

# JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencias, años 2008 y 2009

**Ramón CASAS VALLÉS (coord.)**(Universidad de Barcelona), **Mariana DE LORENZI** (Universidad de Barcelona), **Asunción ESTEVE PARDO** (Universidad de Barcelona), **Isabel MIRALLES GONZÁLEZ** (Universidad de Barcelona), **Mónica NAVARRO MICHEL** (Universidad de Barcelona), **Carles VENDRELL CERVANTES**, (Uría & Menéndez), **Aura Esther VILALTA NICUESA** (Universitat Oberta de Catalunya).

**STC 11/2008, de 21 de enero**

**Recurso de amparo: Desestimado.**

**Ponente: Jiménez Sánchez.**

**Conceptos: Situación legal de desamparo de menores. Acogimiento preadoptivo, nulidad y restitución de la patria potestad. Guarda y custodia materna. Imposibilidad de ejecución. Indemnización sustitutoria. Irrazonabilidad en la fijación del *quantum* indemnizatorio. Extralimitación de la competencia jurisdiccional civil. Derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías en su vertiente de derecho a un juez imparcial.**

**Preceptos de referencia: Artículos 24.1 y 24.2 CE.**

La decisión del TC tiene su origen en la imposibilidad de ejecución de una resolución judicial, pronunciada en primera instancia, que declara inexistente la situación de desamparo de dos menores y deniega el acogimiento preadoptivo. La particularidad de esta sentencia radica en el reconocimiento del derecho de la madre a recibir una indemnización sustitutoria, que busca resarcir la indebida separación que debe padecer en virtud de no ser posible la reintegración de los niños a la convivencia con ella. La Audiencia hace responsable de su cumplimiento a la Junta de Andalucía. Empleando las palabras del propio TC, dicha singularidad queda plasmada «*en un pronunciamiento (...) ciertamente complejo en su formulación*». La Administración autonómica recurre en amparo. Alega, en primer lugar, que la condena vulnera su derecho a la tutela judicial efectiva. Sostiene asimismo que la condena civil a indemnizar los daños y perjuicios causados con anterioridad a la fecha de la sentencia declarada inejecutable, comporta una extralimitación sin justificación en la competencia jurisdiccional del Tribunal civil, pues la tarea de evaluar la responsabilidad de la Administración

corresponde de forma exclusiva y excluyente a la justicia contencioso-administrativa. En tercer lugar, aduce irrazonabilidad en la fijación del *quantum* indemnizatorio, lo cual afecta a la inmutabilidad e intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes. Finalmente reprocha una vulneración de su derecho a un proceso con todas las garantías en su vertiente de derecho a un juez imparcial, por cuanto se la hace responsable de daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la dilación en la resolución de un litigio provocada por el ambiente de grave enfrentamiento existente entre los órganos judiciales de ambas instancias. Descartados los obstáculos procesales planteados (capacidad de la recurrente como persona jurídico-pública para ser titular del derecho a la tutela judicial efectiva; objeciones de procedibilidad y carácter prematuro de la demanda), el TC entiende que no existe vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y que resulta incuestionable la competencia de la jurisdicción civil para ejecutar sus propios pronunciamientos. La peculiaridad del objeto de ejecución y la inexistencia de un derecho subjetivo a la entrega de la guarda y custodia de los menores independiente de la consideración del interés prevalente del menor, hacen que la determinación del contenido indemnizatorio presente una gran complejidad. No existiendo una prescripción legal expresa, corresponde al juzgador precisar los conceptos y criterios compensatorios que permitan establecer el valor que entraña la imposibilidad de devolución de los hijos menores a su madre biológica. Realizado el debido control, y analizando el uso de criterios razonables (como la enfermedad padecida por la solicitante a causa del sufrimiento, la pérdida de los hijos, el tiempo que ha estado apartada de los mismos, el específico sufrimiento derivado de la razonable expectativa de recuperación de los mismos como consecuencia de las sucesivas resoluciones a su favor, la definitiva pérdida de toda esperanza al acordarse la inejecutividad y la circunstancia de que la hija menor se reintegrara voluntariamente a la convivencia con su madre), el TC rechaza la existencia de vicio de irracionalidad de las resoluciones impugnadas y que la motivación sea manifiestamente irrazonable.

**STC 12/2008, de 29 de enero**

**Cuestión y recurso de inconstitucionalidad, acumulados: Desestimados.**

**Ponente: Pérez Vera.**

**Conceptos: Equilibrio de hombres y mujeres en las candidaturas electorales. Principio de igualdad. Libertad de presentación de candidaturas. Derecho de participación en los asuntos públicos. Instrumentos de Derecho internacional como criterio interpretativo de los derechos fundamentales reconocidos en la CE.**

**Preceptos de referencia: Artículos 6, 9.2, 14, 16, 22 y 23 CE. Art. 44 bis de la LO 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, introducido por la disposición adicional segunda de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.**

La cuestión debatida gira en torno a la legitimidad constitucional de la imposición a los partidos políticos de la obligación de presentar candidaturas con «una composición equilibrada de mujeres y hombres», en porcentajes que siempre aseguren un mínimo del 40 por ciento para cada sexo, como exige el artículo 44 bis de la LO 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electro-

ral General (LOREG), introducido por la disposición adicional segunda de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIMH). La STC resuelve acumuladamente la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Santa Cruz de Tenerife (que debía resolver el recurso planteado contra la resolución de la Junta Electoral que denegaba la proclamación de la candidatura formada únicamente por mujeres presentada por el Partido Popular en un municipio canario) y el recurso de inconstitucionalidad planteado por más de 50 diputados del Grupo Popular del Congreso de los Diputados contra la disposición adicional, ya mencionada.

La sentencia empieza situando el exacto contenido de la reforma de la legislación electoral impugnada, que pretende la igual participación efectiva de hombres y mujeres en la integración de las instituciones representativas de una sociedad democrática, que *«no establece una medida de discriminación inversa o compensatoria (favoreciendo un sexo sobre otro), sino una fórmula de equilibrio entre sexos, que tampoco es estrictamente paritaria, en cuanto no impone una total igualdad entre hombres y mujeres, sino la regla de que unos y otros no podrán integrar las candidaturas electorales en una proporción inferior al 40 por 100 (o, lo que es lo mismo, superior al 60 por 100). Su efecto, pues es bidireccional, en cuanto que esa proporción se asegura igualmente a uno y otro sexo.»* (FJ 3). Los destinatarios de la norma no son las personas físicas, sino los que pueden presentar candidaturas, es decir, exclusivamente los partidos, federaciones y coaliciones de partidos y las agrupaciones de electores (como dispone el art. 44 LOREG). Por tanto, no afecta inmediatamente al derecho de sufragio pasivo individual, como alegaban los recurrentes, sino que es una condición referida a partidos políticos y agrupaciones de electores. El problema constitucional de fondo se plantea en el ámbito de los arts. 6 y 9.2 CE, con conexiones inmediatas con los arts. 22 y 16, y una inevitable derivación hacia el principio de igualdad (arts. 14 y 23 CE), pero principalmente se centra en la libertad de los partidos políticos y de las agrupaciones de electores en la definición de sus candidaturas como medio cualificado para la realización de su cometido constitucional en tanto que instrumentos para la participación política ciudadana.

Centrado así el debate, la libertad de presentación de candidaturas por los partidos no es, ni puede ser, absoluta. El legislador ha impuesto una nueva limitación a esa libertad (existen otras, en atención a ciertos valores y bienes constitucionales protegidos, como pueden ser las referidas a la elegibilidad de los candidatos o a la residencia e incluso se exigen listas cerradas y bloqueadas), basada en la composición equilibrada de ambos sexos, en aras a *«asegurar un representación suficientemente significativa de ambos sexos en órganos y cargos de responsabilidad»*, como dice la exposición de motivos de la LOIMH. *«Exigir a los partidos políticos que cumplan con su condición constitucional de instrumento para la participación política (art. 6), mediante una integración de sus candidaturas que permita la participación equilibrada de ambos sexos, supone servirse de los partidos para hacer realidad la efectividad en el disfrute de los derechos exigida por el art. 9.2 CE»* (FJ 5). Si las mujeres suponen la mitad de la población, es razonable arbitrar mecanismos para asegurar que las mujeres accedan al poder público, lo que *«resulta coherente, en definitiva, con el principio democrático que reclama la mayor identidad posible entre gobernantes y gobernados»* (FJ 5).

La limitación de la libertad de presentación de candidaturas de los partidos políticos *«que en sentido propio ni siquiera es un derecho fundamental,*

sino una atribución, implícita en la Constitución (art.6) que les confiere el legislador» (FJ 5), es constitucional por tres motivos, expuestos en el FJ 5, VII. En primer lugar, porque es legítimo el fin de la consecución de una igualdad efectiva en el terreno de la participación política (arts. 9, 14 y 23 CE). En segundo lugar, porque resulta razonable el régimen instrumentado por el legislador, ya que no hace un tratamiento peyorativo de ninguno de los sexos, ni plasma un tratamiento diferenciado en razón del sexo de los candidatos, sino que se limita a exigir una composición equilibrada con un mínimo del 40 por 100, proporción que se establece por igual para los candidatos de uno y otro sexo, sin imponer orden alguno. Y en tercer lugar, porque dicha limitación es inocua para los derechos fundamentales de los partidos políticos que, por definición, no son titulares de los derechos fundamentales de sufragio activo y pasivo.

Frente al argumento, alegado por los recurrentes, de que la norma impugnada vulnera la libertad ideológica de los partidos (art. 16.1 CE) y la libertad de expresión (art. 20.1.a CE), el Tribunal Constitucional señala que *«no se impide la existencia de formaciones políticas que defiendan activamente la primacía de las personas de un determinado sexo, o propugnen postulados que pudiéramos denominar «machistas» o «feministas». Lo que exige la disposición adicional que nos ocupa es que cuando se pretenda defender esas tesis accediendo a los cargos públicos electivos se haga partiendo de candidaturas en las que se integran personas de uno y otro sexo»* (FJ 6). Frente a la alegación de que vulnera la libertad de asociación (art. 6 en relación con el art. 22 CE), en su dimensión de libertad de actuación de las formaciones políticas, el Tribunal Constitucional rechaza que se vea afectado el artículo 22 CE (FJ 5) y considera que, en todo caso, es una limitación proporcionada. Todo ello permite declarar la constitucionalidad de la norma impugnada, así como excluir de los procesos electorales a aquellas formaciones políticas que ni tan siquiera aceptan integrar en sus candidaturas a ciudadanos de uno y otro sexo.

La sentencia cuenta con un voto particular (Rodríguez-Zapata Pérez) en el que, tras aceptar la conveniencia de que la proporción de mujeres que se postulen para ejercer cargos públicos representativos sea equivalente o aproximada a la de los hombres, considera que la imposición por ley de la paridad o de cuotas electorales no es constitucional, pues ello *«vulnera el principio de unidad de la representación política y la libertad ideológica y de autoorganización de los partidos políticos, resultando lesionado el derecho de sufragio pasivo de los candidatos propuestos que queden excluidos de participar en el proceso electoral como consecuencia de la aplicación de la norma cuestionada»*.

Cabría hacer una última observación sobre esta sentencia, al margen ya del tema debatido, que gira en torno a la tendencia, cada vez mayor, de manejar a favor y en contra de la constitucionalidad de las normas impugnadas argumentos tomados del Derecho internacional y del Derecho comparado. Aunque el Tribunal Constitucional español ya ha dicho que *«los Tratados internacionales no constituyen canon para el enjuiciamiento de la adecuación a la Constitución de normas dotadas de rango legal»* (véanse STC 49/1988, 28/1991, 254/1993, 235/2000), no es menos cierto que ello *«no puede ser óbice para subrayar la importancia que reviste la remisión constitucional (art. 10.2 CE) a determinados instrumentos de Derecho internacional como criterio interpretativo de los derechos fundamentales»* (FJ 2).

**STC 22/2008, de 31 de enero**

**RA: Desestimado.**

**Ponente: Conde Martín de Hijas.**

**Conceptos: Guarda y custodia de hija menor de edad. Tutela judicial efectiva. Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes. Derecho del menor a ser oído. Derecho a la integridad física y moral.**

**Preceptos de referencia: Artículos 15, 24.1, 24.2 y 117.4 CE; 2 y 12 CDN; 9 LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor; 90.2, 92.2 y 158 CC; 528.2.2 y 530.2 LEC.**

La presente demanda de amparo tiene por objeto la impugnación de la atribución de la guarda y custodia de la hija menor de edad a favor del padre. La madre recurrente imputa al correspondiente Auto la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24.2 CE), por haber considerado el órgano judicial en el acto de la vista que no era necesaria la práctica de prueba alguna; la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), al no haber sido oída la menor; y la violación del derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE), ya que el cambio del entorno de la menor contribuiría a su desestabilización social y afectiva.

El juez, en el mismo sentido en que lo hizo el Ministerio Fiscal, desestimó la demanda con los siguientes fundamentos:

**1. Vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes.**—Para que exista dicha vulneración, la denegación o inejecución han de ser imputables al órgano judicial y tal prueba ha de ser decisiva en términos de defensa. La recurrente no justificó la indefensión sufrida, pues en ninguna ocasión explicó las causas de oposición a la ejecución provisional alegadas, aduciendo simplemente la dificultad de restaurar la situación anterior y el temor por los perjuicios que el cambio de custodia de la menor y del régimen de visitas podrían causarle a ésta y a la madre. No es correcto afirmar de manera genérica que no se hayan practicado las pruebas solicitadas, pues el órgano judicial incorporó a los autos los documentos que la demandante de amparo adjuntó a su escrito de oposición a la ejecución provisional y la única prueba admitida y no practicada fue consentida por la recurrente al no impugnarla. De cualquier forma, la decisión de no admisión o no práctica de las pruebas solicitadas se fundó en su falta de pertinencia o idoneidad para el objeto del proceso, pues versaban sobre la situación y evolución de la menor y las ventajas e inconvenientes que le suponían el cambio de guarda y custodia y el nuevo régimen de visitas, cuestiones éstas ya resueltas en la sentencia de la Audiencia Provincial y que, por esta vía, se pretende dejar sin efecto. Dicha decisión no resulta arbitraria, irrazonable ni está incurso en error patente. Finalmente, en la demanda nada se argumenta sobre la incidencia que las pruebas inadmitidas o no practicadas hubiera podido tener en la adopción de una decisión judicial favorable a la pretensión de la demandante de amparo.

**2. Lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por falta de audiencia de la niña.**—La falta de audiencia o exploración de la menor en cualesquiera de las fases del procedimiento de adopción de medidas paterno filiales, determinante de una posible vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva, según la jurisprudencia del TC no puede proyectarse con idéntica trascendencia constitucional a los autos que tienen por objeto su ejecución provisional y la determinación de si existe causa legal en que pueda fundarse la oposición a dicha ejecución.

**3. Violación del derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE), por la desestabilización social y afectiva que el cambio de entorno provocaría a la niña según el informe psicológico presentado.**—Bajo la invocación de este derecho, se vuelve a cuestionar la conveniencia del cambio de guarda y custodia. Del informe psicológico invocado no sólo no se infiere riesgo evidente o peligro potencial, actual o futuro, a la integridad física y moral de la menor, sino que se expresa que el padre es una de las principales figuras de apego de la menor, al igual que su madre, y que «*la relación que ha mantenido hasta la fecha con su padre ha servido para el establecimiento de vínculos afectivos estables*». Pero además, la declaración de lesión de la integridad psíquica de menores, cuando no se hubiera producido de modo real y efectivo sino que se infiera de un riesgo —lo que ni siquiera acontece en este caso—, sólo podrá ser efectuada en un proceso de amparo cuando la lesión resulte palmaria, manifiesta o del todo indudable. De no ser así, su declaración por este Tribunal invadiría una función de la justicia ordinaria.

**STC 51/2008, de 14 de abril**

**RA: Desestimado.**

**Ponente: Rodríguez Arribas.**

**Conceptos: «Caso Jardín de Villa Valeria». Libertad de creación literaria y artística, libertad de expresión y derechos al honor y a la intimidad. Tutela post mortem.**

**Preceptos de referencia: Artículos 18 y 20.4 CE.**

Son muchos los casos en los que el TC ha tenido que afrontar y resolver el conflicto entre los derechos al honor o a la intimidad (art. 18.1 CE) y, de otro lado, la libertad de expresión [art. 20.1,a) CE] o el derecho a dar y recibir información veraz [art. 20.1,d) CE]. No son tantos, en cambio, aquellos en los que salta a primer plano la libertad de producción y creación literaria y artística [art. 20.1.,b) CE]. Quien escribe, pinta o compone está ejerciendo la libertad de expresión de una forma y con un lenguaje particular. ¿Merece por ello un plus de protección? Esta es la interesante cuestión que suscita el caso resuelto por la sentencia que se reseña. Su punto de partida está en una novela de Manuel Vicent titulada *El Jardín de Villa Valeria*, publicada por Santillana en 1996 y objeto de varias ediciones y reimpresiones. En ella se mezclaban ficción y realidad. El origen del conflicto se encuentra en el siguiente fragmento: «*Bajo los pinos había jóvenes que luego se harían famosos en la política. El líder del grupo parecía ser Pedro Ramón M., hijo de María M., un tipo que siempre intervenía de forma brillante. Era catedrático de industriales en Barcelona, aparte de militante declarado del PSOE. Tenía cuatro fobias obsesivas: los homosexuales, los poetas, los curas y los catalanes. También usaba un taparrabos rojo chorizo, muy ajustado a las partes. Solía calentarse jugando libidinosamente bajo los pinos con las mujeres de los amigos para después poder funcionar con la suya como un gallo*» (Antecedente 2,a STC).

La viuda de Pedro Ramón M. interpuso demanda civil al amparo de la LO 1/82, al entender que el pasaje transcrito atentaba contra el honor y la intimidad personal y familiar del aludido, que había fallecido —importa destacarlo—once años antes de la publicación. El JPI desestimó la demanda. A su juicio, el repetido fragmento no tenía entidad suficiente para ser considerado una intromisión ilegítima «*por contenerse en una novela que relata hechos*

*ficicios con los que se pretendía representar a una determinada generación». En este contexto, consideró «que dicho fragmento no ocasionaba un resultado difamatorio, pues, además de contener alguna frase elogiosa, carecía de cualquier efecto de desmerecimiento público y, por ende, no deterioraba la dignidad ajena» (Antecedente 2,b STC). La apelación de la viuda, en cambio, tuvo éxito. La Audiencia de Madrid entendió que las expresiones objeto del litigio resultaban «innecesarias» e implicaban un «evidente menosprecio y descrédito de la consideración social de la persona aludida, que no se justifica ni por la libertad de expresión de su autor ni por el lenguaje coloquial o el ambiente relajado en el que se encontraban los personajes descritos» (Antecedente 2,c STC).*

En casación cambiaron nuevamente las tornas. El TS anuló la sentencia de apelación y confirmó la de primera instancia. Entre otras consideraciones el TS destacaba que: *«Lejos de tratar de humillar o escarnecer al Sr. M., el autor, desde el conocimiento de la superior apreciación intelectual del afectado (capacidad de liderazgo, brillantez, catedrático) señala algunos aspectos señaladamente contradictorios con dichas cualidades (sus fobias y determinados comportamientos) producto sin duda de la época juvenil que se relata, sin utilizar en ningún caso expresiones o manifestaciones que puedan calificarse de injuriosas o denigrantes» (Antecedente 2,d STC).*

La viuda, insatisfecha, interpuso recurso de amparo. Pero sin éxito. La sentencia del TC centra su atención en dos aspectos: la identificación de los derechos en conflicto y la ponderación constitucional de los mismos.

a) En lo que atañe a los derechos en conflicto, el TC subraya que tanto el escritor como la editorial no se habían limitado a ejercer una genérica libertad de expresión: el derecho ejercido era la libertad de producción y creación literaria y artística del art. 20.1,b) CE. Existe, dice el TC, una *«estrecha relación entre tal derecho y la libertad de expresión [...] Pero más allá de este hecho [...] la constitucionalización expresa del derecho a la producción y creación literaria le otorgan un contenido autónomo que, sin excluirlo, va más allá de la libertad de expresión» (FJ 5).* Y añade: *«El objetivo principal de este derecho es proteger la libertad del propio proceso creativo literario, manteniéndolo inmune frente a cualquier forma de censura previa (art. 20.2 CE) y protegiéndolo respecto de toda interferencia ilegítima proveniente de los poderes públicos o de los particulares. Como en toda actividad creativa, que por definición es prolongación de su propio autor y en la que se entremezclan impresiones y experiencias del mismo, la creación literaria da nacimiento a una nueva realidad, que se forja y transmite a través de la palabra escrita, y que no se identifica con la realidad empírica. De ahí que no resulte posible trasladar a este ámbito el criterio de la veracidad, definitorio de la libertad de información, o el de la relevancia pública de los personajes o hechos narrados, o el de la necesidad de la información para contribuir a la formación de una opinión pública libre. Además hay que tener en cuenta que la creación literaria, al igual que la artística, tiene una proyección externa derivada de la voluntad de su autor, quien crea para comunicarse, como vino a reconocer implícitamente la STC 153/1985, de 7 de noviembre, F. 5. De ahí que su ámbito de protección no se limite exclusivamente a la obra literaria aisladamente considerada, sino también a su difusión» (FJ 5).* Este último dato permite al TC precisar que la cobertura constitucional se extiende no solo al autor, sino también al editor [FJ 5 pfo. final].

El TC también recuerda algo importante en relación con el derecho esgrimido por la recurrente que, al parecer, no era más que el honor y no, en

cambio, la intimidad personal y familiar. *«En el presente caso la legitimación para recurrir y la titularidad del derecho fundamental invocado no coinciden en una misma persona, sino que la recurrente pretende salvaguardar el honor de su marido, fallecido once años antes de la publicación del pasaje litigioso. El dato fisiológico de la muerte no puede ser soslayado tratándose de un derecho como el del honor, que en alguna ocasión hemos calificado de personalísimo (STC 214/1991, de 11 de noviembre, F. 3) y que, a diferencia de lo que sucede con la intimidad, el art. 18.1 CE no se extiende a la familia. Con la muerte de las personas su reputación se transforma en gran medida, vinculándose sobre todo a la memoria o al recuerdo por parte de sus allegados. De ahí que no pueda postularse que su contenido constitucional y la intensidad de su protección sean los mismos que en el caso de las personas vivas. En este sentido cabe recordar cómo en la ya mencionada STC 43/2004, de 23 de marzo, relativa a un reportaje en que se aludía a la participación de un familiar de los recurrentes en el Consejo de Guerra que condenó a muerte a un conocido político de la Segunda República, este Tribunal no negó la posibilidad de acudir en amparo en defensa del honor del familiar fallecido. Pero también reconoció que el paso del tiempo diluye necesariamente la potencialidad agresiva sobre la consideración pública o social de los individuos en el sentido constitucional del término y, por consiguiente, «la condición obstativa de la personalidad frente al ejercicio de las libertades del art. 20 CE» (F. 5). Como sucedió en esta Sentencia, es en la ponderación del derecho al honor con dichas libertades y no en la identificación de los derechos en conflicto donde debe tenerse en cuenta, pues, el dato del fallecimiento de la persona cuya reputación se considera ofendida» (FJ 6).*

b) El TC, descartando otros comentarios incluidos en el fragmento polémico, reconoce el potencial lesivo de las referencias a la indumentaria y al comportamiento sexual del aludido: *«Aunque aquellas frases no pueden calificarse de insultantes o vejatorias y deben situarse en el contexto de una obra literaria, el hecho de identificar directamente al personaje, su tono jocosos y la calificación personal negativa que se desprende de las mismas deben llevarnos a considerar, que son susceptibles, al menos a priori, de vulnerar el honor de la persona» (FJ 6 in fine).* Ahora bien, resta la ponderación y, en esta tesitura, el TC se inclina por denegar el amparo solicitado, a cuyo efecto parece otorgar especial valor al hecho de que las expresiones controvertidas se contienen en una novela. *«No puede desconocerse que dicho pasaje constituye un ejercicio del derecho fundamental a la producción y creación literaria [art. 20.1 b) CE)] que, como tal, protege la creación de un universo de ficción que puede tomar datos de la realidad como puntos de referencia, sin que resulte posible acudir a criterios de veracidad o de instrumentalidad para limitar una labor creativa y, por lo tanto, subjetiva como es la literaria. Por otro lado, y como también se desprende de cuanto se ha señalado anteriormente, el párrafo litigioso, a pesar de identificar claramente a la persona pretendidamente ofendida, no puede considerarse lesivo de su honor, teniendo en cuenta su fallecimiento once años antes, que no nos encontramos ante un supuesto de sucesión procesal, y que, interpretado en su conjunto y en el contexto de una obra literaria que pretende describir la evolución de una determinada generación, el fragmento litigioso y, concretamente, las frases aparentemente vulneradoras de dicho honor no pueden considerarse ni en sí mismas vejatorias ni desmerecedoras de la reputación o consideración ajenas» (FJ 7).*



**STC 58/2008, de 28 de abril****RA: Estimado.****Ponente: Jiménez Sánchez.****Conceptos: Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Acogimiento preadoptivo. Adopción. Asentimiento o mera audiencia de la madre biológica a la adopción. Nulidad de las resoluciones sobre adopción. Efectos.****Preceptos de referencia: Artículos 24.1 y 39 CE.; 9.2 CDN; 172.1 y 177 CC; 781 LEC.**

La sentencia centra su análisis en determinar si el derecho de la demandante de amparo a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) se vio lesionado por alguna de las dos decisiones siguientes: a) la de negarle la condición de parte en el procedimiento de jurisdicción voluntaria de adopción de su hijo biológico; b) la de no acordar la apertura del incidente del art. 781 LEC para decidir la necesidad de su asentimiento a la adopción o la procedencia de su mera audiencia. El análisis, lejos de referirse al estricto cumplimiento de la legalidad procesal, busca determinar si en el concreto supuesto la demandante de amparo dispuso o no de la ocasión de someter a los Tribunales de justicia la cuestión de si su asentimiento a la adopción era o no condición necesaria para autorizarla. Admitido que ni el menor se hallaba emancipado ni la recurrente privada de la patria potestad, el único supuesto que justificaría prescindir del asentimiento a la adopción por parte de la madre demandante de amparo sería el de encontrarse incurso «*en causa legal para tal privación*», situación solo apreciable en el procedimiento judicial contradictorio del art. 781 LEC, pues la especial trascendencia de los intereses en juego no permite que la decisión sea meramente intuitiva o presumida. Por tanto, al no precisar la causa por la cual entendía que podía prescindirse del asentimiento de la madre biológica a la adopción y no adoptar las medidas necesarias para que pudiera hacer uso del incidente previsto en el art. 781.2. *in fine* LEC, el órgano judicial colocó a la demandante de amparo en situación de indefensión y, en consecuencia, vulneró su derecho a la tutela judicial efectiva. Se otorga el amparo sin efecto suspensivo de las resoluciones impugnadas, atendiendo a todos los intereses en juego, singularmente los del niño adoptado, y ordenándose restablecer a la recurrente en la integridad de su derecho, anulando los autos y resoluciones cuestionados y retrotrayendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior a su dictado para que el órgano judicial haga saber a la demandante de amparo la circunstancia por la cual basta su simple audiencia y, en su caso, tramite la oposición que la demandante de amparo pudiera deducir, concluyendo luego el proceso con pleno respeto al derecho fundamental vulnerado.

**STC 59/2008, de 14 de mayo****CI sobre el art. 153.1 CP: Desestimada.****Ponente: Sala Sánchez. Votos particulares de Conde Martín de hijas y otros tres.****Conceptos: Violencia de género. «Maltrato de obra». Discriminación por razón de sexo. Diferencia de trato punitivo. Principio de igualdad. Principio de culpabilidad. Diferenciación razonable. Acción positiva. Derecho desigual igualatorio.****Preceptos de referencia: Artículos 10, 14 y 24.2 CE; art. 153.1 CP.**

Cuestión de inconstitucionalidad en relación con el artículo 153.1 CP (en redacción dada por el artículo 37 LO 1/2004, de 28 de diciembre), planteada

por el Juzgado de lo Penal de Murcia. El Juzgado de violencia sobre la mujer incoa diligencias por presunto delito de maltrato familiar entre las que se encuentra la adopción de una orden de protección de la víctima. Remitidas las actuaciones al Juzgado de lo Penal, su titular concede a las partes un plazo para alegar lo que estimen acerca de un posible planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 153.1 CP. Los hechos merecen la calificación de «maltrato de obra»: resulta imponible una pena de prisión de nueve meses y un día, cuando para idénticas circunstancias si la agresora hubiese sido la esposa, la pena sería de siete meses y dieciséis días. La diferencia afectaría también a la pena de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela guarda o acogimiento; y al régimen de las alternativas a la pena privativa de libertad, al que resultarán aplicables algunas agravaciones. El Auto precisa que la duda de constitucionalidad recae sobre la referencia a la condición necesariamente femenina de la víctima y, correlativamente, masculina del agresor, como elemento de agravación de la pena de prisión. El TC desestima la cuestión de inconstitucionalidad.

**1. «Acción positiva» o derecho desigual igualatorio.**—Es una doctrina cuyo origen suele situarse en Estados Unidos y que ha sido recibida en Europa y acogida por nuestro Tribunal Constitucional a partir de la STC 229/1992. Consiste en «remedios correctores de pasadas injusticias que han recaído sobre grupos determinados, procurando una redistribución del empleo, la educación, los cargos públicos y otros bienes escasos, a favor de esos grupos, caracterizados normalmente por su raza, etnia o género, llegando a otorgarles un trato preferencial que facilite su acceso a esos bienes, como compensación a actuales o pretéritas discriminaciones dirigidas contra ellos, con la finalidad de procurar una distribución proporcionada de aquellos». Esta doctrina distingue entre «normas protectoras», y normas «promotoras», con medidas tendentes a compensar una desigualdad de partida para alcanzar una igualdad material efectiva.

La recepción en España ha sido, sin embargo, limitada y el Auto se cuestiona la legitimidad de unas medidas que a su entender no contribuyen a los mencionados objetivos. Entiende, a mayor abundamiento, que establecer una distinción por sexo en sede penal comprometería injustificadamente el principio de igualdad y los derechos a la presunción de inocencia y de dignidad de la persona. El Auto apela al hecho de que el recurso a la sanción penal representa una «huída al derecho penal» que entraña ciertos peligros y debilita la deseable «neutralidad sexual» en la descripción de los tipos legales que es una constante en la política criminal. Desde esta perspectiva, el riesgo se traduce en una relajación o atenuación del principio de culpabilidad que ha sido consagrado en la Constitución española. Un argumento que no es compartido por el Fiscal General del Estado, quien subraya que las relaciones de pareja y el sexo de los miembros de la misma carecen en la realidad social de la neutralidad que se predica, siendo constantes los condicionantes socioculturales que actúan y que es precisamente este problema social el que ha llevado al legislador a adoptar medidas.

**2. Principio de igualdad.**—La sentencia acoge la doctrina sentada por el Alto Tribunal que diferencia los dos contenidos del artículo 14 CE: el principio de igualdad y las prohibiciones de discriminación. En palabras conclusivas de la STC 222/1992, de 11 de diciembre, «los condicionamientos y límites que, en virtud del principio de igualdad pesan sobre el legislador se cifran en una triple exigencia, pues las diferenciaciones normativas habrán de mostrar, en primer lugar, un fin discernible y legítimo, tendrán que articularse, ade-

más, en términos no inconsistentes con tal finalidad y deberán, por último, no incurrir en desproporciones manifiestas a la hora de atribuir a los diferentes grupos y categorías derechos, obligaciones o cualesquiera otras situaciones jurídica subjetivas». El TC ha venido admitiendo «que los motivos de discriminación que dicho precepto constitucional prohíbe puedan ser utilizados excepcionalmente como criterio de diferenciación jurídica [...] si bien en tales supuestos el canon de control, al enjuiciar la legitimidad de la diferencia y las exigencias de proporcionalidad resulta mucho más estricto, así como más rigurosa la carga de acreditar el carácter justificado de la diferenciación». La diferenciación jurídica exige pues: una justificación objetiva, razonable, y que no depare consecuencias desproporcionadas en las situaciones diferenciadas en atención a la finalidad perseguida con la diferenciación.

**3. Juicio de justificación objetiva y razonable.**—Por lo que hace al primer requisito (la justificación objetiva y razonable), la diferenciación normativa la sustenta el legislador en «su voluntad de sancionar más unas agresiones que entiende que son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen y a partir también de que tales conductas no son otra cosa [...] que el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quien de un modo constitucionalmente intolerable ostenta una situación subordinada». Por otro lado, es al legislador a quien compete «la configuración de los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo».

Por lo que hace al segundo requisito (la razonabilidad), debe distinguirse entre la legitimidad del fin de la norma y la adecuación de la diferenciación a dicho fin. La legitimidad constitucional es clara cuando se observa que el precepto penal persigue la protección de la vida, la integridad física, la salud, la libertad y la seguridad de las mujeres que se hallan insuficientemente protegidas en el ámbito de las relaciones de pareja. El juicio de adecuación queda superado cuando se observan las altísimas cifras en torno a la grave criminalidad que tiene como víctima la mujer, y por el hecho de que esta violencia es peculiarmente lesiva para la víctima (por el efecto intimidatorio que afecta a la libre conformación de la voluntad, y por el daño en su dignidad), de ahí que a la gravedad mayor se exija una mayor sanción que redunde en una mayor protección de las potenciales víctimas. La Ley utiliza el término género, porque «no se trata una discriminación por razón de sexo. No es el sexo en sí de los sujetos activo y pasivo lo que el legislador toma en consideración con efectos agravatorios [...] sino el carácter especialmente lesivo de ciertos hechos a partir del ámbito relacional en el que se producen y del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad».

**4. Juicio de ausencia de desproporción.**—El análisis de proporcionalidad exige tener en cuenta la finalidad que persigue. El baremo ha de ser de «contenido mínimo». Concorre desproporción cuando «quepa apreciar entre ellos un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable a partir de pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa» (según SSTC 55/1996, 161/1997 y 126/1999). En el caso analizado, la diferencia es muy limitada frente a la trascendencia de los objetivos. A ello se suma que a una de las penas diferenciadas se ofrece alternativa de trabajos en beneficio de la comunidad y se incorpora la opción de adaptación judicial de la pena a las peculiaridades del caso.

**5. Presunción de culpabilidad.**—La diferencia jurídica no tiene como premisa una presunción de culpabilidad de los varones. Lo que el legislador hace es «*apreciar el mayor desvalor y mayor gravedad propios de las conductas descritas. No se trata de una presunción normativa de lesividad, sino de la constatación razonable de tal lesividad*». Tampoco se trata de una presunta especial vulnerabilidad de las mujeres, que podría ser contraria a la idea de igual dignidad de las personas, sino de un reproche legal hacia la gravedad de las agresiones concretas que se producen en el seno de una pareja. La sentencia expresa finalmente que «*como esta gravedad no se presume, como la punición se produce precisamente por la consciente realización del más grave comportamiento tipificado, no podemos apreciar vulneración alguna del principio constitucional de culpabilidad*».

**6. Votos particulares.**—La sentencia cuenta con cuatro votos particulares:

En opinión de Conde Martín de Hijas, al tratarse, a su entender, de una sentencia interpretativa, no resulta lógico que la interpretación apreciada como constitucionalmente aceptable no se haya llevado al fallo. Esta ausencia en el fallo produce inseguridad jurídica porque los órganos jurisdiccionales no tendrán certeza de si la interpretación cuestionada y aceptada es constitucional o no. Discute también el Magistrado la base apriorística según la cual la agresión producida en el ámbito de las relaciones de pareja tiene mayor desvalor cuando es producida por el varón a la mujer. Y si la consideración del mayor desvalor es la clave de la sentencia, resulta exigible que se justifique de modo incuestionable; Si la sentencia del TC está introduciendo un elemento en el tipo, la idea de mayor desvalor, no consta ni explícita ni implícitamente en el mismo, pone en entredicho el principio penal de legalidad. Por otro lado el discurso de la pauta cultural de desigualdad supone un riesgo de caer en una culpabilización colectiva de los varones si la conducta individual no es valorada.

En opinión de Delgado Barrio la sentencia no declara, como debiera, su carácter interpretativo. «*Para que una conducta sea subsumible en el art. 153.1 CP no basta con que se ajuste cumplidamente a la detallada descripción que contiene, sino que es preciso además que el desarrollo de los hechos constituya manifestación de la discriminación, situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres*». La introducción en el tipo descrito de un nuevo elemento que no aparece en su texto expreso hace necesario examinar si se han respetado las garantías materiales de la predeterminación normativa propia del ámbito sancionador que se establece en el art. 25.1 CE.

Rodríguez-Zapata, por su parte, con base en los principios de legalidad penal y de seguridad jurídica, manifiesta que el art. 153.1 CP no incorpora el elemento finalista que luego se utiliza para interpretar el texto. La sentencia utiliza, y de manera defectuosa, la técnica de las llamadas *sentencias interpretativas de rechazo*, lo que implica una auténtica declaración de inconstitucionalidad parcial del tipo penal mediante una técnica muy cuestionada por la dogmática italiana (donde se desarrolló) y por nuestra jurisprudencia en España, por la inseguridad jurídica que produce. A entender del Magistrado, debiera delimitar la sentencia con claridad y precisión cual es la interpretación incompatible con la Constitución y las razones por las que llega a tal conclusión. El objeto de una sentencia interpretativa debiera ser, precisamente, despejar las dudas de inconstitucionalidad. A juicio del Magistrado, el plus de culpa por la situación discriminatoria creada por las pasadas generaciones de varones, es una presunción incompatible con los principios del Derecho penal moderno. El

principio de culpabilidad, a su entender, resulta infringido cuando indiscriminadamente se aplica el art. 153.1 CP a acciones que tengan su origen en otras posibles causas, y lo que es más grave, sin que conlleve la necesidad de probar que se ha actuado abusando de una situación de dominación.

Finalmente, Rodríguez Arribas fundamenta su rechazo en la vulneración del principio de igualdad y por contener una discriminación por razón de sexo en perjuicio del hombre, lo que es aún más visible en el caso de agresiones recíprocas, en que los mismos hechos, producidos simultáneamente, pueden ser objeto de sanciones de gravedad diferente. La introducción de un elemento en un tipo penal, aunque se reputa implícito o ínsito, plantea también la cuestión de si ello podría abrir paso a la afectación del principio de legalidad y taxatividad penal que impone el artículo 25 de nuestra Constitución.

### **STC 68/2008, de 23 de junio**

**RA: Desestimado.**

**Ponente: Pérez Vera.**

**Conceptos: Libertad de información. Derecho al honor. Canon de diligencia informativa. Interés público informativo.**

**Preceptos de referencia: Artículos 20.1 d) y 18.1 CE.**

El recurso de amparo tiene su origen en la publicación, en un número de la revista *Cambio 16* de 1994, de un artículo periodístico en el que, bajo el título «*Visado Barato, Amigo*», se daba cuenta de la implicación de tres hermanos, empleados del consulado español de Casablanca, en una red ilegal de concesión de visados a ciudadanos marroquíes. La demanda de los hermanos contra la empresa editora, contra el periodista autor de la noticia y contra el director de la revista por intromisión ilegítima en el derecho fundamental al honor fue estimada por la primera instancia por medio de una sentencia que fue posteriormente confirmada por la Audiencia Provincial y por la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo. El TC desestima el recurso y confirma las resoluciones judiciales impugnadas.

**1. Objeto del recurso de amparo y relación con la interdicción de revisión constitucional del relato fáctico acreditado en la jurisdicción ordinaria.**—Como se expone con detalle en la presente Sentencia, el objeto del recurso de amparo reside en determinar si la publicación de la noticia litigiosa fue precedida de la diligencia exigible en el caso, y ello, bajo la consideración de que la acreditación de tal extremo dotaría a la indiscutible intromisión en el derecho al honor de los afectados por la noticia de un carácter legítimo. En la medida en que la valoración de la diligencia exigible a los periodistas condenados por la jurisdicción civil constituye un elemento de naturaleza esencialmente fáctico —y sobre el que los tribunales se pronunciaron, de modo determinante, en el sentido de negar su existencia—, el TC aclara, como cuestión preliminar a la resolución del recurso de amparo, que el enjuiciamiento constitucional no se dirige a reformular los hechos de un modo distinto al de la instancia, lo que contravendría lo dispuesto en el art. 44.1 b) LOTC. Antes bien, la función del recurso de amparo en estos casos estriba en comprobar que el «*razonamiento que ha conducido a negar la existencia de pruebas acreditativas del contraste informativo resultó acorde con el derecho fundamental que se invoca (art. 20.1 d) CE*»; y, en la medida de ello, resulta conforme a dicha función y a los límites de la jurisdicción constitucional que el TC alcance una «*interpretación propia del relato fáctico*» (FJ 2).

**2. Doctrina constitucional de los requisitos necesarios para la prevalencia del derecho a la libertad de información sobre el derecho al honor.**—Como marco normativo y sistemático del enjuiciamiento del conflicto suscitado en el recurso de amparo, el TC repasa las líneas generales de su doctrina en relación con el juicio de ponderación entre el derecho fundamental a la libertad de información y el derecho al honor. En particular, y en atención al caso enjuiciado, la Sentencia identifica los dos requisitos que debe cumplir toda información cuyo contenido es susceptible de afectar el honor para que, pese a ello, pueda estar amparada por el derecho fundamental del art. 20.1 d) CE; a saber, (i) que la información aluda a *«hechos con relevancia pública, en el sentido de noticiables»* y (ii) que *«sea veraz»*.

**3. Doctrina constitucional sobre el requisito de la veracidad en las informaciones idónea para constituir una intromisión en el derecho al honor.**—No habiéndose discutido la acreditación del primer requisito en el caso, esto es, que la información litigiosa presenta un interés público informativo, la Sentencia centra su atención en el requisito de la veracidad. Como es bien sabido, y como el TC se esfuerza en recordar aquí, este requisito no se traduce en una exigencia de *«rigurosa y total exactitud en el contenido de la información»*, sino en la imposición de un deber de comprobación de la realidad de la información *«mediante las oportunas averiguaciones propias de un profesional diligente»*. De este modo, se cumple el requisito de la veracidad cuando *«el informador haya realizado con carácter previo a la difusión de la noticia una labor de averiguación de los hechos sobre los que versa la información y que la referida indagación la haya efectuado con la diligencia que es exigible a un profesional de la información»* (FJ 4). Además, se recuerda, en segundo lugar, y como parte integrante de la doctrina constitucional sobre el requisito de veracidad, que la apreciación de la diligencia exigible se determina según las circunstancias del caso y que, por ello, *«adquirirá su máxima intensidad cuando la noticia que se divulga pueda suponer por su propio contenido un descrédito en la consideración de la persona a la que la información se refiere»* (*ibid.*). Asimismo, el juicio de veracidad debe tener en cuenta si las personas afectadas por la información litigiosa presentan notoriedad pública, en el sentido de que dichas personas *«deben soportar un cierto mayor riesgo de injerencia en sus derechos de la personalidad que las personas privadas»* (*ibid.*).

**4. La solución al caso: la falta de veracidad de la información reside en la ausencia de una averiguación previa y diligente de los hechos.**—Asumiendo como propio de su jurisdicción el que, al parecer, fue el debate suscitado en la jurisdicción ordinaria, el TC se plantea, para la resolución del recurso de amparo, el ángulo desde el que debe ser analizado si las personas responsables de la información litigiosa cumplieron con su deber de diligencia acorde con el descrédito que ocasionaba a los hermanos afectados por la noticia. Para ello, el TC no considera relevante atender al criterio de las posibilidades efectivas de contrastar la información, ni al criterio de la fiabilidad de la fuente de la cual se obtuvo la información. De hecho, en el presente caso, el TC considera que la investigación desarrollada por los autores de la información cumplió con ambos extremos, pues las eventuales fuentes diplomáticas consultadas eran fiables, sin que, por otro lado, resulte cuestionable la potencialidad del contraste informativo. Aquello que, en cambio, sí deviene relevante para enjuiciar la adecuación de la diligencia seguida por los periodistas de la noticia al canon exigido por la CE es la acreditación de un *«previo contraste informativo suficiente para el cumplimiento del requisito de la veracidad de la información»* (FJ 6). Por este motivo, el TC no concede, para

desestimar el recurso de amparo y confirmar la condena, relevancia a una carta –al parecer, aportada como documento por los demandados en la apelación– del Cónsul en Casablanca y cuyo contenido daba cierta verosimilitud a la noticia. No obstante, y como queda dicho, este dato, aun constituyendo «*un indicio solvente e intenso que apunta a la existencia de irregularidades*», no es, según el TC, relevante para el correcto enjuiciamiento del caso desde la perspectiva del derecho fundamental a la libertad de información, en la medida en que «*no evidencia una averiguación previa y diligente*» de los periodistas.

**STC 109/2008, de 22 de septiembre**

**RA: Estimado en parte.**

**Ponente: Jiménez Sánchez.**

**Conceptos: Tutela judicial. Contradicción fáctica entre resoluciones civiles y penales. Resolución civil dictada con conocimiento del contenido fáctico de sentencia penal firme sobre los mismos hechos.**

**Preceptos de referencia: Artículos 9.3 y 24 CE.**

La sentencia se ocupa de un problema que ya ha llegado en otras ocasiones al Tribunal Constitucional: la compatibilidad o no con la Constitución de resoluciones contradictorias recaídas en órdenes jurisdiccionales distintos. Los hechos son simples. Una sociedad presenta una demanda de suspensión de obra nueva contra una persona (Sr. X) que había acometido trabajos de roturación y explanación en una finca propiedad de la actora. En el procedimiento se pide y acuerda la suspensión de las obras como medida cautelar. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia (JPI) desestima al fin la demanda porque no considera probado que el demandado Sr. X interviniera en la realización de las obras denunciadas (solo se probó que era dueño de una de las máquinas utilizadas). En paralelo, se había iniciado un juicio de faltas contra el mismo Sr. X por el supuesto incumplimiento de la orden de suspensión cautelar. La sentencia penal, posterior a la del JPI, resultó condenatoria «*al estimar acreditado que, pese a la orden judicial que imponía la paralización de las obras, después de una inicial paralización se reanudaron los trabajos por orden del demandado en el interdicto de obra nueva*» (FJ 1). La Audiencia (penal) confirmó la condena. Entre tanto, la sentencia civil había sido recurrida. Al resolverse la apelación civil, ya se habían dictado las dos sentencias penales declarando que el denunciado Sr. X era quien había llevado a cabo los trabajos a los que ambos procedimientos –civil y penal– se referían. Aunque las sentencias penales de instancia y apelación fueron aportadas al proceso civil (y este es un dato básico) la Audiencia confirmó la sentencia del JPI con el mismo argumento que éste había utilizado. Ante este resultado, el demandante y querellante entendió vulnerado su derecho a la tutela judicial (art. 24 CE) y el principio de seguridad jurídica, pues no era admisible que la Audiencia (civil) negase unos hechos que ya habían sido admitidos en una sentencia penal firme («*a aquel a quien en el proceso civil se le negaba legitimación [pasiva] como consecuencia de no considerarlo dueño de la [...] obra resulta condenado en la jurisdicción penal por ordenar la reanudación de los trabajos precisamente en calidad de dueño de la obra*», FJ 3 STC).

El Tribunal resume ante todo su doctrina anterior: «*Este Tribunal ya se ha pronunciado con anterioridad sobre la compatibilidad con la Constitución del dictado de resoluciones contradictorias en órdenes jurisdiccionales distintos,*

diferenciando en función del extremo sobre el que se proyecte la contradicción. Así, conforme a nuestra doctrina, como regla general carece de relevancia constitucional que puedan alcanzarse resultados contradictorios entre decisiones provenientes de órganos judiciales integrados en distintos órdenes jurisdiccionales cuando esta contradicción tiene como soporte el haber abordado bajo ópticas distintas unos mismos hechos sometidos al conocimiento judicial, pues en estos casos los resultados contradictorios son consecuencia de los criterios informadores del reparto de competencias llevado a cabo por el legislador entre los diversos órdenes jurisdiccionales. Ahora bien, no todos los supuestos de eventuales contradicciones entre resoluciones judiciales emanadas de órdenes jurisdiccionales distintos carecen de relevancia constitucional, pues ya desde la STC 77/1983, de 3 de octubre declaramos que «unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado», lo que sucede cuando la contradicción no deriva de haberse abordado unos mismos hechos desde perspectivas jurídicas diversas (SSTC 30/1996, de 26 de febrero, F. 5, 50/1996, de 26 de marzo, F. 3), sino que reside precisamente en que «unos mismos hechos ocurrieron o no ocurrieron, o que una misma persona fue su autor y no lo fue», pues ello repugna a los más elementales criterios de la razón jurídica y vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 62/1984, de 21 de mayo, F. 5; 158/1985, de 26 de noviembre, F. 4; 30/1996, de 27 de febrero, F. 5; 50/1996, de 26 de marzo, F. 3; 59/1996, de 15 de abril, F. 2, y 179/2004, de 18 de octubre, F. 10)» (FJ 3).

En este caso, el TC otorga el amparo al considerar que, en efecto, hay una «contradicción fáctica» en este caso inaceptable. «La doctrina de este Tribunal sobre resoluciones judiciales contradictorias de distintos órdenes jurisdiccionales proclama la necesidad de arbitrar medios para evitar contradicciones entre las decisiones judiciales referidas a los mismos hechos y para remediarlos si se han producido. Ello supone que, si existe una resolución firme dictada en un orden jurisdiccional, otros órganos judiciales que conozcan del mismo asunto con posterioridad deberán también asumir como ciertos los hechos declarados tales por la primera resolución o justificar la distinta apreciación que hacen de los mismos (SSTC 158/1985, de 26 de noviembre, F. 6, 204/1991, de 30 de octubre, F. 4, y, recientemente, STC 16/2008, de 31 de enero, F. 2)» (FJ 4). Por todo ello, tras declarar la vulneración del art. 24.1 CE, el TC anula la sentencia civil de la Audiencia Provincial, retrotrayendo las actuaciones al momento anterior.

### **STC 139/2008, de 28 de octubre**

**CI: Inadmitida.**

**Ponente: Gay Montalvo. Voto particular de Rodríguez-Zapata.**

**Conceptos: Delito de maltrato familiar. Pena de alejamiento. Derecho a la libertad personal. Principio de libertad. Principio de libre desarrollo de la personalidad.**

**Preceptos de referencia: Artículos 1.1, 10 y 17 CE; art. 57 y 48.2 del CP redactados por LO 15/2003, de 15 de noviembre.**

La sentencia resuelve una cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Arenys de Mar, en relación con los artícu-



los 57 y 48.2 CP. El TC inadmite la cuestión de inconstitucionalidad, aunque con un voto particular discrepante.

**1. Principio de libertad personal vs. pena de alejamiento.**—Existe una diferencia conceptual entre el derecho a la libertad personal del art. 17 CE, el valor libertad como superior del ordenamiento jurídico (art. 1 CE) y el derecho a la dignidad (art. 10 CE). El derecho a la libertad individual del artículo 17 CE sería difícilmente aplicable a la víctima del delito.

La duda de constitucionalidad en el presente supuesto se centra en la imposición obligatoria de la medida de no aproximación o de alejamiento de la víctima y la presunta vulneración del derecho al desarrollo de la personalidad de las parejas, al desligarse la imposición de la medida de la voluntad de éstas. El Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal argumentan que tal consecuencia es inherente al sistema penal, en el que las penas no se imponen en función de la voluntad u opinión de la víctima de los delitos, sino de la responsabilidad de sus autores. En este sentido toda pena impuesta a una persona afecta en mayor o menor medida a su círculo de allegados, sin que por eso se pueda entender que la imposición de una pena a un familiar impida el desarrollo de la personalidad del individuo. La medida del poder público obstativa del desarrollo de la personalidad debería recaer directamente sobre la persona afectada y venir referida a una actuación antijurídica o irregular del poder, nunca a una medida impuesta por una norma penal habilitante.

Por otro lado, por lo que respecta a la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico, expresa el Fiscal General del Estado que sólo desde una conexión muy indirecta puede relacionarse con el precepto que se estima inconstitucional. Al conceptuar la libertad en la forma antedicha, y dada su generalidad, el art. 1.1 CE no puede utilizarse como parámetro constitucional si no se conecta con otro precepto que específicamente sea aplicable en el caso contemplado. En este sentido, dado el concepto poliédrico que representa la palabra libertad, resulta harto difícil conectarlo con el caso por la existencia de una presunta coacción que la norma penal impone y que afecta de un modo directo al autor de la infracción y, de modo colateral, a su círculo de allegados, que se ven concernidos por la pena impuesta pero bajo el amparo de una norma legal.

**2. Inadmisión por falta de audiencia.**—El Tribunal Constitucional constata, sin embargo, que en la tramitación del procedimiento no se han cumplido algunas esenciales formalidades relativas al trámite de audiencia de las partes, *«trámite que debe satisfacer dos funciones que le son inherentes: de un lado, garantizar una efectiva y real audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal ante una posible decisión de tanta entidad, poniendo a disposición del Juez un medio que le permita conocer la opinión de los sujetos interesados con el fin de facilitar su reflexión sobre la conveniencia o no de proceder a la apertura de dicho proceso [...] y, de otro, facilitar el examen por parte de este tribunal acerca de la viabilidad de la cuestión misma y el alcance del problema constitucional en ella planteado»*, con cita del ATC 108/1993, de 30 de marzo. La importancia de la audiencia se manifiesta también en el hecho de que la providencia que la otorga debe especificar los preceptos legales cuestionados y las normas constitucionales que el Juez estima de posible vulneración, de modo que, en la medida que el defecto imposibilita a las partes conocer el planteamiento del Juez proponente, constituye motivo de inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad (la Providencia del Juez promotor alude al artículo 17.1 CE y no

es hasta el Auto de planteamiento de la cuestión cuando incorpora como preceptos constitucionales presuntamente infringidos los art. 1.1 y 10.1 CE). El TC inadmite la cuestión de inconstitucionalidad, por aplicación de la doctrina sobre la identidad en el trámite de audiencia de los preceptos cuestionados y normas constitucionales presuntamente infringidas.

**3. Voto particular.**—El Magistrado Rodríguez-Zapata formula voto particular para expresar su discrepancia, por considerar que la cuestión de inconstitucionalidad no debiera haber sido inadmitida, pues aun cuando se hubiera producido el cumplimiento defectuoso del trámite regulado en el artículo 35.2 LOTC, ello solo debiera implicar descartar el examen de la cuestión desde la perspectiva de tales artículos (con cita de STC 120/2000).

### **STC 161/2008, de 2 de diciembre**

**RA: Estimado.**

**Ponente: Aragón Reyes.**

**Conceptos: Derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la ley.**

**Preceptos de referencia: Artículo 14 CE.**

Los hechos de los que parte la sentencia son los siguientes: tras ser condenado como autor de un delito por la Audiencia Nacional, el recurrente anunció su intención de formalizar recurso de casación ante el Tribunal Supremo y, una vez personado ante la Sala de lo Penal del mismo, solicitó que se le confiriera plazo para formalizarlo. El TS desestimó la solicitud por considerar que el recurrente no estaba en ninguno de los supuestos en los que procede la concesión de un plazo especial, como pueden ser aquellos en que se hubiera de designar abogado y procurador de oficio, o cuando quien ha de formalizar el recurso es un letrado de nueva designación que no conoce el contenido del procedimiento. En el presente caso el recurrente tenía designado abogado y procurador desde el escrito de preparación, que eran los mismos que actuaron en el juicio oral, por lo que el Alto Tribunal entendió que no procedía la concesión de un plazo para formalizar el recurso de casación.

El recurrente presentó recurso de amparo por entender que en otras ocasiones la Sala de lo Penal del TS sí había señalado plazo específico para la formalización del recurso a pesar de hallarse asistido y representado por los mismos profesionales que en el juicio oral, y que ese cambio de criterio, carente de motivación, vulneraba sus derechos fundamentales. Concretamente, el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con los principios de interdicción de la arbitrariedad y seguridad jurídica (art. 9.3 CE), así como el principio de igualdad (art. 14 CE).

El TC estima el recurso de amparo por entender que, en efecto, se vulnera el derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la ley (art. 14 CE), que se produce «*cuando un mismo órgano judicial se aparta de forma inmotivada de la interpretación de la ley seguida en casos esencialmente iguales*» (FJ 2). El TC no entra a ponderar la corrección jurídica de la interpretación que hace el TS acerca del plazo para formalizar el recurso de casación, pues es una cuestión de legalidad ordinaria que compete exclusivamente a los órganos judiciales, pero sí estima que «*en la medida en que diferentes justiciables han obtenido respuestas dispares del mismo órgano judicial en supuestos de hecho idénticos, sin la motivación constitucionalmente exige-*

da» (FJ 3) se produce una vulneración del art. 14 CE, pero no de los otros preceptos alegados por el recurrente (24 y 9.3 CE).

### STC 169/2008 de 15 de diciembre

**RA: Estimado.**

**Ponente: Aragón Reyes.**

**Conceptos: Derecho a la libertad personal y a la tutela judicial efectiva.**

**Preceptos de referencia: Artículos 17.1 y 24.1 CE.**

El recurso de amparo versa sobre la posible vulneración de los derechos a la libertad y a la tutela judicial efectiva de un extranjero por falta de motivación de su internamiento en prisión decretado como medida cautelar por Auto del Juzgado de Instrucción, a fin de asegurar su devolución a Marruecos por haber quebrantado la orden de prohibición de entrada en España durante diez años acordada por resolución de la Delegación del Gobierno en Madrid. El demandante del amparo interpuso recurso de Apelación ante la Audiencia Provincial de Madrid por haberse acordado el internamiento sin motivación suficiente. La Audiencia declaró que la apelación había quedado sin objeto al haberse producido la devolución del demandante a su país de origen.

Señala la sentencia del TC que el órgano judicial adoptó la medida de internamiento en prisión del extranjero sin tener en cuenta que, además de señalar las circunstancias relativas a la decisión de expulsión, debía hacer mención a las relativas a *«la situación legal y personal del extranjero, la mayor o menor probabilidad de su huida, al hecho de que carezca de domicilio o de documentación, a la existencia de condena o sanciones administrativas previas y de otros procesos penales o procedimientos administrativos sancionadores pendientes o a cualquiera otra circunstancia que el Juez estime relevante para adoptar su decisión»* (FJ 3). El Juez de Instrucción no expresa, al parecer del TC, los motivos y causas en virtud de los cuales acuerda el internamiento del detenido, limitándose a señalar que concurre la causa de expulsión invocada en el expediente administrativo, pese a que el órgano judicial disponía de información suficiente sobre las circunstancias que concurrían en el demandante del amparo reflejadas en las diligencias policiales (se hacía constar la carencia de documentación del detenido, la falta de arraigo personal y familiar, el haber sido detenido en varias ocasiones por supuestas infracciones penales, la utilización de diferentes identidades, etc). Por otra parte, señala la sentencia que la Audiencia Provincial dejó injustificadamente de pronunciarse pues *«el hecho de que el internamiento ya hubiera cesado como consecuencia de la efectiva ejecución de la orden de devolución dictada por la autoridad gubernativa, no eximía al Tribunal ad quem de examinar si el Auto del Juzgado de Instrucción contenía, atendidas las circunstancias concurrentes en el caso y las alegaciones del propio recurrente, la motivación exigible para acordar la medida de internamiento (...) por tratarse de una medida excepcional que afecta al derecho fundamental a la libertad personal»* (FJ 5) Por todo ello, el TC declara que tanto el Auto del Juzgado como el de la Audiencia Provincial incurren en vulneración de los derechos fundamentales a la libertad y a la tutela judicial efectiva y concede el amparo solicitado.

**STC 176/2008, de 22 de diciembre**

**RA: Desestimado.**

**Ponente: Aragón Reyes.**

**Conceptos: Modificación de medidas matrimoniales. Custodia y régimen de visitas del hijo menor de edad. Restricción del acuerdo originario de visitas. Derecho a la igualdad. Discriminación por razón de la orientación sexual. Transexualidad del padre. Interés superior del niño. Riesgo para la integridad psíquica del niño. Conflicto de intereses. Regla de la ponderación.**

**Preceptos de referencia: Artículos 10.1, 10.2, 14, 18.1 y 18.4 CE; 9.3 CDN, 8 y 14 CEDH; 26 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, 13 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (futuro art. 19 del nuevo Tratado de funcionamiento de la Unión Europea); 14 de la Carta Europea de los Derechos del Niño; 21.1 y 24.3 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea; Dictámenes y comunicaciones del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas; 94 CC, 3 LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor; 4.1 y 5 Ley 3/2007.**

Toda decisión judicial que suprima, suspenda o restrinja los derechos del progenitor en relación con sus hijos menores, cuya *ratio decidendi* descanse de forma decisiva en la orientación sexual de aquél supone una diferenciación discriminatoria proscrita por el art. 14 CE. Sin embargo, entiende el Tribunal que la restricción del régimen de visitas acordada en las sentencias impugnadas por la recurrente, no responde a su transexualidad sino a la situación de inestabilidad emocional por la que atraviesa –según dictamen pericial psicológico asumido por los órganos judiciales– y que supone un riesgo relevante de alteración efectiva de la salud emocional y del desarrollo de la personalidad del menor, dada su edad (seis años al producirse la exploración judicial) y la etapa evolutiva en la que se encuentra. Por ello, la sentencia concluye que dicha decisión fue adoptada atendiendo al interés genuino y prevalente del menor, tras ponderarlo con el de sus progenitores, y sin que se advierta, como pretenden el recurrente y el Ministerio Fiscal, la influencia de un supuesto prejuicio respecto a la transexualidad del padre. De acuerdo con ello, se desestima la alegación de un tratamiento jurídico desfavorable en el marco de las relaciones paternofiliales de la parte recurrente, proscrito por el art. 14 CE. Para llegar a esta resolución, el TC realiza un análisis pormenorizado de la transexualidad como causa de amparo en el artículo 14.2 CE, del principio rector del interés prevalente del niño, de la existencia de un derecho de comunicación y visitas tanto del progenitor que no ostenta la guarda y custodia permanente del hijo menor de edad como de este último y de la posibilidad excepcional de limitarlo o suspenderlo ante circunstancias graves, de la necesidad de recurrir a un juicio de ponderación cuando exista un conflicto de derechos en estos temas que permita calibrar la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada, del riesgo relevante de lesión de la integridad psíquica del niño, de la improcedencia de presumir un riesgo de alteración efectiva de la personalidad del menor por el mero hecho de la orientación sexual de uno u otro de sus progenitores; todo ello con remisiones constantes a la CE, a diferentes tratados de derechos humanos y a resoluciones judiciales y de organismos internacionales.

**STC 183/2008, de 22 de diciembre****RA: Estimado.****Ponente: Pérez Tremps.****Conceptos: Derecho a la tutela judicial efectiva. Menor extranjero.****Representación del menor. Conflicto de intereses entre el menor y la entidad representante. Defensor judicial. Jurisdicción contencioso-administrativa y civil.****Preceptos de referencia: Art. 24.1 CE**

El Tribunal Constitucional se pronuncia sobre un supuesto de vulneración a la tutela judicial efectiva en relación con un supuesto de falta de representación y capacidad procesal de un menor no emancipado de nacionalidad marroquí que contaba 17 años en el momento en que impugnó la resolución del Delegado del Gobierno de Madrid que acordó su repatriación.

El menor se encontraba bajo la tutela de la Comunidad de Madrid y ésta instó su repatriación al encontrarse el menor en España sin persona adulta que pudiera responsabilizarse de él. El menor impugnó la resolución del Delegado del Gobierno a través de un Letrado ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo. Dicho Juzgado, tras escuchar al menor que declaró que quería estar en España, apreció conflicto de intereses entre el menor y su órgano de tutela que había instado la repatriación (la Comunidad de Madrid) por lo que nombró como defensor judicial del menor a su propio Letrado.

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo declaró la nulidad de la resolución de repatriación y el Abogado del Estado, la Letrada de la Comunidad de Madrid y el Ministerio Fiscal interpusieron contra dicha Sentencia recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid que estimó la falta de representación y capacidad procesal del menor y declaró que el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo carecía de competencia para nombrar un defensor judicial del menor, ya que ésta corresponde a los órganos judiciales del orden civil.

El Tribunal Constitucional admite que dicha resolución ha vulnerado el derecho del menor a la tutela judicial efectiva, desde la perspectiva del derecho a la jurisdicción, ya que la interpretación y aplicación del ordenamiento procesal ha resultado desproporcionada *«al no haberse ponderado que se estaba impidiendo que la persona directamente afectada por una decisión administrativa pudiera, bajo cualquier mecanismo, instar su control judicial»* (FJ 5.º).

**STC 184/2008, de 22 de diciembre****RA: Estimado.****Ponente: Pérez Tremps.****Conceptos: Derecho a la tutela judicial efectiva.****Preceptos de referencia: Artículo 24.1 CE.**

El Tribunal Constitucional concede el amparo en un supuesto muy similar al anterior, al tratarse de un menor marroquí en situación de desamparo cuya repatriación es solicitada por la Comunidad de Madrid que asume su tutela. La Asociación Coordinadora de Barrios para el seguimiento de menores y jóvenes –entre cuyos fines destaca conseguir la integración en la sociedad y la promoción de menores y jóvenes– y el menor afectado, actuando bajo el mismo Letrado, impugnaron ante la jurisdicción contencioso-administrativa

la resolución del Delegado del Gobierno que acordaba la expatriación. El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nombró defensor judicial del menor a su Letrado y declaró nula la resolución que decretaba la repatriación del menor. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia declaró falta de legitimación activa por parte la Asociación Coordinadora de Barrios y falta de representación y capacidad legal del menor.

El Tribunal Constitucional declara vulnerado el derecho del menor a la tutela judicial efectiva por las mismas razones que las expuestas en la sentencia anterior (STC 183/2008), y declara así mismo vulnerado el derecho de la Asociación recurrente a la tutela judicial efectiva puesto que ha quedado acreditado que entre sus fines se incluye el ejercicio de acciones procesales para la tutela de los derechos y libertades fundamentales de los menores que se encuentren en situación de marginación.

### **STC 29/2009, de 26 de enero**

**RA: Estimado.**

**Ponente: Jiménez Sánchez.**

**Conceptos: Derecho fundamental a la libertad de información. Requisitos. Titulares de prensa. Expresiones absolutamente vejatorias.**

**Preceptos de referencia: Artículo 20.1 d) CE.**

El recurrente en amparo –director del periódico *El Mundo / El día de Baleares*– publicó en este diario en 2003 un artículo, bajo su firma, y cuyo título era «*El hijo «xenófobo» del concejal recibió 10,5 millones en 2001*». El artículo daba cuenta de que el hijo de un concejal de S'Arenal de Lluçmajor (Mallorca), contra quien, por aquel entonces, se había incoado un procedimiento penal por actos aparentemente xenófobos, había recibido una subvención por parte de una entidad administrada por una colaboradora del concejal. A raíz de la publicación del artículo, el hijo del concejal interpuso una querrela criminal contra el periodista, quien fue condenado por la Audiencia Provincial de Mallorca, como autor de una falta de injurias leves. El TC estima el recurso de amparo interpuesto por el periodista y por la sociedad editora del periódico.

**1. Identificación del derecho fundamental pretendidamente vulnerado: ¿derecho a la libertad de información o a la libertad de expresión?**– Por manido que parezca, el TC parte, para delimitar el derecho fundamental en juego en el presente recurso de amparo, de la distinción entre, por un lado, «*pensamientos, ideas y opiniones*», encuadradas en el derecho a la libertad de expresión y sometidas a un control jurisdiccional que no tiene en cuenta su veracidad; y, por otro, la «*comunicación informativa de hechos*», encuadrada sistemáticamente como derecho a la libertad de información y sujeta al control de veracidad. Por ello, y a pesar de la insistencia del recurrente en amparo en vincular su pretensión de amparo a la vulneración del derecho fundamental a la libertad de expresión, el TC concluye que, en el caso, nos encontramos ante una eventual manifestación del derecho a la libertad de información, «*pues la enjuiciada es una narración de hechos a través de un medio de comunicación institucionalizado y con la evidente intención de dar a conocer a la opinión pública determinados sucesos [...]*» (FJ 2).

**2. Los tres requisitos del ejercicio legítimo del derecho fundamental a la libertad de información.**–De conformidad con una jurisprudencia constitucional claramente consolidada, el TC identifica –acaso con mayor claridad que en anteriores ocasiones– los tres requisitos cuya concurrencia resulta inelu-

dible para que una información (particularmente, aquella idónea para afectar bienes constitucionales relevantes, como el honor, la intimidad o la propia imagen) pueda obtener la protección del derecho fundamental a la libertad de información. En primer lugar, dicha información debe ser veraz, en los términos constitucionales de este concepto, a saber: que el periodista o persona responsable de la difusión de la información haya desarrollado una *«labor de averiguación de los hechos sobre los que versa la información y la referida indagación la haya efectuado con la diligencia exigible a un profesional de la información»* (FJ 4). En segundo lugar, la información debe contener *«hechos noticiosos o noticiables por su interés público»*, esto es, que *«se hace necesario verificar, con carácter previo, el interés social de la información, ya sea por el carácter público de la persona a la que se refiere o por el hecho en sí en que esa persona se haya visto involucrada»* (ibid.). En fin, la información en cuestión no puede, aun siendo veraz y presentar interés público informativo, recurrir a *«frases y expresiones ultrajantes u ofensivas sin relación con las ideas u opiniones que se expongan al hilo de la información transmitida»* (ibid.).

**3. El particular sometimiento de los titulares de prensa al control de constitucionalidad de los límites al derecho de información.**—También resulta de particular interés en la presente Sentencia, la especial consideración y control del titular de prensa como objeto de protección del derecho fundamental a la libertad de información. Así, el TC, a modo de resumen de su jurisprudencia al respecto, recuerda que *«el control de las expresiones contenidas en los titulares habrá de estar profundamente vinculado al del desarrollo de la información, de tal manera que quedan excluidas del ámbito de protección de la libertad de información las expresiones que, sin conexión directa con el resto de la narración, sean susceptibles de crear dudas específicas sobre la honorabilidad de las personas»* (FJ 5).

**4. El enjuiciamiento del caso: la calificación de «xenófobo» era, en el momento de publicación de la noticia, veraz y no puede calificarse de «expresión absolutamente vejatoria».**—En aplicación de la doctrina expuesta, el TC concluye que, en el caso en cuestión, la información expresada en el titular de prensa litigioso fue (i) veraz, pues el periodista recurrió a las fuentes policiales que ratificaron la veracidad de los hechos y que dieron lugar a la apertura de las diligencias judiciales, archivadas con posterioridad a la publicación del artículo; (ii) públicamente relevante, al ser idónea para causar un impacto en la opinión pública; y (iii) la expresión «xenófobo» no resulta formalmente vejatoria, ni resulta gratuita o innecesaria para la información que se pretendía transmitir (cfr. FJ 5).

**STC 31/2009 de 29 de enero**

**RA: Desestimado.**

**Ponente: Jiménez Sánchez.**

**Conceptos: Derecho a la libertad ideológica, derecho a la libertad de expresión, derecho de asociación, partidos políticos.**

**Preceptos de referencia: Artículos 16.1, 20.1.a), 22, en relación con el art. 6 CE. Artículos 9.2 y 9.3 LO 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos.**

El recurso de amparo es interpuesto por la representación del partido político Eusko Abertzale Ekintza/Acción Nacionalista Vasca contra la Sentencia dictada por la Sala Especial del art. 61 del Tribunal Supremo que lo declara ilegal de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 9.2 y 9.3 de la Ley orgánica

de Partidos Políticos. Se alega vulneración de las libertades ideológicas y de expresión y del derecho de asociación en relación con los partidos políticos [arts. 16.1, 20.1.a) y 22 CE en relación con el art.6 CE] al considerar que la Sala justificó su decisión sobre un material probatorio que resulta insuficiente para acreditar relaciones de colaboración entre Acción Nacionalista Vasca y la organización terrorista ETA y el partido ilegalizado Batasuna. Señala la sentencia del TC que *«no se puede pretender de esta Sala la revisión de las pruebas practicadas en el proceso ni la valoración judicial que las mismas han merecido del Tribunal Supremo (...) Nos corresponde examinar si el tipo de hechos y conductas considerados por la Sala sentenciadora tiene encaje razonable en la Ley aplicada al caso»* (FJ 4). Los hechos en cuestión (constante presencia de miembros de Batasuna en la campaña electoral del partido recurrente, anulación por la propia Sala del art.61 del Tribunal Supremo de 133 de las 245 candidaturas presentadas por este partido, la reacción de dirigentes de Batasuna y de otros grupos del entorno de ETA ante dicha anulación, relación económica entre el partido recurrente y Batasuna, postura mantenida por el partido recurrente ante determinados atentados terroristas) son considerados por el Tribunal Constitucional subsumibles en los arts.9.2 y 9.3 de la Ley Orgánica de Partidos Políticos como causa suficiente de disolución de un partido político por lo que declara que el Tribunal Supremo ha concluido de manera razonable y motivada su sentencia y desestima el amparo.

#### **STC 39/2009 de 9 de febrero**

**RA: Desestimado**

**Ponente: Casas Baamonde**

**Conceptos: Libertad de expresión, derecho a la tutela judicial efectiva.**

**Preceptos de referencia: Artículos 20.1.d y 24.1 CE.**

La Letrada recurrente incluyó en un escrito de contestación como causa de indefensión la *«amistad más que pública y notoria»* existente entre la Juez que conocía el caso y la Letrada de la parte contraria (FJ 1.º). El Juzgado de Primera Instancia que conocía el caso dio traslado de dicho escrito al Colegio de Abogados de Pamplona por si procediera la imposición de algún tipo de sanción disciplinaria, a lo que contestó la Letrada recurrente señalando que no había sido su intención efectuar ningún tipo de acusación en el curso del procedimiento y solicitando que se tengan *«por retiradas de su escrito de contestación cualesquiera expresiones que hayan podido ser interpretadas como acusaciones, que no estaban en su ánimo realizar»*. Además, la Magistrada se querelló por calumnia ante el Juzgado de lo Penal de Pamplona que condenó a la Letrada a una pena de 4 meses de multa por la autoría de un delito de calumnia.

Esta sentencia fue anulada en apelación por la AP de Navarra que declaró la absolución de la acusada al no concurrir el tipo de calumnia sino el de injuria, y al considerar, con cita en varias sentencias del TC, que es de preferente aplicación la vía disciplinaria. El Colegio de Abogados de Pamplona sancionó a la Letrada por infracción leve y el Consejo General de la Abogacía Española confirmó en alzada el acuerdo sancionador. La Letrada sancionada interpuso un recurso contencioso-administrativo pero el Juzgado correspondiente confirmó los acuerdos recurridos al considerar que el deber general de todo Abogado de mostrar una actitud respetuosa hacia los órganos judiciales constituye un límite al derecho fundamental a la libertad de expresión en la defen-



sa letrada. La Letrada interpuso recurso de apelación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra que fue inadmitido al no ser la Sentencia susceptible de tal tipo de impugnación.

La Letrada recurre en amparo ante el TC alegando vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con los arts.9.3, 10, 14, 20.1, 53.3 y 117 CE. La Letrada señala que ha sido sancionada colegialmente y no judicialmente y que la Sentencia recurrida carece de motivación. Alude también a vulneración a su derecho a la libertad de expresión y defensa letrada y que no existió por su parte ningún «ánimo de descalificación y menosprecio a la función judicial».

Señala la sentencia del TC que la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo no ha incurrido en vulneración a la tutela judicial de la recurrente; ni en relación con la presunción de inocencia ni en relación con falta de motivación sino que su lectura «transmite con claridad que resolvió motivadamente todas las pretensiones que se le planteaban» (FJ 2). En relación con el contenido de la libertad de expresión en el ejercicio de la defensa letrada, la sentencia hace referencia a la consolidada doctrina del Tribunal Constitucional que subraya que dicha libertad «sea especialmente inmune a sus restricciones para la preservación de otros derechos y bienes constitucionales» y cita, entre otras, las SSTC 205/1994, de 11 de julio, 184/2001, de 17 de septiembre, 299/2006, de 23 de octubre, 113/2000, de 5 de mayo y 235/2002, de 9 de diciembre. De acuerdo con la sentencia, la aplicación de esta doctrina a las expresiones empleadas por la Letrada recurrente lleva a considerar como adecuada la medida adoptada por los órganos administrativos y judiciales en este caso puesto que la descalificación de parcialidad que hizo la Letrada en su escrito de contestación «no se detiene en la resolución judicial sino que se refiere personalmente a la Magistrada que la redactó, atribuyéndole una actitud de parcialidad subjetiva [...] y una velada imputación de comportamiento judicial irregular que trasciende además al proceso en el que se aporta el escrito» (FJ 4). Añade la sentencia que la afirmación de una amistad «pública y notoria» entre la Magistrada y la Letrada de la parte contraria y la sugerencia de que tal amistad había favorecido a esta última entraña una descalificación personal que no puede encontrar cobertura o justificación en la libertad de expresión del Letrado al tratarse de expresiones objetivamente ofensivas para un Juez (FJ 4). Motivos todos ellos por los que se deniega el amparo solicitado.

#### **STC 45/2009, de 19 de febrero**

**CCII acumuladas: Inadmitida y desestimadas.**

**Ponente: Rodríguez-Zapata Pérez. Votos particulares de Conde y otros.**

**Conceptos: Violencia de género, principio de igualdad, principio de proporcionalidad, dignidad de la persona, amenazas leves, presunción de inocencia.**

**Preceptos de referencia: Artículos 9.3, 10, 14, 24.2 y 25 CE; artículo 171.4 CP en la redacción dada al mismo por el artículo 38 de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.**

Cuestión de inconstitucionalidad promovida por un Juzgado de lo Penal de Murcia, respecto del artículo 171.4 CP por su posible contradicción con los artículos 9.3, 10, 14, 24.2 y 25 CE, presentando idéntico planteamiento en

once procedimientos que presenta. El TC inadmite la cuestión de inconstitucionalidad.

**1. El derecho de igualdad.**—El Auto considera vulnerado el principio de igualdad en razón de la discriminación por razón de sexo que dimana de la definición de los sujetos pasivo y activo. Una desigualdad que no se justifica en una pretendida igualdad de oportunidades para la mujer ni tampoco como fórmula de reparación colectiva por pretéritas discriminaciones sufridas por las mujeres como grupo social que chocaría contra el principio de culpabilidad. El Abogado del Estado argumenta sin embargo que la tutela penal distinta se establece, no estrictamente por razón de sexo, porque ni toda mujer está protegida en el tipo ni están los sujetos activo y pasivo definidos por su condición sexual. El tipo no protege a la mujer por el mero hecho de serlo, sino «*por circunstancias sociales y culturales fuertemente arraigadas*» que hacen que se encuentre en una situación especialmente vulnerable en el entorno de una relación de pareja. Una posición de dominio que el legislador ha considerado estructural en las relaciones afectivas derivada de una herencia de organización familiar patriarcal. El Tribunal constitucional señala que «*la diferenciación normativa la sustenta el legislador en su voluntad de sancionar más unas agresiones que entiende que son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en que se producen*» unas conductas que «no son otra cosa que el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias»

Por otro lado, reitera este Alto Tribunal la doctrina manifestada en sentencia precedente 59/2008, de 14 de mayo al señalar que «*el tratamiento diferenciado de supuestos de hecho iguales debe tener una justificación objetiva y razonable y no deparar unas consecuencias desproporcionadas en las situaciones diferenciadas en atención a la finalidad perseguida por tal diferenciación*» (STC 59/2008, FJ7). El análisis de razonabilidad de la diferenciación debe analizar la legitimidad del fin de la norma, que se da por la insuficiencia de protección de determinados bienes jurídicos básicos en determinado contexto. Y la finalidad de la diferenciación, recuerda la sentencia, es la protección de la libertad y de la seguridad de las mujeres «*que el legislador entiende como insuficientemente protegida en el ámbito de las relaciones de pareja*» y «*la lucha contra la desigualdad de la mujer en dicho ámbito*» (STC 59/2008).

**2. El principio de culpabilidad y la dignidad de la persona.**—En opinión del Abogado del Estado, no se atenta contra la dignidad del hombre ni de la mujer por presumir en el primero un móvil machista y en la segunda una especial vulnerabilidad, lo que se ha valorado son las circunstancias y el entorno en los que se requiere una necesidad de protección que, a su vez, cumpla sus fines de prevención.

El TC, como hiciera en la STC 59/2008, expresa que no se vulnera el principio de culpabilidad penal, no se crea una presunción sino que lo que hace el legislador es apreciar el mayor desvalor y mayor gravedad propios de las conductas descritas. Tampoco el precepto cataloga a la mujer como persona especialmente vulnerable, sino que el legislador aprecia una gravedad o un reproche peculiar en ciertas agresiones concretas y graves consecuencias con lo que aumenta la inseguridad, la intimidación y el menosprecio que sufre la víctima. La dignidad de la mujer se ve en el contexto tipificado peculiarmente dañada, en cuanto persona agredida al amparo de una arraigada estructura desigualitaria. Es el mayor desvalor relativo a la libertad, la igualdad y la seguridad de las mujeres en el ámbito de las relaciones de pareja el que justifica una pena mayor.

**3. Los votos particulares de diversos magistrados.**—La sentencia cuenta con tres votos particulares contra las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas (núms. 5983-2005, 8295-2006, 9765-2006, 954-2007, 1264-2007, 2083-2007, 3088-2007, 6968-2007, 7616-2007, 8972-2007, 52-2008 y 2315-2008) de Conde Martín de Hijas, Rodríguez-Zapata Pérez y Rodríguez Arribas, quienes dan por reproducidos los argumentos vertidos en sentencia anterior 59/2008, a los que se remiten en su integridad. Añaden Conde y Rodríguez Arribas tan solo que, en este caso, se intensifican porque no solo se trata de penalizar una misma conducta con diferente pena sino incluso de considerarla en algún caso delito o falta según su autor.

El TC, tomando como punto de partida la STC 59/2008, de 14 de mayo, inadmite la cuestión de inconstitucionalidad núm. 7616-2007 y desestima las cuestiones de inconstitucionalidad núm. 5983-2005, 8295-2006, 9765-2006, 954-2007, 1264-2007, 2083-2007, 3088-2007, 6968-2007, 8972-2007, 52-2008 y 2315-2008 por concluir que los argumentos no son bastantes para apreciar la desproporción inconstitucional y fundamenta esta decisión en criterios ya expresados también en el ATC 332/2005, de 13 de septiembre: *«a la vista de la relevancia social y la entidad constitucional de los bienes jurídicos que el precepto tutela y de la idoneidad de las sanciones en él previstas para prevenir tales conductas, y ante la inexistencia de medidas alternativas de menor intensidad coactiva, pero igualmente eficaces para conseguir la finalidad legítimamente deseada por el legislador, ha de concluirse que la tipificación de tales conductas como delitos, estableciendo como sanción principal a las mismas no sólo la pena de prisión, sino como alternativa a ella la de trabajos en beneficio de la comunidad, no vulnera el principio de proporcionalidad, al no poder constatarse un desequilibrio patente y excesivo entre el desvalor de la conducta y la sanción impuesta»*.

**STC 77/2009, de 23 de marzo**

**RA: Desestimado.**

**Ponente: Pérez Tremps.**

**Conceptos: Derecho fundamental a la propia imagen. Derecho fundamental al honor. Derecho fundamental a la libertad de información.**

**Derecho fundamental a la libertad de expresión. Anonimato e identificación de las partes en la publicación de las sentencias del TC.**

**Preceptos de referencia: Artículos 18.1 y 20.1 d) CE.**

Con ocasión de la publicación en la revista *Interviú* de un reportaje sobre la secta *Ceís* en 1984, en el que se relataban las actividades de sus seguidores junto con la publicación de distintas imágenes en las que algunos de sus miembros aparecían desnudos o semidesnudos, cuatro de las personas efigiadas interpusieron sendas demandas de protección civil de sus derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Después de que la instancia desestimara las acciones al amparo de la regulación de dichos derechos en la LO 1/1982, la Sala 1.<sup>a</sup> del TS, en su sentencia de 22 de febrero de 2006, estimó el recurso de casación y condenó a *Ediciones Zeta, S.A.* por intromisión en los derechos a la propia imagen y al honor. El TC, en la presente

resolución, desestima el recurso de amparo interpuesto por el medio de comunicación y confirma la condena de la jurisdicción ordinaria.

Antes de reseñar el contenido de esta Sentencia, resulta oportuno recordar que otro reportaje de la revista *Interviú* sobre la misma secta, y en la que la persona cuya imagen desnuda es demandante en el presente caso, motivó otro recurso de amparo, resuelto, en sentido similar a éste, por la STC 156/2001, de 2 de julio.

**1. Delimitación de los derechos fundamentales afectados y de su enjuiciamiento en el presente recurso de amparo.**—En atención al contenido dispositivo de la sentencia de la Sala 1.<sup>a</sup> del TS objeto del recurso de amparo, el TC precisa, para la correcta delimitación del enjuiciamiento constitucional de este caso, que el medio de comunicación fue condenado, por un lado, por la vulneración de los derechos fundamentales a la propia imagen de N.S.P., E.R.B y J.A.R.F., por la publicación no autorizada de su imagen desnuda o semidesnuda; y, por otro lado, por la vulneración del derecho al honor de V.L.C., en relación con la utilización de una serie de calificativos al hilo de «*la actividad sexual desmesurada realizada en el dispensario donde fue atendido después de ser detenido por los Mossos d'Esquadra*». De este modo, el objeto del recurso debe limitarse, de un lado, al conflicto entre el derecho a la propia imagen y la libertad de información en relación exclusivamente con las fotografías íntimas de N.S.P., E.R.B. y J.A.R.F., sin necesidad de entrar a valorar, como proponía el Ministerio Fiscal, la posible vulneración del derecho a la propia imagen de V.L.C.; de otro lado, al conflicto entre las libertades de expresión e información y el derecho al honor de V.L.C.

**2. El conflicto entre el derecho fundamental a la propia imagen y las libertades de expresión e información.**—La secuencia del enjuiciamiento constitucional del conflicto entre el derecho a la propia imagen y los derechos a la libertad de expresión e información parte, como es habitual en la jurisprudencia del TC, de la caracterización del derecho fundamental a la propia imagen como un derecho cuyo contenido se halla delimitado, entre otros, por las libertades de expresión e información, así como por el propio interés del titular en «*disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación*». De este modo, «*la captación y difusión de la imagen del sujeto sólo será admisible cuando la propia conducta de aquél o las circunstancias en las que se encuentre inmerso justifiquen el descenso de las barreras de reserva para que prevalezca el interés ajeno o el público que puedan colisionar con aquél*» (FJ 2). Por todo ello, el TC confirma la lesión del derecho fundamental a la propia imagen en el caso: La publicación litigiosa (i) no contó con el consentimiento de personas cuya imagen desnudas o semidesnudas fue representada en la revista; y, en el caso, al igual como sucedió en el de la STC 156/2001, (ii) no existía un interés público digno de protección.

No deja de sorprender, por otro lado, que, pese a la precisa delimitación de los derechos fundamentales descrita, el TC acompañe la confirmación de la lesión del derecho fundamental a la propia imagen (y la consiguiente ausencia de protección bajo el derecho fundamental a la libertad de información) con la declaración de la intromisión en el derecho fundamental a la intimidad; derecho cuya vulneración no había sido, al parecer, apreciada en la jurisdicción ordinaria.

**3. El conflicto entre el derecho fundamental al honor y la libertad de expresión.**—Para el TC, los calificativos que acompañaron la publica-

ción de la imagen de V.L.C. y que motivaron la condena del medio por intromisión en el derecho fundamental al honor no deben enjuiciarse, en esta oportunidad, desde el canon de veracidad y trascendencia pública característicos del derecho fundamental a la libertad de información; sino que son los rasgos normativos del derecho fundamental a la libertad de expresión los que deben determinar la legitimidad del uso de dichos calificativos. Desde esta perspectiva, el TC no duda en confirmar, aquí también, la condena de la jurisdicción ordinaria, al considerar que las expresiones empleadas son «*formalmente injuriosas en el contexto empleado, apareciendo desvinculadas de cualquier finalidad informativa y del objetivo de formación de una opinión pública libre [...] tratándose de meras descalificaciones personales que repercuten sobre su consideración o dignidad individual*» (FJ 4).

**4. Justificación a la restricción de la publicación íntegra de la Sentencia.**—Al amparo de lo previsto en el artículo 86.3 LOPJ y de la STC 183/2008, el TC acuerda, en la presente Sentencia, y de manera claramente excepcional en su *praxis*, no incluir la identificación completa de las personas físicas involucradas en el caso, para, de este modo, evitar la afectación de su derecho a la intimidad.

**STC 100/2009, de 27 de abril**

**RA: Estimado.**

**Ponente: Conde Martín de Hijas.**

**Conceptos: Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Derecho de acceso a los recursos. Derecho a la libertad de información y expresión. Carácter jurídico de la apreciación de la falta de veracidad en el juicio de constitucionalidad del ejercicio del derecho de información.**

**Preceptos de referencia: Artículos 20 y 24.1 CE.**

El caso tiene su origen en 1996, en la publicación en el diario *El País* de una serie de artículos, firmados por el periodista Ernesto Ekaizer, en los que se relataba, de forma particularmente crítica, la actuación de los tres economistas autores de un dictamen que fue aportado en el procedimiento penal que se seguía, en aquel momento, contra Mario Conde y otros ex administradores de Banesto. La AP de Madrid, revocando la sentencia de primera instancia, estimó la demanda interpuesta por los tres economistas y condenó al autor de los reportajes, al director del diario y a la sociedad editora de éste al pago de una indemnización de 2.000.000 ptas. por los daños morales derivados de la intromisión en los derechos al honor, así como a la publicación de la sentencia. La Sala 1.<sup>a</sup> del TS inadmitió el recurso de casación interpuesto por los condenados en la instancia, quienes, seguidamente, interpusieron recurso de amparo fundado, por un lado, y en relación con el Auto de inadmisión del TS, en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (derecho de acceso a los recursos); y, por otro lado, y con relación a la sentencia de la AP en la infracción de las libertades de información y expresión. El Tribunal Constitucional, sin necesidad de entrar a valorar este último extremo, estima el recurso de amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE.

**1. Doctrina constitucional sobre el derecho de acceso a los recursos como manifestación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.**—Si bien el interés de la presente sentencia no reside en su contribución a la configuración constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva y, en particular, en su manifestación relativa al derecho de acceso a los recursos, no puede dejar de reseñarse la insistencia del TC —también en la presente sentencia— en integrar el sistema de recursos en el contenido esencial del derecho fundamental del artículo 24.1 CE. Con todo, y como es sabido, dicha integración se produce «*en la concreta configuración que reciba de cada una de las Leyes de enjuiciamiento reguladoras de los diferentes órdenes jurisdiccionales, salvo en lo relativo a las Sentencias penales condenatorias*» (FJ 4). Por esta razón, el TC recuerda que «*la admisión de un recurso y la verificación de la concurrencia de los requisitos materiales y procesales a que está sujeto constituye, en principio, una cuestión de legalidad ordinaria*». Y ello, especialmente, en relación con el recurso de casación, de naturaleza extraordinaria y sometido a unos requisitos intrínsecos (sustantivos) que le confieren un régimen procesal más severo (cfr. FJ 4).

**2. La razón de la inadmisión del recurso de casación por la Sala 1.<sup>a</sup> del TS.**—Antes de enjuiciar la constitucionalidad de la inadmisión, el TC dilucida cuál fue la razón por la que el TS decidió inadmitir el recurso de casación interpuesto por los recurrentes en amparo. El TC comparte, aquí, la caracterización reseñada por el Ministerio Fiscal al respecto: «*el recurso de casación fue inadmitido por no respetar los demandantes de amparo la base fáctica tenida en cuenta por la sentencia de apelación, pretendiendo la alteración de dicha base fáctica mediante una nueva valoración y apreciación de los hechos, lo que excedería del ámbito del recurso de casación, limitado a una estricta función revisora del juicio consistente en la determinación del alcance y significado jurídico de los hechos declarados probados*» (FJ 5).

**3. La vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva: el enjuiciamiento de la falta de veracidad y, en general, la constitucionalidad del ejercicio concreto del derecho a la libertad de información, son cuestiones de estricto carácter jurídico.**—Para el TC, la razón esgrimida por el Auto del TS impugnado que, como queda dicho, fundó la inadmisión del recurso de casación en que los recurrentes apoyaban la alegada infracción del derecho fundamental en una nueva valoración fáctica de los hechos del caso, no resulta razonable en términos constitucionales y, por ello, lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a los recursos. En efecto, el TC considera que la argumentación aducida en el recurso de casación, a pesar de contener una valoración de circunstancias de naturaleza fáctica, integra, en realidad, «*un juicio de carácter jurídico de trascendencia constitucional [...] que no conlleva en modo alguno la alteración de la base fáctica de la que dimanaban los artículos publicados objeto del litigio*» (FJ 6). Así, «*la falta de veracidad de la información (en el sentido que corresponde a este término, cuando se enjuicia la constitucionalidad del ejercicio del derecho de información) y el carácter vejatorio o no de las opiniones emitidas por el autor de los artículos periodísticos son cuestiones de estricto carácter jurídico, vinculadas a la ponderación sustantiva de los derechos fundamentales en conflicto*» (ibid.). Por todo ello, el TC estima el recurso de amparo, dispone la nulidad del Auto impugnado por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y retrotrae las actuaciones al momento anterior a dictarse dicho Auto.

**STC 124/2009, de 18 de mayo**

**RA: Estimado.**

**Ponente: Conde Martín de Hijas. Voto particular del propio ponente.**

**Conceptos: Derecho fundamental a obtener la tutela efectiva de jueces y tribunales. Derecho a la no discriminación por razón de sexo. Despido de mujer embarazada.**

**Preceptos de referencia: Artículos 14 y 24 CE, y 55.5.b) ET en la redacción dada por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de vida familiar y laboral.**

No es éste, sin duda, el primer caso en que se reclama tras el despido de una mujer embarazada alegando discriminación por razón de sexo, pero sí es de los primeros en que se resuelve aplicando la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral, que modifica el artículo 55.5.b) ET. El debate gira en torno a la calificación (de improcedente o nulo) del despido de la mujer embarazada, teniendo en cuenta esa nueva regulación. Concretamente, se trata de determinar si existe presunción legal de discriminación por el hecho objetivo del embarazo en el momento de producirse el despido o si, por el contrario, es necesario el conocimiento, por parte del empresario, del estado de embarazo de la trabajadora despedida. En el caso que nos ocupa, la empresa desconocía el estado de embarazo de la trabajadora en el momento del despido.

El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en sentencia de 18 de enero de 2005, declaró la nulidad del despido por discriminatorio, revocando la de instancia, que había considerado justificado el despido por una reestructuración de la plantilla (alegada por primera vez en el acto de juicio). El TSJ entendió que la Ley 39/1999 establece una presunción de discriminación por el hecho objetivo del embarazo en el momento del despido, siendo irrelevante el conocimiento que del mismo tenga el empleador. Tras la interposición del recurso de casación para la unificación de doctrina, el Tribunal Supremo falló a favor de la empresa, al considerar que el conocimiento por parte de la empresa del embarazo de la trabajadora despedida resulta indispensable para que el despido sea calificado nulo por discriminatorio.

El TC resuelve el recurso de amparo planteado con base no sólo en el artículo 14 CE (prohibición de discriminación por razón de sexo) sino en el artículo 24 CE (derecho a la tutela judicial efectiva), pues considera que lo que está en juego es la interpretación y aplicación que del artículo 55.5.b) ET han efectuado tanto el Juzgado de lo social como la Sala de lo social del TS. El TC, como ya dijera en la STC de 92/2008, de 21 de julio, declara que *«nada en el art. 55.5.b) ET permite apreciar que el legislador haya establecido como exigencia para la declaración de nulidad de los despidos no procedentes efectuados durante el período de embarazo de una trabajadora la acreditación del previo conocimiento del embarazo por el empresario que despidе, y menos aún, el requisito de la previa notificación por la trabajadora al empresario de dicho estado. (...) La nulidad del despido tiene en el artículo 55.5.b) ET un carácter automático, vinculado exclusivamente a la acreditación del embarazo de la trabajadora»*, siempre que no pueda ser considerado el despido como procedente por otros motivos. (FJ 3).

La nueva regulación legal de la nulidad del despido de las trabajadoras embarazadas está, a juicio del TC, directamente vinculada con el derecho a la no discriminación por razón de sexo, proclamado en el artículo 14 CE, y está también vinculada con otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos.

dos, como el derecho a la seguridad y la salud de las trabajadoras embarazadas (art. 40.2 CE) y la protección de la familia y de los hijos (art. 39 CE). El legislador ha dotado de una protección especialmente intensa a la mujer trabajadora embarazada, y aunque otros sistemas de protección podrían ser igualmente respetuosos con el art. 14 CE, el órgano judicial no puede efectuar una interpretación restrictiva y ajena a las reglas hermenéuticas que prive al precepto legal de las garantías establecidas por el legislador. Por tanto, el TC considera que la interpretación que hace el TS no satisface las exigencias de razonabilidad y motivación reforzadas, por lo que estima vulnerados los derechos de la trabajadora.

La sentencia cuenta con un voto particular, del ponente mismo de la sentencia, en el que manifiesta que la idea de discriminación exige con lógica naturalidad el conocimiento del hecho al que se refiere la discriminación, pues no puede hablarse correctamente de despido *«motivado por el embarazo»*, si el embarazo no se conoce. Pero más allá de una discrepancia en la interpretación de la norma, el voto particular pone de manifiesto que para que el TC pueda oponer una interpretación distinta es necesario justificar la falta de razonabilidad, arbitrariedad o error patente de la sentencia del TS para que esa interpretación pueda merecer el reproche de vulneración constitucional. El ponente considera que, sin entrar en consideraciones de pura legalidad, desde un prisma de constitucionalidad, la sentencia recurrida no merece ninguno de estos graves reproches, por lo que el recurso de amparo debía haberse desestimado.

#### **STC 129/2009, de 1 de junio**

**RA: Desestimado.**

**Ponente: Pérez Tremps.**

**Conceptos: Derecho fundamental a la libertad de expresión e información. Intromisión ilegítima en el derecho al honor. Diligencia *a priori* vs. confirmación *a posteriori*.**

**Preceptos de referencia: 20.1.a) y d) CE.**

El objeto del presente recurso de amparo es determinar si las resoluciones judiciales impugnadas que condenan a los periodistas recurrentes por intromisión ilegítima en el derecho al honor, han vulnerado su derecho a la libertad de información por ser veraz la noticia difundida. Los recurrentes entienden que han empleado toda la diligencia exigible y razonable para contrastar la afirmación publicada de que la fallecida regentaba un negocio de prostitución de alto nivel y se dedicaba a la prostitución desde joven.

La libertad de información está constitucionalmente protegida siempre que se refiera a hechos con relevancia pública y que dicha información sea veraz. El TC ha señalado reiteradamente que *«el concepto de veracidad no coincide con el de la verdad objetiva de lo publicado o difundido, (...) [sino que] deberá entenderse cumplido en aquellos casos en los que el informador haya realizado, con carácter previo a la difusión de la noticia, una labor de averiguación de los hechos sobre los que versa la información y la referida indagación la haya efectuado con la diligencia exigible a un profesional de la información»* (FJ 2). Con ello se evita la transmisión de rumores, invenciones o insinuaciones insidiosas, así como la de noticias gratuitas o infundadas. Además, protege al informador cuando la información resulte ser errónea.



En el caso de autos, los informadores alegan que en el reportaje publicado sobre el crimen vincularon la información con «fuentes policiales» y «fuentes de la investigación», pero la mera invocación de fuentes policiales como origen de los datos no resulta suficiente, pues, como declaran las sentencias de instancia y de apelación, confirmada por el Tribunal Supremo, del atestado policial no se puede deducir la tajante afirmación de que la fallecida regentaba un negocio de prostitución. Por otra parte, alegan los recurrentes que hechos conocidos con posterioridad a la publicación del reportaje demuestran la realidad de sus afirmaciones, a lo que el TC ha opuesto que lo relevante para la veracidad informativa «no es que a posteriori se pruebe en un proceso la realidad de los hechos, sino el grado de diligencia observado para su comprobación con anterioridad a la publicación de aquellos» (FJ 2).

**STC 158/2009, de 29 de junio**

**RA: Desestimado.**

**Ponente: Aragón Reyes.**

**Conceptos: Derecho fundamental a la propia imagen de menores. Protección de menores. Derecho fundamental a la libertad de información. Imagen accesoria.**

**Preceptos de referencia: Artículos 18.1 y 20.1 a) y d) CE; artículos 3, 7.5 y 8.2 LO 1/1982; artículo 4 LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.**

Los hechos del conflicto constitucional enjuiciado por la presente sentencia se remontan a mayo de 1997, cuando la sociedad editora del diario *La Opinión de Murcia* publicó un reportaje divulgativo sobre las actividades de una asociación de padres de niños con deficiencias auditivas, bajo el titular «Discapacitados», e ilustrado con una fotografía en la que se representaba la imagen de un niño, junto a una profesora del centro de dicha asociación. Los padres del menor, en nombre de éste, interpusieron una demanda por vulneración del derecho fundamental a la propia imagen, solicitando una indemnización por el daño moral originado por la publicación no autorizada de la imagen del menor. La instancia estimó parcialmente la demanda y condenó a la sociedad editora del medio a abonar una indemnización de 3.005 Euros al menor. El Tribunal Supremo confirmó este pronunciamiento. El TC confirma, por medio de la presente Sentencia, la condena sobre la base de la vulneración del derecho fundamental a la propia imagen del menor.

**1. Delimitación del conflicto constitucional en juego.**—Del mismo modo en que se planteó el caso en la jurisdicción ordinaria, el TC aclara que el conflicto constitucional a resolver atañe al derecho a la propia imagen del menor y al derecho a la libertad de información del medio de comunicación condenado. No es, por tanto, objeto de debate el derecho fundamental a la intimidad, pues, según el TC, la publicación litigiosa «no afecta al sentimiento de pudor personal con arreglo a las estimaciones arraigadas en nuestra cultura, y no fue captada en un ámbito que pueda considerarse privado a estos efectos» (FJ 2).

**2. Caracterización constitucional del derecho a la propia imagen.**—A modo de resumen de la jurisprudencia constitucional, la presente sentencia caracteriza a este derecho como «un derecho de la personalidad» y desde su doble contenido positivo y negativo (facultades de autorizar y prohibir los usos amparados por su ámbito objetivo de aplicación): «se configura como un dere-

cho de la personalidad, que atribuye a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación, lo que conlleva tanto el derecho a determinar la información gráfica generada por los rasgos físicos que le hagan reconocible que puede ser captada o tener difusión pública, como el derecho a impedir la obtención, reproducción o publicación de su propia imagen por un tercero no autorizado» (FJ 3). De este modo, y a lo que en el presente caso interesa, el derecho a la propia imagen aparece delimitado por dos tipos causas: (i) la propia voluntad del titular del derecho; y (ii) la existencia de un «*interés público en la captación o difusión de la imagen*», y ello, siempre que este interés público «*se considere constitucionalmente prevalente al interés de la persona en evitar la captación o difusión de su imagen*» (ibid.).

**3. La singular protección constitucional del derecho a la propia imagen de las personas menores de edad.**—En la medida en que se encuentra afectado el derecho a la propia imagen de un menor y, acaso, porque la jurisprudencia constitucional no ha tenido muchas oportunidades de sentar una doctrina clara acerca de las particularidades que ello implica, la presente Sentencia contiene datos de particular interés. En primer lugar, la singular protección que el ordenamiento jurídico concede al menor en relación con el uso de imagen se desprende, según el TC, de la propia CE, en la mención del art. 20.4 a la «*protección de la juventud y de la infancia*» como un límite a las libertades de información y de expresión. En segundo lugar, dicha protección singular se encuentra, asimismo, en el art. 10.2 CE, esto es, en la remisión a las normas internacionales de protección de los derechos humanos (en particular, a la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1990) como pauta de interpretación de los artículos 18.1 y 20.1 CE. En tercer lugar, el régimen jurídico (civil) de los derechos fundamentales al honor, a la intimidad y a la propia imagen también contiene datos relevantes sobre la protección constitucional de dichos derechos cuando su titular es un menor de edad. Y, en fin, el artículo 4 de la LO 1/1996 de protección jurídica del menor de edad completa el régimen constitucional del derecho fundamental a la propia imagen del menor de edad en Derecho español. La descripción de este régimen jurídico sirve —además de para constatar que, para la jurisprudencia constitucional, las leyes orgánicas de desarrollo de derechos fundamentales integran, de manera inequívoca, su contenido constitucional— para que el TC concluya, en resumen de lo anterior, que, «*para que la captación, reproducción o publicación por fotografía de la imagen de un menor de edad en un medio de comunicación no tenga la consideración de intromisión ilegítima en su derecho a la propia imagen [...], será necesario el consentimiento previo y expreso del menor (si tuviere la suficiente edad y madurez para prestarlo), o de sus padres o representantes legales (art. 3 de la Ley Orgánica 1/1982), si bien incluso ese consentimiento será ineficaz para excluir la lesión del derecho a la propia imagen del menor si la utilización de su imagen en los medios de comunicación puede implicar menoscabo de su honra o reputación, o ser contraria a sus intereses (art. 4.3 de la Ley Orgánica 1/1996)*» (FJ 4).

**4. La ponderación de derechos en el caso.**—A despecho de los argumentos aducidos por la recurrente en amparo, por los cuales trataba de fundar la protección de la publicación litigiosa en el ejercicio legítimo del derecho a la libertad de información y, en particular, en las bondades e interés social que subyacen tras ella, el TC considera que, en el caso, prevalece el derecho al honor del menor de edad. En efecto, el TC, asumiendo íntegramente el razonamiento de los órganos de la jurisdicción y, en particular, el de la Sala I.<sup>a</sup> del TS, considera determinantes: (i) la ausencia de consentimiento de los padres

del menor para la publicación de la imagen litigiosa; (ii) la falta de interés público en la captación y difusión de la imagen del menor, lo que impide que la veracidad de la información sirva como criterio para enjuiciar la legitimidad del uso litigioso; y (iii) la imposibilidad de configurar la imagen del menor como accesoría. En relación con esto último, resulta de especial interés el razonamiento seguido por el TC (y que ya fue apuntado por los tribunales ordinarios): *«Cuando se trata de la representación gráfica de la figura de un menor, la apreciación de la accesoriedad prevista en el referido precepto [art. 8.2 c) LO 1/1982] ha de ser más restrictiva, por la especial protección del derecho a la propia imagen de los menores que establece la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor»* (FJ 6).

**STC 163/2009, de 29 de junio**

**RA: Desestimado.**

**Ponente: Gay Montalvo.**

**Conceptos: Tutela judicial efectiva. Custodia de menor y régimen de visitas. Audiencia al menor.**

**Preceptos de referencia: Artículo 24.1 CE.**

Se solicitó por parte de un progenitor la modificación de medidas sobre la custodia del menor y, entre otros extremos, que, aun cuando se mantuviera la custodia del menor en la persona de su madre, se modificara el régimen de visitas con el padre para que la relación de éste con el menor fuera estableciéndose paulatinamente. La madre no sólo se oponía a esta petición, sino que, con carácter subsidiario, solicitaba un régimen más restrictivo, de modo que las visitas se espaciaran en el tiempo y tuvieran una duración no superior a una hora. Se solicitó informe y los técnicos señalaron que el menor no mostraba signos de rechazo hacia la figura paterna y que las visitas debían proseguir. Hay que destacar que el menor contaba en ese momento con once años de edad y que su audiencia fue denegada porque ya había sido entrevistado por el equipo psicosocial del Juzgado.

En la demanda de amparo se alega que las resoluciones judiciales recurridas vulneran el derecho a la dignidad (art. 10 CE), a la integridad moral (art. 15 CE) y a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) del menor. Estas vulneraciones se habrían producido por la falta de audiencia al menor de edad, quien tenía suficiente juicio por desconocimiento del carácter judicial de la audiencia del menor establecido legalmente y de la doctrina del TC al respecto (con cita de las SSTC 221/2002, 152/2005 y 17/2006).

En opinión del TC: *«La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 26 de noviembre de 2007 que desestimó el recurso de apelación señala que, [...] siendo la pretensión de la recurrente conocer la opinión del menor respecto al régimen de visitas, esa opinión ya es conocida, pues consta en las manifestaciones que el menor hizo al equipo psicosocial que redactó el oportuno dictamen. De ahí que no corresponda en el presente asunto proceder al trámite de audiencia del menor que sólo resultará obligado cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial, o del propio menor (art. 92.6 CC). Esta argumentación no puede entenderse que incurra en irrazonabilidad, error patente o arbitrariedad, únicas circunstancias que determinarían la lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)»* (FJ. 6).

**STC 174/2009, de 16 de julio****RA: Estimado.****Ponente: Pérez Tremps.****Conceptos: Indefensión, derecho a la defensa, asistencia y tutela judicial efectiva.****Preceptos de referencia: Artículo 24.1 y 24.2 CE.**

El recurrente había sido demandado en un juicio verbal sobre alimentos y custodia de su hijo menor de edad. En ambos casos se le hizo la advertencia de que tenía que comparecer asistido por Abogado y Procurador. El recurrente solicitó ante el Colegio de Abogados el reconocimiento del derecho a la justicia gratuita, lo que provocó que dicho Colegio solicitara del Juzgado la suspensión del proceso, siendo acordada en relación con el trámite de contestación de la demanda, pero nada se dijo en relación a la vista oral sobre la adopción de medidas cautelares que fue realizada sin que compareciera el recurrente.

El objeto de este recurso es determinar si se han vulnerado al recurrente sus derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a la defensa y a la asistencia letrada (art. 24.2 CE) por haberse celebrado la vista de medidas cautelares sin su comparecencia, estando pendiente la designación de profesionales del turno de oficio por la solicitud del derecho de asistencia jurídica gratuita, y a pesar de que el propio órgano judicial ya había suspendido el plazo para contestar a la demanda por ese mismo motivo.

Señala el TC que « *el derecho a la defensa y a la asistencia letrada (art. 24.2 CE) se proyecta no sólo para el proceso penal sino también para el resto de los procesos, con las salvedades oportunas, y que su finalidad es la de asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción que impone a los órganos judiciales el deber positivo de evitar desequilibrios entre la respectiva posición procesal de las partes, o limitaciones en la defensa que puedan inferir a alguna de ellas un resultado de indefensión, prohibido en todo caso por el art. 24.1 CE.* » (FJ.2).

En atención a ello, el TC ha considerado vulnerado el derecho a la defensa y a la asistencia letrada (art. 24.2 CE), así como a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en supuestos en que, siendo preceptiva la intervención de Abogado y habiéndose solicitado su nombramiento, no se tramitó dicha solicitud ni se suspendió el procedimiento, generando con ello una indefensión material al recurrente (así, SSTC 225/2007, de 22 de octubre, o 189/2006, de 19 de junio).

**STC 184/2009, de 7 de septiembre****RA: Estimado.****Ponente: Pérez Vera.****Conceptos: Delito de impago de pensiones. Proceso con garantías. Derecho a la defensa.****Preceptos de referencia: Artículo 24.2 CE.**

La separación de los cónyuges se llevó a cabo de común acuerdo y por tanto representados por el mismo Procurador. La sentencia de separación es de fecha 16 de Octubre de 2002. El 20 de noviembre de 2002 la esposa formuló denuncia por impago de pensiones.

El demandado-recurrente fue absuelto por sentencia del Juzgado de lo Penal ya que considera el Juez de instancia que los hechos probados no son constituti-

vos de infracción penal, puesto que a la fecha de la denuncia sólo había transcurrido un mes y cuatro días desde que se dictó la Sentencia de separación, que es la que da validez al convenio, de manera que, cuando se presentó la denuncia ante la Comisaría, el acusado no podía estar incurso en el tipo del art. 227 CP, al no haber podido dejar de pagar, en ese momento, dos meses consecutivos.

Contra la anterior resolución interpuso la acusación particular recurso de apelación, que fue estimado por la AP de Madrid que, revocando la de instancia, lo condenó como autor de un delito de abandono de familia por impago de pensiones. La Audiencia, aceptando los hechos probados de la Sentencia apelada, llega a una diversa conclusión, al considerar que, una vez dictada la Sentencia que aprobó el convenio regulador, es la fecha y el contenido de ésta en relación con las prestaciones económicas objeto de protección en el tipo penal contemplado, la que debió considerarse como delimitadora de los incumplimientos denunciados. El demandado no compareció al juicio oral y nada alegó en la declaración que efectuó ante el Juez Instructor, donde reconoció, sin embargo, haber dejado de pagar desde hacía cuatro meses la pensión porque *«se ha metido en un piso y no puede hacer frente»*.

La divergencia entre la sentencia absolutoria y la condenatoria se circunscribe a una cuestión puramente jurídica ajena a la valoración de las pruebas personales. El Juez de lo Penal estimó acreditado el impago reiterado de las pensiones alimenticias sobre la base de las declaraciones de la denunciante y del acusado, declaración esta última prestada en la fase de instrucción, ya que no compareció al acto del juicio oral. Sin embargo, el órgano judicial absolvió al demandante con el argumento de que no habría resultado probada la fecha en que se le notificó la sentencia de separación, ni tampoco la fecha en que ésta devino firme. Frente a ello, la AP, aceptando en su integridad los hechos declarados probados en la instancia, infiere de los mismos que el acusado tenía pleno conocimiento de la existencia de la referida sentencia y de su obligación de pagar la pensión alimenticia, en tanto que en el proceso de separación los dos cónyuges estaban representados por el mismo Procurador, por lo que ha de entenderse que ambos tuvieron conocimiento de la resolución al mismo tiempo, sin que el acusado adujera lo contrario, de manera que cuando se ratificó la denuncia ante el Juzgado de Instrucción, ya se había producido el impago durante más de dos meses consecutivos, concurriendo, pues, los elementos integrantes del tipo penal finalmente aplicado.

En la demanda de amparo se denuncia la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) por haberse revocado la sentencia absolutoria de instancia sobre la base de una nueva valoración probatoria sin observancia de la exigible inmediación judicial, añadiéndose que el tribunal de apelación debió examinar directa y personalmente al acusado. El demandante denuncia la ausencia de inmediación en la valoración de las pruebas personales, agregando que no ha sido oído por la AP.

Señala el TC que *«no le asiste la razón al recurrente en amparo cuando afirma que se vulneró su derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) al incumplirse el principio de inmediación, pues la Audiencia no varió la apreciación probatoria de las declaraciones, sino que se limitó a dictaminar la culpabilidad de aquél con base en los hechos considerados probados en la primera instancia»* (FJ.2) En cambio *«debió darse al apelado la ocasión de ser escuchado por el Tribunal que, originaria y definitivamente, le condenó, con independencia de las circunstancias del caso (concretamente, que el actor no compareció en el juicio oral y que el contenido de la Sentencia, al haber sido dictada en una separación de mutuo acuerdo, tenía que serle conocido). En*

*primer y fundamental término, porque habida cuenta de que había sido absuelto en la instancia, obvio es que era el Tribunal de apelación quien por primera vez condenaba al recurrente en amparo. De otra parte, éste, en el ejercicio legítimo de sus posibilidades procesales, no compareció al juicio oral y, por tanto, salvo por el Juez de Instrucción, no fue oído durante el curso del proceso, de modo que el órgano de apelación venía obligado a salvaguardar su derecho de audiencia antes de ser condenado, máxime si se tiene en cuenta que contra la Sentencia condenatoria no cabía ya recurso alguno» (FJ.3).*

Se entiende en definitiva que los intereses del demandante no fueron enteramente protegidos ya que la AP hubiera debido concederle la posibilidad de ser oído antes de condenarle, «en la medida en que la vista, en este caso, estaba llamada a servir a los fines de la parte apelante, era ésta quien tenía la carga de promover los presupuestos precisos para que el órgano judicial al que acudió pudiera satisfacer su pretensión (STC 10/2004, de 9 de febrero, FJ 3), siendo posible, por lo demás, que la celebración de la vista se hubiera acordado de oficio (STC 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 11)» (FJ.3).

#### **STC 196/2009, de 28 de septiembre**

**RA: Estimado.**

**Ponente: Casas Baamonde. Voto particular de Rodríguez-Zapata.**

**Conceptos: Tutela judicial y acceso al proceso. Propiedad intelectual.**

**Litigio sobre devolución o descuento del montante del canon por copia privada. Legitimación e interés de las sociedades de gestión (SGAE) para intervenir en esos litigios.**

**Preceptos de referencia: Artículo 24 CE. Arts. 25, 31 y 150 Ley de Propiedad Intelectual (LPI).**

El caso se sitúa en el debate acerca del canon previsto en la Ley de Propiedad Intelectual (art. 25) para compensar los perjuicios que el límite de copia privada (art. 31.2 LPI) causa a los titulares de derechos de autor y afines. La normativa española viene condicionada en este punto por la Directiva 2001/29/CE, de Derechos de autor en la Sociedad de la información, cuyo art. 5.2,b) permite a los Estados introducir, si lo desean, el expresado límite, «*siempre que los titulares de derechos reciban una compensación equitativa*». España, que ya contemplaba tal límite, lo ha mantenido, aplicándolo tanto a las copias analógicas como a las digitales. El sistema o expediente compensatorio, como en la abrumadora mayoría de países de la UE, pasa por el establecimiento de un canon sobre los instrumentos (dispositivos y soportes) utilizados o, mejor, utilizables para la realización de las copias. Se trata, como puede verse, de un expediente indirecto y, como tal, susceptible de desviaciones. Se intenta corregirlas valiéndose de diversos criterios destinados a evitar la aplicación del canon a dispositivos y soportes que no van a utilizarse para hacer copias privadas o, al menos, no de forma significativa. La incorporación de la Directiva y los reajustes que, con tal ocasión, se introdujeron en la LPI fueron objeto de viva polémica, finalmente zanjada por la Ley 23/2006 y la OM 1743/2008. El debate, sin embargo, se ha mantenido vivo en otros foros. Las objeciones (con *enmiendas a la totalidad* o propuestas de reforma parcial) siguen resonando en foros especializados y medios de comunicación e incluso se han abierto camino hasta los tribunales. Hay que destacar aquí, en particular, la cuestión prejudicial planteada ante el TJCE

por la Audiencia Provincial (AP) de Barcelona (Sección 15, Auto de 15/9/2008) con ocasión de un litigio en el que SGAE reclamaba a una sociedad el pago del canon por copia privada (*SGAE c. Padawan S.L.*). Entre otras cosas, la AP pide al TJCE que se pronuncie acerca de si el gravamen «*debe ir necesariamente ligado [...] al presumible uso de [los] equipos y materiales para realizar reproducciones beneficiadas por la excepción de copia privada, de tal modo que la aplicación del gravamen estaría justificada cuando presumiblemente los equipos, aparatos y materiales de reproducción digital vayan a ser destinados a realizar copia privada, y no lo estarían en caso contrario*». Habrá que esperar a ver cómo se resuelve esta importante Cuestión. Pero, entre tanto, quienes se oponen al sistema compensatorio han abierto otros frentes, intentando forzar pronunciamientos judiciales que lo pongan en cuestión. Este es el marco en el que cabe situar el pleito origen del pronunciamiento del Tribunal Constitucional.

Un ciudadano compra un CD-R virgen en un establecimiento comercial, pidiendo una factura en la que se desglose el canon por copia privada. El comercio así lo hace, especificando que del precio total (0,60 €), 0,19 € corresponden al repetido canon (corresponden o corresponderían pues el fabricante o importador que lo pagó podría no haberlo repercutido en el precio). Estaría fuera de lugar sugerir que el cliente advirtió al comercio de sus intenciones y, más aún, que uno y otro actuaron de acuerdo para provocar la deseada resolución judicial. Dejando a un lado ese tipo de cábalas, lo cierto es que la demanda se interpuso: el cliente, aportando su factura, reclamó al comercio 0'19 €. En el suplico se denunciaba también la inconstitucionalidad del art. 25.1 LPI, en relación con el art. 151 del mismo texto legal, pidiendo que el Juzgado planteara la correspondiente cuestión (la STC sintetiza en su primer Antecedente los argumentos del demandante). El Juzgado no accedió a esta petición. Tampoco acogió la excepción de falta de legitimación pasiva alegada por el demandado, pero, entrando en el fondo, dictó sentencia desestimatoria al considerar que el canon por copia privada y su eventual repercusión en el precio final de los soportes eran correctos «*atendiendo a la configuración legal del derecho de autor*». Se recurrió en apelación insistiendo en un argumento que, a juicio del recurrente, debía hacer mella en un órgano judicial: el canon se aplicaría incluso a los soportes usados para la grabación de los actos judiciales (audiencias, juicios). La Audiencia de Málaga tampoco accedió a plantear la cuestión de inconstitucionalidad, nuevamente pedida. Pero estimó el recurso, al entender que el sistema de compensación no excluye que el adquirente de los equipos y soportes gravados pueda «*demonstrar que no se han usado para la reproducción de las obras a las que se refiere la Ley*» (vid. Antecedente 2-c de la STC). La LPI habría establecido la simple presunción de que cierto material va a usarse para hacer copias privadas, sin cerrar la puerta a la prueba en contra. Se trataría así de «*un problema meramente probatorio*». En este caso, la pretensión de devolución (...o descuento) sería procedente porque el actor habría probado que compró el CD-R virgen para obtener una copia del acta del juicio: «*se deduce sin género de duda que la compra de un concreto disco a los fines de la grabación de un acto judicial público ordenada legalmente no es incluíble en el supuesto fáctico que establece el artículo 25 repetido de la Ley de propiedad intelectual*» (*ibidem*). Si no se le devolvieran al comprador los 0'19 € se produciría a juicio de la Audiencia un «*cobro de lo indebido*».

De tal conclusión –un éxito para los promotores de la demanda– se hicieron eco los medios de comunicación, cosa que movió a una de las sociedades de

gestión legitimadas –obligadas– a recaudar el canon (SGAE) a interponer un incidente de nulidad de actuaciones ante la Audiencia. Tal como se recoge en la STC la SGAE adujo: *«la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva, al haberse debatido en el proceso sobre el contenido y alcance de una obligación legal de la que es legítima acreedora sin que se le haya dado la más mínima posibilidad de acceder al procedimiento judicial a fin de poder defender su interés legítimo en la cuestión»* (Antecedente 2-d STC). La Audiencia acordó denegar de plano la nulidad *«por entender que la SGAE no tiene un interés directo y legítimo en el resultado del pleito»*. A juicio de la Audiencia había que separar la relación entre la sociedad de gestión como acreedora del canon frente a los deudores del mismo y la relación entre éstos y, en particular, los distribuidores finales y sus clientes. En esta última relación (un simple contrato de compraventa de un CD-R) la SGAE ni sería parte ni tendría legitimación alguna para intervenir, como demuestra –añade la Audiencia– *«el hecho de que el vendedor –en todo caso deudor del canon, según el legislador– puede deliberadamente asumir su coste si decide no repercutirlo al comprador en el marco de los dispuesto en el art. 1255 CC»* (*ibidem*).

La SGAE recurrió en amparo por violación de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Alegaba estar legalmente obligada a gestionar el cobro del tan repetido canon (un derecho compensatorio excluido de toda posible gestión individual) y subrayaba, además, que el comercio demandado ocupaba frente a ella la cualidad de deudor solidario del canon. La SGAE concretaba los efectos de la sentencia de la Audiencia en los siguientes términos: *«Si la remuneración compensatoria se ha declarado indebida por la Sentencia frente a la que solicitamos amparo, ocurre que el establecimiento condenado podría oponer frente a mi mandante tal resolución firme para exonerarse de su responsabilidad solidaria que le incumbe con base en el precepto antes citado»* (Antecedente 3 STC). Por todo ello, la recurrente en amparo pedía que se reconociera que se había vulnerado su derecho a la tutela judicial, junto con la anulación de la sentencia de la Audiencia Provincial y de todas las actuaciones anteriores, *«mandando reponer las actuaciones al momento de admisión a trámite de la demanda, ordenando su notificación a la recurrente, a fin de que pueda intervenir en el procedimiento en defensa de sus derechos e intereses legítimos»* (*ibidem*).

El TC estima el amparo porque la Audiencia Provincial, al estimar el recurso y revocar la sentencia del JPI, *«efectúa una interpretación del art. 25 LPI, razonando que este precepto permite acreditar el destino final del soporte mediante una presunción iuris tantum que puede llevar a la inexigibilidad del canon si no se trata de la divulgación de alguna de las obras por él protegidas, y que en esa situación se encontraría justamente la grabación de las vistas judiciales»* (FJ 3). Por lo pronto, como se ve, el TC toma nota de las consecuencias que podría tener la sentencia (y no tanto ella misma como el criterio sentado en ella), para el sistema legal de compensación por copia privada. *«Dados los términos de la demanda rectora del proceso»* dice el TC, *«su admisión a trámite conllevaba abrir un debate procesal en el que los derechos e intereses de la SGAE, como entidad de gestión de los derechos de propiedad intelectual, autorizada ante la Administración desde 1988 y cuyos estatutos prevén expresamente su intervención judicial para la defensa entre otros del derecho de los autores a la remuneración por copia privada del art. 25 LPI (según acreditó en el proceso judicial, cuando interpuso el incidente de nulidad de actuaciones), podían verse afectados»* (FJ 3). La compensación por copia privada, añade, es un derecho de gestión colectiva obligatoria, *«no obs-*



tante lo cual, todo el proceso se tramitó sin que la entidad demandante de amparo fuera llamada al mismo, a fin de poder defender su legítimo interés en la cuestión debatida»; y ello a pesar de que la sociedad demandada (el comercio) había denunciado su propia falta de legitimación pasiva.

La conclusión del TC es que, en efecto, se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial de la recurrente en amparo, en su vertiente de acceso al proceso. *«La decisión judicial que aprecia su falta de legitimación pasiva en el procedimiento se funda en una interpretación de las normas procesales aplicables al caso abiertamente restrictiva y rigorista, que conlleva una consecuencia desproporcionada, al haber sido excluida la SGAE de un procedimiento en el que prima facie resulta evidente la existencia de un interés legítimo, en cuanto entidad de gestión de los derechos de propiedad intelectual. Y ello porque, más allá de la reclamación al vendedor de la cuantía del canon correspondiente a una concreta operación de compraventa, se cuestionaba en el mismo el contenido y alcance de la remuneración compensatoria o canon por copia privada previsto en el art. 25 LPI, así como el papel atribuido por la Ley a las sociedades de gestión de los derechos contra [sic] la propiedad intelectual, solicitando incluso el demandante el planteamiento por el órgano judicial de una cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 25 LPI, entre otras razones, por la inconstitucionalidad de los sujetos gestores del derecho: las entidades de gestión, «como las únicas encargadas de la exigencia, recaudación, control y gestión del canon»» (FJ 3). Por todo ello, se otorga el amparo y, con las anulaciones correspondientes, se retrotraen las actuaciones «al momento inmediatamente anterior a admitirse la demanda, para que en su lugar se provea dicho trámite en términos respetuosos con el derecho fundamental reconocido a la recurrente». No queda claro qué significa eso. ¿Un litisconsorcio pasivo necesario? ¿Una intervención de tercero por la vía de los arts. 13 ó 14 de la Ley de Enjuiciamiento Civil?... Teniendo en cuenta que SGAE no es la única entidad de gestión involucrada en la recaudación de la compensación, es más razonable entender que se trata de lo segundo. En cualquier caso, parece que el TC no ha querido limitarse a resolver una cuestión de técnica procesal, sin contemplar también el problema, más amplio, del impacto de la resolución impugnada.*

La sentencia tiene, no obstante, un voto particular discrepante. De acuerdo con él la Audiencia no hizo una interpretación rigorista y contraria al art. 24 CE cuando entendió que la legitimación atribuida por el art. 150 LPI a las entidades de gestión se aplica a la relación entre éstas y los deudores de la compensación y no, en cambio, a la existente entre los vendedores de los dispositivos o soportes y los clientes-consumidores que los adquieren.

#### **STC 209/2009 de 26 de noviembre**

**RA: Estimado.**

**Ponente: Aragón Reyes.**

**Conceptos: Derecho a la igualdad, derecho a la tutela judicial efectiva.**

**Preceptos de referencia: Artículos 14 y 24.1 CE. Art.24 CE. Art.24 Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.**

La empresa A.I.O. S.A., titular de un taller de reparación de automóviles, reclamó en mayo de 1995 a la Agencia Española de Administración Tributaria (AEAT) el pago de 6.556€ como contraprestación por el servicio de depó-

sito de tres automóviles que habían quedado precintados e inmovilizados en dicho taller por agentes de la Guardia Civil. Ese mismo mes la AEAT comunicó a la empresa titular del taller que consideraba excesiva la cantidad reclamada por lo que la empresa acreedora demandó a la AEAT.

El Juzgado de Primera Instancia condenó a la AEAT al pago de 6.556€ más los intereses legales y las costas. La AEAT recurrió contra dicha sentencia y la Audiencia Provincial que conoció el caso confirmó la Sentencia de instancia en marzo de 2005 salvo en lo relativo a la condena al pago de intereses legales, ya que éstos debían devengarse conforme a lo dispuesto en el art.24 de la Ley General Presupuestaria, conforme al cual «*si la Administración no pagara al acreedor de la Hacienda Pública estatal dentro de los tres meses siguientes al día de la notificación de la resolución judicial o del reconocimiento de la obligación, habrá de abonarle el interés señalado en el artículo 17 apartado 2 de esta Ley, sobre la cantidad debida, desde que el acreedor, una vez transcurrido dicho plazo, reclame por escrito el cumplimiento de la obligación*».

La empresa titular del taller de vehículos solicitó la aclaración de la sentencia a la AP por estimar que el Tribunal había incurrido en error al fijar el momento inicial del cómputo del plazo aplicable al pago de los intereses legales en la fecha de notificación de la Sentencia de apelación (abril 2005) cuando dicha fecha debería haberse fijado desde que la AEAT reconoció su obligación de pago del depósito (mayo 1995). La Audiencia declaró no haber lugar a la aclaración solicitada por lo que la empresa solicita el amparo al Tribunal Constitucional por lesión a su derecho a la tutela judicial efectiva (art.24.1 CE) y a su derecho fundamental a la igualdad (art.14 CE) al considerar que la sentencia de la Audiencia privilegia la posición deudora de la Hacienda Pública al posponer el devengo de los intereses moratorios a su cargo.

El TC siguiendo la STC 23/1997 en un supuesto similar, declara que en este caso el particular para lograr el pago de lo debido ha tenido que acudir a un procedimiento judicial y «*si se le niegan los intereses devengados durante ese período, en modo alguno conseguiría la plena satisfacción de su derecho, pues al tener que acudir a un proceso para lograr su reconocimiento, el tiempo empleado en ello generará de suyos unos perjuicios que quedan sin resarcir*» (FJ 3.º). De acuerdo con el TC el entendimiento del art.24 de la Ley General Presupuestaria que hace la sentencia de la AP conduce a la aplicación de un criterio discriminatorio por cuanto dispensa a la Administración deudora un tratamiento privilegiado desprovisto de la cobertura constitucional y contrario a las exigencias del principio de igualdad. Razones éstas por la que otorga el amparo.

### **STC 217/2009, de 14 de diciembre**

**RA: Estimado.**

**Ponente: Gay Montalvo.**

**Conceptos: Protección del menor. Derecho de visitas. Tutela judicial efectiva. Inadmisión de recursos.**

**Preceptos de referencia: Artículos 24.1 CE y 452 LEC.**

Los hechos de los que trae causa la demanda de amparo son, en síntesis, los siguientes: Se solicitó la modificación del régimen de visitas de un menor y la recurrente interpuso recurso de reposición, alegando la vulneración del derecho del menor a su integridad física y moral. Por providencia de 23 de

octubre de 2006 el mismo órgano judicial inadmitió el recurso de reposición con la escueta motivación de «no figurar expreso en el recurso la infracción en la que la resolución judicial impugnada incurría, tal y como exige el art. 452 LEC 2000». La demanda de amparo tuvo entrada en el Tribunal el 27 de noviembre de 2006. Y en paralelo se recibió en el Juzgado de Primera Instancia un informe del punto de encuentro donde se realizaban las visitas del menor con su padre, en el que se anunciaba la renuncia del padre a las visitas con su hijo a fin de, según sus referencias, no verle sufrir ni generarle más angustia.

En la demanda de amparo que sigue tramitándose a pesar de que el problema humano ya quedó resuelto se plantea hasta que punto un exceso de rigorismo provoca la vulneración de la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho de acceso a los recursos. El TC señala que *«es nuestra doctrina reiterada, como sintetiza la STC 252/2000, de 30 de octubre, FJ 2, que el derecho a la obtención de un pronunciamiento jurisdiccional sobre el fondo de la pretensión, como parte del derecho a la tutela judicial efectiva garantizado en el art. 24.1 CE, se satisface también con una respuesta de inadmisión fundada en una causa legal que haya sido apreciada razonablemente por el órgano judicial (así, y entre otras, ya desde nuestra temprana STC 11/1982, de 29 de marzo, las SSTC 69/1984, de 11 de junio, y, entre las más recientes, 8/1998, de 13 de enero, y 122/1999, de 28 de junio). Por ello, las decisiones judiciales de inadmisión no son, en principio, revisables en la vía de amparo, salvo que vulneren el derecho a la tutela judicial efectiva, lo que ocurre cuando carecen de la debida motivación (SSTC 214/1988, de 14 de noviembre; 63/1992, de 29 de abril); se funden en una interpretación de la legalidad ordinaria arbitraria o manifiestamente irrazonable (STC 133/2000, de 16 de mayo); sean el resultado de un error patente (SSTC 295/2000, de 11 de diciembre; 134/2001, de 13 de junio); se apoyen en una causa legal inexistente o en la exigencia de unos requisitos formales excesivamente rigurosos (SSTC 69/1984, de 11 de junio; 57/1988, de 5 de abril; 18/1993, de 18 de enero; 172/1995, de 21 de noviembre; 135/1998, de 29 de junio; 168/1998, de 21 de julio; 63/2000, de 13 de marzo; 230/2000, de 2 de octubre). El control constitucional de estas decisiones de inadmisión se realiza de forma especialmente intensa cuando determinan la imposibilidad de obtener una primera respuesta judicial (SSTC 87/1986, de 27 de junio, y 118/1987, de 8 de julio, hasta la STC 16/1999, de 22 de febrero), atenuándose ese control en fase de recurso (por todas, SSTC 37/1995, de 7 de febrero, 115/1999, de 14 de junio)»* (FJ.3).

En su consecuencia la resolución judicial por la que se acuerda no tramitar el recurso de reposición ha de considerarse contraria al art. 24.1 CE, pues la demandante de amparo fundó su recurso de reposición en la vulneración del derecho del menor a su integridad física y moral, que sólo podría encontrar cabida en el art. 15 CE y, por toda respuesta, el órgano judicial adoptó la providencia que inadmitía el recurso con el fundamento de no expresar la infracción en que incurría la resolución judicial impugnada.