



Consulte los textos íntegros en
www.diariolaley.es

Vulnerados los derechos fundamentales de los promotores de una manifestación, sancionados por pegar carteles en lugares no autorizados sin que conste su autoría material

La sanción vulnera los derechos fundamentales de presunción de inocencia y de no ser sancionado sino por conductas personales realizadas con cualquier género de culpa, incluso la mera inobservancia.

El Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León ha dejado sin efecto las multas de 150 euros impuestas por un Ayuntamiento a dos promotores u organizadores de una manifestación, a los que

se consideró responsables de la comisión de una infracción leve contemplada en la Ordenanza municipal de gestión de residuos sólidos y limpieza viaria, consistente en la colocación de carteles en lugares no autorizados.

Según refleja la propia sentencia, el Consistorio justificó la imposición de la sanción, no por el acto material de pegar carteles, sino por el hecho de ser los promotores u organizadores de la manifestación anunciada en los mismos.

En una línea muy similar, el Juzgado de lo Contencioso Administrativo, que tuvo conocimiento del asunto en la instancia, desestimó el recurso contencioso-administrativo formulado al amparo del procedimiento especial para la tutela de los derechos fundamentales y confirmó los acuerdos del Concejal Delegado de Medio Ambiente del Ayuntamiento, por los que se imponían las citadas multas, bajo la argumentación de que los sancionados, en su calidad de promotores-organizadores de la manifestación, con independencia de que fueran o no los ejecutores materiales de la infracción administrativa, eran sujetos responsables de la misma al menos a título de negligencia o inobservancia.

Ahora en apelación, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia no comparte dicha postura, por entender que vulnera los derechos fundamentales de presunción de inocencia y de no ser sancionado sino por conductas personales realizadas con cualquier género de culpa, incluso la mera inobservancia.

Tras constatarse que no existe prueba alguna que demuestre que los sancionados colocaron o pegaron materialmente los carteles y habiendo recordado la Sala que la LO 9/1983, reguladora del derecho de reunión, no establece que los organizadores o promotores deban responder personalmente de los delitos o infracciones administrativas que cometan terceras personas, (lo que convierte en improcedente un artículo de la Ordenanza municipal aplicada que dice que «las responsabilidades derivadas del incumplimiento de las obligaciones señaladas en esta ordenanza serán exigibles no sólo por los actos propios, sino también por los de aquellas personas de quien se deba responder, conforme a lo dispuesto en la legislación vigente»), el Tribunal llega a la conclusión de que hacerles responder de una infracción que pudieron realizar otros, desconociéndose además, en qué clase de negligencia o inobservancia han podido incurrir por esa colocación de carteles efectuada por terceros, vulnera los derechos fundamentales citados.

Audiencia Nacional

AN, Sala de lo Social, S 168/2013, 25 Sep. 2013

Ponente: Fernández-Lomana García, Manuel

LA LEY 145779/2013

Consulte los textos íntegros en
www.diariolaley.es

Para pactar un Convenio Colectivo de Empresa de ámbito estatal se precisa que la mercantil tenga centros de trabajo en más de una Comunidad Autónoma

La Audiencia declara la Nulidad del Convenio Colectivo de la empresa publicado en el Boletín Oficial del Estado.

En esta ocasión la Audiencia Nacional analiza la demanda formulada por el sindicato contra la empresa para que se declare la nulidad del Convenio Colectivo de Empresa de ámbito estatal negociado por un solo comité de empresa y publicado en el Boletín Oficial del Estado.

El debate fundamental de la presente sentencia se basa en determinar si una empresa, con un solo Comité de empresa dentro de una Comunidad Autónoma y en cuya elección han participado trabajadores que prestan sus servicios dentro de esa Comunidad, pueden pactar un Convenio Colectivo de Empresa de ámbito estatal y que, por tanto, se aplique a todos los trabajadores que presten servicios para la empresa a lo largo de todo el territorio nacional.

Para el tribunal la respuesta es clara y basándose en anteriores resoluciones dictadas por este mismo órgano sobre el mismo tema establece que para pactar un Convenio Colectivo de Empresa de ámbito territorial estatal es preciso que la empresa tenga centros de trabajo en más de una Comunidad Autónoma y en la negociación participen los representantes de los trabajadores de dichos centros.

Por todo ello el tribunal declara la Nulidad del Convenio Colectivo de la empresa publicado en el Boletín Oficial del Estado. ■


 LA LEY
 diario

PUBLICIDAD

Nerea Bascones Díez

C/ Collado Mediano, 9. Las Rozas (Madrid)
Tel.: 91 602 00 08. Ext.: 10233
e-mail: nbascones@laley.wke.es

SERVICIO DE ATENCIÓN AL CLIENTE

Tel.: 902 250 500 / Fax: 902 250 502
e-mail: clientes@laley.es

REDACCIÓN: Collado Mediano, 9. 28230 Las Rozas (Madrid)

Tel.: 91 602 00 00 / e-mail: diariolaley@laley.es

JEFE DE PUBLICACIONES: Mercedes Rey García

COORDINADORA: María José Hierro Romero

EQUIPO DE REDACCIÓN: Belén Arranz Fernández, Yolanda Ballesteros García-Asenjo, Gemma Bruno García, Pilar Muñoz Mendo, Sonsolés Navarro Salvador

ANÁLISIS DE LA DOCUMENTACIÓN: Centro de Análisis Documental LA LEY
DISEÑO GRÁFICO: Fran Vizuete González

EQUIPO DE DESARROLLO: Emérita Cerro Durán, Juan José García Lozano, Nieves García Cruz, Diana Gómez Fernández, Gloria Lalanda Marcos, Julián Maíllo Arnaiz, Estefanía Medina García, Esther Montero García, Rubén Ortiz, Beatriz Pérez-Olleros Arias, Carlos Ruiz-Capillas, Sergio Tiscar Medina, Ramón Zapata Juliá

PREIMPRESIÓN E IMPRESIÓN por Wolters Kluwer España, S.A.

Printed in Spain


 LA LEY
 grupo Wolters Kluwer


© WOLTERS KLUWER ESPAÑA, S.A. Todos los derechos reservados. El contenido de esta publicación no podrá utilizarse con fines comerciales sin su expresa autorización, incluyendo reproducción, modificación, o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato.

El texto de las resoluciones judiciales contenido en esta publicación es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial.

Publicación adherida a la Asociación de Prensa Profesional (APP).