

## JURISPRUDENCIA

### TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

#### SENTENCIAS

#### **Sentencia 32/2010, de 8 de julio de 2010**

#### **Sección Segunda**

Recurso de amparo 957-2007. Promovido por la entidad Fomento de Construcciones y Contratas, S.L., frente al Auto de la Audiencia Provincial de Madrid que inadmitió su recurso de apelación en proceso de ejecución de títulos judiciales. Alegada vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva: falta de agotamiento porque se presentó incidente de nulidad de actuaciones al mismo tiempo que el recurso de amparo. («BOE» núm. 192 de 9 de agosto de 2010)

La Sección Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, Presidente, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps, Magistrados, ha pronunciado

#### **EN NOMBRE DEL REY**

la siguiente

#### **SENTENCIA**

En el recurso de amparo núm. 957-2007, promovido por la entidad Fomento de Construcciones y Contratas, S.L., representada por el Procurador de los Tribunales don Florencio Araez Martínez y bajo la dirección de la Letrada doña Silvia Blanco González, contra el Auto de la Sección Vigésimoquinta de la Audiencia Provincial de Madrid de 22 de diciembre de 2006, dictado en el recurso de queja núm. 362-2006. Han comparecido Fiuna, S.A, representada por el Procurador de los Tribunales don Jaime Briones Méndez y bajo la dirección del Letrado don Álvaro de Laiglesia Kaifer; y la Comunidad de Propietarios de la calle Costa Brava núm. 49 en Madrid, don Marcial Ángel Portela Álvarez, doña Asunción González Wandosel, doña María Soledad González Wandosel, don Eladio Manuel Pérez Ce-bollino, don Cecilio Oviedo Pérez de Tudela, Clínica Oftalmológica Raquel Martín Carabias, S.L., don Javier Rial Fernández, doña María Ángeles Sáez Izquierdo, Kampinas, S.A., Paipeisa, S.L., y Altromar, S.L., representados por el Procurador de los Tribunales don Fernando

García de la Cruz Romeral y bajo la dirección del Letrado don Juan Antonio Montoro Caveró. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Pablo Pérez Tremps, quien expresa el parecer de la Sección.

## I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado el 1 de febrero de 2007, el Procurador de los Tribunales don Florencio Araez Martínez, en nombre y representación de Fomento de Construcciones y Contratas, S.L., y bajo la dirección de la Letrada doña Silvia Blanco González, interpuso recurso de amparo contra la resolución mencionada en el encabezamiento de esta Sentencia.

2. El recurso tiene su origen en los siguientes antecedentes:

a) La entidad demandante en amparo fue condenada, junto con otros ejecutados, por providencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 44 de Madrid de 20 de enero de 2006, dictada en el proceso de ejecución de títulos judiciales núm. 858-2002, al abono de una determinada cantidad económica como ejecución sustitutoria. Dicha entidad interpuso recurso de reposición y, subsidiariamente, recurso de apelación, siendo desestimado el primero e inadmitido el segundo por Auto de 7 de abril de 2006. El recurso de queja interpuesto contra la citada inadmisión fue desestimado por Auto de la Sección Vigésimo Quinta de la Audiencia Provincial de Madrid de 22 de diciembre de 2006, dictado en el rollo de sala núm. 362-2006.

b) La entidad demandante en amparo mediante escrito registrado el 19 de enero de 2007 formuló incidente de nulidad de actuaciones ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 44 de Madrid, alegando que se le había causado indefensión por no haberle permitido formular recurso de apelación contra el pronunciamiento de desestimación del recurso

de reforma contenido en el Auto de 7 de abril de 2006. A esos efectos, solicitó que se le diese traslado para la interposición de la apelación o que se revocase el mencionado Auto, en el sentido de declarar que contra el mismo cabía recurso de apelación, concediéndose un nuevo plazo para su anuncio. El incidente fue inadmitido por providencia de 22 de febrero de 2007.

3. La recurrente aduce en la demanda de amparo que se ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por no haberse permitido su acceso al recurso de apelación, partiendo de la errónea apreciación de que éste no se interpuso, cuando ello se realizó en tiempo y forma junto con el recurso de reposición.

4. La Sección Segunda de este Tribunal, por providencia de 21 de mayo de 2008, acordó la admisión a trámite del recurso de amparo y, en aplicación del art. 51 LOTC, requerir atentamente de los órganos judiciales la remisión del testimonio de las actuaciones y el emplazamiento de quienes hubieran sido parte en el procedimiento, a excepción de la recurrente, para que pudiesen comparecer en el plazo de diez días en el presente proceso de amparo.

5. La Secretaría de Justicia de la Sala Primera de este Tribunal, por diligencia de ordenación de 16 de julio de 2008, acordó tener por recibido el testimonio de las actuaciones, por personados a los Procuradores de los Tribunales don Jaime Briones Méndez, en nombre y representación de Fiuna, S.A. y don Fernando García de la Cruz Romeral, en nombre y representación de la comunidad de propietarios calle Costa Brava núm. 49 en Madrid, don Marcial Ángel Portela Álvarez, doña Asunción González Wandosel, doña María Soledad González Wandosel, don Eladio Manuel Pérez Cebollino, don Cecilio Oviedo Pérez de Tudela, Clínica Oftalmológica Raquel

Martín Carabias, S.L., don Javier Rial Fernández, doña M.<sup>a</sup> Ángeles Sáez Izquierdo, Kampinas, S.A., Paipeisa, S.L., y Altromar, S.L., y, de conformidad con el art. 52 LOTC, dar vista de las actuaciones al Ministerio Fiscal y a las partes personadas por plazo común de veinte días para presentar las alegaciones que estimasen pertinentes.

6. El Procurador de los Tribunales don Fernando García de la Cruz Romeral, por escrito registrado el 19 de septiembre de 2008, solicitó la inadmisión del recurso por falta de agotamiento de la vía judicial previa [art. 50.1 a), en relación con el art. 44.1 a) LOTC], ya que la entidad recurrente había formulado un incidente de nulidad de actuaciones que no había sido resuelto cuando se interpuso el presente recurso de amparo y, además, lo había presentado ante un órgano judicial que no era el competente para su resolución. Subsidiariamente, solicitó la desestimación del recurso, al considerar que la resolución impugnada fundamenta la procedencia de inadmitir el recurso de apelación en la concurrencia de una causa legal debidamente argumentada.

7. El Procurador de los Tribunales don Jaime Briones Méndez, por escrito registrado el 19 de septiembre de 2008, solicitó la desestimación del recurso de amparo, argumentando que la resolución impugnada, al desestimar el recurso de queja, confirmando la inadmisión del recurso de apelación, hizo una interpretación y aplicación de la legalidad ordinaria que no cabe considerar contraria al derecho a la tutela judicial efectiva.

8. El Ministerio Fiscal, por escrito registrado el 28 de octubre de 2008, interesó la desestimación del recurso, alegando que las razones por las que se acordó la desestimación del recurso de queja se fundamentó debidamente en la concurrencia de una causa legal (art. 494 LEC), destacando que si bien sí hubo una errónea instrucción de recursos, ello no

afectó al derecho fundamental de la parte, pues el Juzgado permitió la tramitación del recurso de queja.

9. La recurrente no formuló alegaciones.

10. La Sala Primera de este Tribunal, mediante providencia de 21 de junio de 2010, al efecto previsto en el art. 52.2 LOTC, aprecia que para la resolución de este recurso es aplicable doctrina consolidada del Tribunal Constitucional y, en consecuencia, defiere la misma a la Sección Segunda.

11. La Presidenta del Tribunal Constitucional, en el ejercicio de las competencias que le atribuye el art. 15 LOTC, por Acuerdo de 21 de junio de 2010, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo del Pleno del Tribunal Constitucional de 20 de enero de 2005, designó al Magistrado don Manuel Aragón Reyes para completar la Sección Segunda.

12. Por providencia de 8 de julio de 2010 se señaló para la deliberación y votación de la presente Sentencia el día 8 del mismo mes y año, trámite que ha finalizado en el día de hoy.

## II. Fundamentos jurídicos

1. El objeto del presente recurso de amparo es determinar si la resolución impugnada ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) de la entidad recurrente al confirmar la inadmisión del recurso de apelación por ella planteado.

2. Con carácter previo es necesario abordar la concurrencia de la causa de inadmisión de falta de agotamiento de la vía judicial previa [art. 50.1 a), en relación con el art. 44.1 a) LOTC], que ha sido alegada por una de las partes comparecidas, por haberse simultaneado el presente recurso de amparo con un incidente de nulidad de actuaciones. No es obstáculo a este análisis que la demanda

de amparo haya sido previamente admitida a trámite, ya que, como ha sido reiterado por este Tribunal, cabe abordar, incluso de oficio, la concurrencia de los presupuestos de viabilidad del amparo en fase de Sentencia y, en caso de comprobar su incumplimiento, dictar un pronunciamiento de inadmisión del recurso o del motivo del recurso afectado por tal inobservancia (por todas, STC 41/2009, de 9 de febrero, FJ 2).

Este Tribunal ha puesto de manifiesto que la causa de inadmisión de falta de agotamiento de la vía judicial previa [art. 50.1 a), en relación con el art. 44.1 a) LOTC] tiene su fundamento en la salvaguarda de la naturaleza subsidiaria del amparo, con el fin de evitar que este Tribunal se pronuncie sobre eventuales vulneraciones de derechos fundamentales cuando los órganos judiciales tienen todavía la ocasión de reestablecerlos. En relación con ello, se ha destacado que es opuesto al carácter subsidiario de esta jurisdicción constitucional simultanear un recurso de amparo con otro recurso seguido en la vía judicial ordinaria, como ocurre cuando se inicia el proceso de amparo antes de que estén resueltos los recursos interpuestos contra la resolución judicial impugnada en aquella otra vía o cuando, una vez presentada la demanda de amparo, se reabre la vía judicial durante la pendencia del proceso de amparo, aunque la resolución final de la jurisdicción ordinaria sea finalmente desestimatoria (por todas, STC 99/2009, de 27 de abril, FJ 2).

En el presente caso, una vez recibidas las actuaciones judiciales, ha quedado acreditado que la entidad recurrente, tras serle notificada la resolución judicial que impugna en este recurso de amparo, procedió, con fecha 19 de enero de 2007, a formular incidente de nulidad de actuaciones, alegando la indefensión causada por no haber podido formular recurso de apelación. Este incidente no fue resuelto hasta el 22 de febrero de 2007 en que se

dictó providencia inadmitiéndolo a trámite. Simultáneamente con ello, en fecha 1 de febrero de 2007, procedió a registrar la demanda de amparo que ha dado lugar al presente recurso, alegando, igualmente, la eventual indefensión causada por no poder acceder al recurso de apelación.

Todo ello pone de manifiesto que la entidad recurrente cuando formuló su demanda de amparo mantenía abierta la vía judicial previa, merced a un incidente de nulidad de actuaciones que no fue definitivamente resuelto sino con posterioridad a la presentación del presente recurso de amparo. Por tanto, el presente recurso de amparo debe ser inadmitido por falta de agotamiento de la vía judicial previa [art. 50.1 a), en relación con el art. 44.1 a) LOTC], al haberse hecho coexistir con un incidente de nulidad de actuaciones no resuelto.

#### FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Inadmitir el recurso de amparo interpuesto por Fomento de Construcciones y Contratas, S.L.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a ocho de julio de dos mil diez.—Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.—Manuel Aragón Reyes.—Pablo Pérez Tremps.—Firmado y rubricado.

---

**Sentencia 33/2010, de 19 de julio de 2010**

**Sala Segunda**

Recurso de amparo 4321-2005. Promovido por don Joan Ribó i Canut, don

Carles Arnal Ibáñez y doña Dolors Pérez Martí frente a varios acuerdos de la Mesa de las Cortes Valencianas que inadmitieron diversas iniciativas parlamentarias. Vulneración del derecho al ejercicio del cargo parlamentario: inadmisión de preguntas parlamentarias y de la solicitud de comparecencia de una consejera sin motivación (STC 74/2009); inadmisión parcial por falta de agotamiento de la vía intraparlamentaria de impugnación. Voto particular. («BOE» núm. 192 de 9 de agosto de 2010)

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Vicente Conde Martín de Hijas, doña Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo, don Ramón Rodríguez Arribas y don Pascual Sala Sánchez, Magistrados, ha pronunciado

#### EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

#### SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 4321-2005, promovido por don Joan Ribó i Canut, don Carles Arnal Ibáñez y doña Dolors Pérez Martí, representados por el Procurador de los Tribunales don José Antonio Sandín Fernández y asistido por la Abogada doña Mónica Oltra Jarque, contra los acuerdos de la Mesa de las Cortes Valencianas de fecha 9 de noviembre de 2004, 14 de diciembre de 2004, 5 de abril de 2005, 12 de abril de 2005 y dos de 7 de junio de 2005. Han intervenido la Mesa de las Cortes Valencianas, representada por su Letrado Mayor, y el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Ramón Rodríguez Arribas, quien expresa el parecer de la Sala.

#### I. Antecedentes

1. Mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el día

10 de junio de 2005, don José Antonio Sandín Fernández, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de don Joan Ribó i Canut, don Carles Arnal Ibáñez y doña Dolors Pérez Martí, Diputados del Grupo Parlamentario Esquerra Unida-Els Verds-Entesa Valenciana en las Cortes Valencianas interpuso recurso de amparo contra las resoluciones parlamentarias a las que se ha hecho mención en el encabezamiento de esta Sentencia.

2. Los hechos en los que se fundamenta la sentencia de amparo son, sucintamente expuestos, los que siguen:

a) Por escritos registrados el 3 de noviembre de 2004 don Carles Arnal i Ibáñez, diputado del Grupo Parlamentario Esquerra Unida-Els Verds-Entesa Valenciana formuló ante la Mesa de las Cortes Valencianas tres preguntas dirigidas al Consejero de Territorio y Vivienda, deseando contestación oral ante el Pleno, y con el siguiente tenor:

R.E. 17721 «¿En el caso de que un determinado ayuntamiento no haga cumplir con rigor las legislación sobre contaminación sonora, cuáles son las funciones de corresponden a su departamento para hacer cumplirla legislación vigente?»

R.E. 17.723 «¿Conoce el Sr. Consejero, si la empresa de tratamiento de Dacsa ubicada muy cerca del núcleo urbano de Almássera y referenciada en el último informe del Síndico de Agravios, ha sido sancionada por el ayuntamiento, como marca la ley, por el reiterado incumplimiento de la normativa vigente, en relación a la contaminación sonora y otras molestias de la zona? ¿En el caso de que, como al parecer ocurre, no se haya producido todavía esta sanción, tiene la Consejería responsabilidades subsidiarias al respecto?»

R.E. 17.724 «¿Si el ayuntamiento no ejecuta sus facultades sancionadoras en el caso de la empresa de tratamiento de Dacsa ubicada muy cerca del núcleo urbano de Almássera, en relación a la con-

taminación sonora y otras molestias para los vecinos de la zona, puede actuar la Consejería endonando a la empresa? ¿En el caso que existan estas facultades por parte de su departamento, qué medidas se han iniciado al respecto?»

b) Mediante resolución de 9 de noviembre de 2004, la Mesa de las Cortes Valencianas acordó no admitir a trámite las preguntas número 259/04, 261/04 y 262/04 formuladas por el Diputado don Carles Arnal del Grupo Parlamentario Unida-Els Verds-Esquerra Valenciana (ENTESA) por considerar, en aplicación del artículo 147.2 del Reglamento de las Cortes Valencianas, que su contenido se refería a consultas de índole estrictamente jurídica.

Presentado ante la Mesa de las Cortes recurso de reposición solicitando la reconsideración de dicha resolución, fue resuelto por otra de 22 de febrero de 2005 que recordando que corresponde a la Mesa la calificación de los escritos y documentos de índole parlamentaria y la decisión sobre su tramitación, lo desestima.

c) Por escritos registrados el 1 de diciembre de 2004, doña Dolors Pérez i Martí, diputada del Grupo Parlamentario Esquerra Unida-Els Verds-Entesa Valenciana formuló ante la Mesa de las Cortes valencianas diversas preguntas dirigida al Consejo, deseando contestación por escrito, y con el siguiente tenor:

Pregunta R.E. 23.398 «¿Por qué en caso de rechazar el vehículo por el silenciador o tubo de escape hay dos meses para solucionar el defecto, siendo que las consecuencias de este defecto suponen un aumento de ruidos, pero en estos casos se le da un mes para solventar el problema, por lo tanto qué solución hay para el usuario que se encuentra con esta contradicción?»

Pregunta R.E. 23.399 «Cuando un vehículo es rechazado por ruidos, si pasan 10 días hábiles después de un mes y no

ha presentado el vehículo a segunda inspección, la ITV comunica esta circunstancia a la Dirección Provincial de Tráfico y al ayuntamiento donde está matriculado el vehículo, para que le sancione. ¿Pero con qué intención lo comunica a la Dirección General de Tráfico?»

Pregunta R.E. 23.400 «¿Por qué las ITV no comunican a los ayuntamientos, cuando pasan más de dos meses, que está rechazando un vehículo por otro defecto más peligroso aun para la seguridad de todos y todas y también del mismo propietario, como pueda ser ir sin frenos, etc.?»

Pregunta R.E. 23.401 «El usuario, caso de ser favorable el primer expediente (parte mecánica y gases), pero rechazado el segundo informe (ruidos), pierde tiempo de la caducidad de ITV porque está sellada y dada como favorable pero no puede circular, y el tiempo de inspección, que le cuenta a partir de la fecha del primer expediente favorable, lo pierde, ya que el tiempo va pasando sin que pueda circular. Una vez superada la prueba de ruidos, que puede ser en un mes o dos meses... ¿Por qué no le cuenta la fecha del expediente de ruidos, cuando este es posterior al primero? ¿Por qué se hacen dos expedientes diferentes?»

Pregunta R.E. 23.402 «¿Queda reflejada en el pliego de condiciones la nueva tarifa de ruidos? ¿Aparece la subida del IPC en el pliego de condiciones?»

Pregunta R.E. 23.403 «¿Cuando se privatizaron las ITV todas las plantas disponían de un responsable técnico?»

Pregunta R.E. 23.404 «¿En que consistirán estas campañas? ¿Cobran los ayuntamientos por hacerlas?»

Pregunta R.E. 23.405 «¿Es competencia autonómica regular qué vehículos deben pasar ITV y cuáles no? ¿Para qué vale el manual que edita el MINER, con los códigos de defectos así como su catalogación? ¿Hay alguna Consejería que

tenga previsto bonificar a los usuarios que contaminan menos: ruidos, gases, etc.? ¿Hay un plan renové para que se vayan sustituyendo los vehículos más contaminantes por vehículos que gastan menos combustible o combustibles alternativos a los fósiles por vehículos más ecológicos? ¿Por qué no pagan menos tasas de ITV los vehículos de gama baja a media?»

Pregunta R.E. 23.406 «¿Podría darse el caso de que un vehículo afectado por este sistema de medir los niveles de ruidos, superase incluso, los límites máximos a nivel nacional y solo fuera apto para circular por nuestra comunidad?»

Pregunta R.E. 23.407 «¿Se emite un informe técnico para determinar que el vehículo en cuestión está en perfecto estado de mantenimiento? ¿Quién lo hace? ¿Qué pruebas se hacen para determinar el perfecto estado de mantenimiento del vehículo y qué personal las hace?»

Pregunta R.E. 23.408 «¿91 db en ciclo-motores con 4 db de tolerancia o sin? ¿Si otro vehículo está homologado con 50 db y produce 60 db será rechazado y condenado a no poder circular más que a taller y a pasar segunda inspección, regresar a hacer cola de horas y a pagar nuevamente en la ITV, pero tendremos otro vehículo que nos molestará más hablando desde el punto de vista o de oído, circulando legalmente?»

Pregunta R.E. 23.412 «Las flotas de camiones que estén matriculadas en otras comunidades, pero que tengan su base aquí, no pasan la prueba sonora, pero la empresa que tenga su flota fuera y matriculada aquí, sí deberá pasarla, aunque no circule por nuestra comunidad. No se entiende como se les obligará ni por qué, a hacer la prueba a estos últimos. ¿Saldrán los agentes de tráfico de nuestra comunidad detrás de ellos por otras comunidades y países extranjeros y los llevarán a una ITV de nuestra comunidad?»

Pregunta R.E. 23.413 «¿Si la prueba la hace el agente, tendrá que pagar el usuario por ella? ¿Dejará la ITV, de manera gratuita, sus instalaciones y sus aparatos? ¿Habrá también que hacer cola de horas para poder hacer la prueba? ¿Estará dispuesto, el ayuntamiento afectado en cada caso, a prescindir de un agente durante horas sin ningún ingreso y trabajando de manera gratuita para una empresa privada que sí obtiene unos beneficios?»

Por escritos registrados el mismo día 1 de diciembre de 2004, doña Dolors Pérez i Martí, diputada del Grupo Parlamentario «Esquerra Unida-Els Verds-Entesa valenciana» formuló ante la Mesa de las Cortes valencianas tres preguntas dirigidas al Consejero de Empresa, Universidad y Ciencia, deseando contestación por escrito, y con el siguiente tenor:

Pregunta R.E. 23.409 «¿Cuántos vehículos fueron rechazados por exceso de ruidos? ¿Por qué razones se ha editado esta nueva norma?»

Pregunta R.E. 23.410 «¿En qué se basaron para aprobar la tarifa de gases y opacidad? Después de un largo período de tiempo haciéndola a nivel experimental, el método ha cambiado, a menos tiempo de duración, pero el precio no ha bajado. ¿A qué es debido eso?»

Pregunta R.E. 23.411 «¿En qué se han basado para aprobar las tarifas de emisión acústica? ¿Están, también ahora, haciendo pruebas mientras pagamos los usuarios? ¿Se ha hecho un estudio en profundidad de todas las cuestiones relacionadas con los ruidos como puede ser por ejemplo: a partir de cuántos db comienza a ser perjudicial para la salud; puntos negros de las ciudades, límite de velocidad en núcleos urbanos; control del cumplimiento de los límites de velocidad; ...?»

d) Por acuerdo de 14 de diciembre de 2004, la Mesa de las Cortes Valencianas inadmitió también a trámite las

preguntas número 2885/04 a 2900/04 formuladas por la Diputada doña Dolors Pérez Martí del Grupo Parlamentario Esquerra Unida-Els Verds-Esquerra Valenciana (ENTESA) por considerar, en aplicación del artículo 147.2 del Reglamento de las Cortes Valencianas, que su contenido se refería a consultas de índole estrictamente jurídica. Presentado ante la Mesa de las Cortes recurso de reposición solicitando la reconsideración de dicha resolución, fue resuelto por otra de 22 de febrero de 2005 que, recordando que corresponde a la Mesa la calificación de los escritos y documentos de índole parlamentaria y la decisión sobre su tramitación, lo desestima.

e) Por escrito registrado el 4 de marzo de 2005 don Carles Arnal i Ibáñez, diputado del Grupo Parlamentario Esquerra Unida-Els Verds-Entesa Valenciana formuló ante la Mesa de las Cortes valencianas una pregunta dirigida al Consejero de Territorio y Vivienda, deseando contestación oral ante el Pleno, y con el siguiente tenor:

Pregunta RE 26.471: «¿Qué empresas e instalaciones han comenzado ya a efectuar la retirada y sustitución de los PCBs y cuáles todavía no han comenzado a hacerlo?»

Por escritos registrados el 14 de marzo de 2005 don Carles Arnal i Ibáñez, diputado del Grupo Parlamentario Esquerra Unida-Els Verds-Entesa Valenciana formuló ante la Mesa de las Cortes Valencianas diez preguntas dirigidas al Consejero de Territorio y Vivienda, deseando contestación oral ante el Pleno, y con el siguiente tenor:

Pregunta R.E. 26.847: «¿Asume su departamento la corrección de los trabajos efectuados por la empresa GEOLAB?»

Pregunta R.E. 26.848: «¿Qué estudios se han efectuado o encargado a terceros para determinar la aptitud geológica de los terrenos afectados por el proyecto referente al complejo de valorización y eli-

minación de residuos urbanos a Cervera del Maestre, en la partida conocida como la Bassa?»

Pregunta R.E. 26.849: «¿De qué informaciones dispone el Sr. Consejero para rebatir o contradecir las conclusiones que se derivan del Mapa del IGME?»

Pregunta R.E. 26.850: «¿Considera, el Sr. Consejero, que las características geológicas que vienen expuestas en el Mapa del IGME son las adecuadas para un vertedero?»

Pregunta R.E. 26.851: «¿Ha estado incurso este proyecto en el preceptivo procedimiento de evaluación de impacto ambiental?»

Pregunta R.E. 26.852: «¿Tiene conocimiento, el Sr. Consejero, de que este proyecto cumple los requisitos previstos por la ley de Prevención y Control Integrales de la Contaminación?»

Pregunta R.E. 26.853: «¿Tiene conocimiento, el Sr. Consejero, del sistema que se empleará en esta instalación para eliminar el problema de los lixiviados?»

Pregunta R.E. 26.854: «¿Puede asegurar, su departamento, la viabilidad y eficacia del sistema previsto para solucionar el problema de los lixiviados?»

Pregunta R.E. 26.855: «¿Tiene conocimiento, el Sr. Consejero, de que la ubicación propuesta por estas instalaciones afecta a terrenos situados en un acuífero?»

Pregunta R.E. 26.856: «¿Qué valoración hace su departamento del riesgo de contaminación de los acuíferos por parte de este proyecto?»

f) Por resolución de 5 de abril de 2005, la Mesa de las Cortes Valencianas acordó no admitir las preguntas número 81/05 y 124/05 a 133/05 formuladas por el Diputado don Carles Arnal del Grupo Parlamentario Esquerra Unida-Els Verds-Esquerra Valenciana (ENTESA) por considerar, en aplicación del artículo 147.2 del



Reglamento de las Cortes Valencianas, que su contenido se refería a persona física o jurídica que no tiene trascendencia pública dentro del ámbito de la Comunidad Autónoma.

Presentado ante la Mesa de las Cortes recurso de reposición solicitando la reconsideración de dicha resolución, fue resuelto por otra de 17 de mayo de 2005 que, recordando que corresponde a la Mesa la calificación de los escritos y documentos de índole parlamentaria y la decisión sobre su tramitación, lo desestima.

g) Por escrito registrado el 4 de marzo de 2005, doña Dolors Pérez i Martí, Diputada y Portavoz del Grupo Parlamentario, Esquerra Unida-Els Verds-Entesa Valenciana, y don Joan Ribó i Canut, Diputado del mismo Grupo, conforme al art. 162 del Reglamento de las Cortes Valencianas (RCV) solicitaron a la Mesa de las Cortes Valencianas la comparecencia urgente ante el Pleno de la Consejera de Turismo para explicar el planteamiento de la Consejería para la realización de una feria del turismo en el País valenciano.

h) Mediante escrito de 12 de abril de 2005, la Mesa de la cámara comunicó al Grupo Parlamentario ENTESA que la Junta de Portavoces de las Cortes Valencianas había acordado oponerse a la solicitud de comparecencia de la Consejera de Turismo para explicar su planteamiento sobre la realización de una feria de turismo en Valencia solicitada por el Grupo Parlamentario Esquerra Unida-Els Verds-Esquerra Valenciana (ENTESA).

Presentado ante la Mesa de las Cortes recurso de reposición contra dicha resolución solicitando la reconsideración de la oposición, el 24 de mayo de 2005 la Mesa comunicó que la Junta de Portavoces se oponía nuevamente a lo solicitado.

i) Por escrito registrado el 6 de junio de 2005, don Joan Ribó Canut, portavoz

del Grupo Parlamentario Esquerra Unida-Els Verds-Entesa Valenciana, conforme al art. 163 del Reglamento, formuló ante la Mesa de las Cortes valencianas una pregunta dirigida al Presidente Consejo de Gobierno, deseando contestación en la sesión de Pleno correspondiente, y con el siguiente tenor:

Pregunta 31.596: «¿Cómo valora el Presidente del Consejo la denuncia de la Agencia Tributaria (AEAT) al Presidente de la Diputación de Castellón?»

j) Por resolución de 7 de junio de 2005, la Mesa de las Cortes Valencianas acordó no admitir a trámite el escrito de pregunta número 31.596 del Grupo Parlamentario Esquerra Unida-Els Verds-Esquerra Valenciana (ENTESA) dirigida al Señor Presidente del Consejo de Gobierno de acuerdo con lo dispuesto en el punto 5 de la resolución de carácter general de la Presidencia 3/III que regula el procedimiento parlamentario de las comparecencias del presidente del Consejo previstas en el art. 163 del Reglamento de las Cortes Valencianas.

k) Reformulada en el mismo día la pregunta, mediante resolución de 7 de junio de 2005, la Mesa de las Cortes Valencianas acordó no admitir a trámite el escrito de pregunta número 31.671 del Grupo Parlamentario Esquerra Unida-Els Verds-Esquerra Valenciana (ENTESA) dirigida al Señor Presidente del Consejo de Gobierno de acuerdo con lo dispuesto en el punto 5 de la resolución de carácter general de la Presidencia 3/III que regula el procedimiento parlamentario de las comparecencias del presidente del Consejo previstas en el art. 163 del Reglamento de las Cortes Valencianas.

3. En la demanda de amparo se alega con carácter principal la vulneración del derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos a través de sus representantes (art. 23.1 CE) y el derecho de acceso en condiciones de igualdad a los cargos públicos (art. 23.2 CE). Comple-

mentariamente invocan la lesión del derecho a no ser discriminado (art. 14 CE).

Fundamentan tales violaciones en que la Mesa de las Cortes ha realizado, a su juicio, una interpretación errónea de los preceptos del Reglamento de las Cortes Valencianas (RCV) que regulan las preguntas parlamentarias. En concreto, consideran que la Mesa ha realizado una interpretación extensiva e inconstitucional del art. 147.2 RCV. Este precepto establece las excepciones al derecho de los parlamentarios a presentar preguntas y literalmente dispone «La Mesa no admitirá aquellas preguntas que sean de exclusivo interés personal por parte de quién las formula o aquellas que se refieran a persona física o jurídica que no tenga una trascendencia pública dentro del ámbito de la Comunidad Autónoma. Asimismo, tampoco se admitirán las que supongan una consulta de índole estrictamente jurídica».

A juicio de los recurrentes la Mesa ha calificado como consulta de índole estrictamente jurídica preguntas que estaban dirigidas al ejercicio del control de gobierno. Considera que con ello restringe de manera ilegítima su derecho a realizar preguntas (art. 146 RCV), que es independiente de la libertad de los miembros del Gobierno de contestar como deseen a las mismas.

Respecto a la petición de comparecencia de la Consejera de Turismo, el art. 161 RCV reconoce tal facultad a los Grupos Parlamentarios, que no puede quedar sometida a la discrecionalidad de la Mesa, que la rechazó sin motivación alguna.

Por lo que hace al rechazo de la pregunta dirigida al Presidente del Consell, la demanda de amparo invoca el art. 163 RCV que prevé la comparecencia del Presidente del Consell para contestar las preguntas que formulen los «sindicats» de los Grupos Parlamentarios y establece que éstos presentarán previamente a la Mesa

la pregunta a formular, para su calificación. La denegación por falta de interés general resulta, a juicio de los recurrentes, evidentemente infundada pues se trataba de garantizar que los cargos públicos cumplan con sus obligaciones fiscales y con el deber de transparencia y ética en la vida pública.

La demanda cita abundante jurisprudencia constitucional en respaldo de su pretensión, en especial invocan la STC 40/2003 respecto a la ilegitimidad de que las cámaras Parlamentarias realicen un examen de oportunidad política de las iniciativas parlamentarias y la necesidad de una interpretación restrictiva de las normas que supongan una limitación de los derechos de los parlamentarios, que consideran directamente aplicable al asunto objeto del presente recurso de amparo. Del mismo modo, traen también a colación la doctrina de este Tribunal respecto a que el rechazo arbitrario o inmotivado de las iniciativas parlamentarias lesiona directamente el derecho fundamental consagrado en el art. 23.2 CE.

Concluye la demanda instando el otorgamiento del amparo solicitado, que se declare la nulidad de las resoluciones impugnadas, que se les reconozca el derecho contenido en el art. 23 CE y que se ordene el restablecimiento de los recurrentes en la integridad de su derecho y la obligación de la Mesa de motivar sus decisiones y limitar el examen de los escritos presentados para su calificación a las cuestiones técnico formales.

4. Por providencia de 19 de diciembre de 2007 de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, de conformidad con el art. 11.2 LOTC acordó conocer del presente recurso de amparo y admitir a trámite la demanda y, a tenor de lo dispuesto en el art. 51 LOTC, requerir atentamente a las Cortes Valencianas a fin de que remitieran certificación o fotocopia de las actuaciones correspondientes a las decisiones y actos recurridos, debiendo

previamente emplazarse, para que en el plazo de diez días puedan comparecer en este proceso constitucional quienes hubieran sido parte en el procedimiento, con traslado a dichos efectos de copia de la demanda presentada.

5. Por escrito del Letrado de las Cortes Valencianas, en representación de las mismas, ingresado en el Registro General de este Tribunal el día 8 de febrero de 2008, la Mesa de las Cortes Valencianas se persona como parte demandada en el presente recurso.

Mediante diligencia de ordenación de 29 de febrero de 2008 se acordó tener por personado y parte en el procedimiento al Letrado de las Cortes Valencianas y dar vista de las actuaciones recibidas a las partes personadas y al Ministerio Fiscal por el plazo común de veinte días, dentro de los cuales pudieran presentar las alegaciones pertinentes conforme al art. 52.1 LOTC.

Mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el día 5 de junio de 2008, el Fiscal ante el Tribunal Constitucional puso de manifiesto que siendo imprescindible para el despacho de las alegaciones recabadas la perfecta comprensión de la documentación acompañada, había comprobado que había sido aportada en lengua valenciana, por lo que en aplicación del art. 80 LOTC interesaba que se reclame por el Tribunal su traducción.

Por providencia de 23 de junio de 2008 de la Sala Segunda de este Tribunal, visto el contenido del escrito anterior, se acordó la suspensión del trámite de alegaciones del art. 52.1 LOTC y requerir a las Cortes Valencianas el envío de copia de las actuaciones en lengua castellana, de conformidad con lo dispuesto en el art. 49.3 LOTC.

Recibida la documentación interesada, por providencia de 17 de septiembre de 2008 se concedió a las partes personadas y el Ministerio Fiscal un nuevo plazo

común de veinte días, dentro del cual podían presentar las alegaciones que estimasen pertinentes o completar las ya formuladas.

6. El Letrado Mayor de las Cortes Valencianas, en representación de la Mesa de las Cortes Valencianas, formuló alegaciones mediante escrito ingresado en el Registro General del Tribunal Constitucional el día 14 de mayo de 2008. En las mismas opone en primer lugar dos objeciones que califica como de orden procesal. De un lado pone en evidencia que respecto a la inadmisión de la interpelación y la de la pregunta de interés general al Presidente del Consell los recurrentes no han agotado la vía judicial (sic) previa al recurso de amparo conforme al art. 44.1 a) LOTC. Los Diputados afectados, argumenta, no interpusieron los pertinentes recursos de reposición ante la Mesa de las Cortes, conforme al art. 27.2 RCV. Junto a ello aduce que la demanda carece de contenido constitucional puesto que la Mesa actuó en ejercicio legítimo de sus competencias.

Entrando ya en el fondo, el Letrado Mayor expone que el derecho fundamental garantizado en el art. 23.2 CE es de configuración legal, de modo que compete a los reglamentos parlamentarios fijar y ordenar los derechos y atribuciones de los parlamentarios. Aún así, no todo acto parlamentario que infrinja la legalidad afecta al derecho fundamental. En esta ocasión está en juego el ejercicio por la Mesa de las Cortes Valencianas de las funciones de calificación y tramitación de los escritos que se le dirigen. Conforme a la STC 208/2003 el ejercicio de dicha función no puede suponer un juicio de mera oportunidad política, pero sí consistir en la verificación liminar de la conformidad a derecho de la pretensión deducida, junto a un juicio de calificación sobre la idoneidad o procedencia del procedimiento parlamentario elegido.

Eso es, a juicio del Letrado Mayor de las Cortes Valencianas, lo que la Mesa realizó en esta ocasión. La licitud de no admitir a trámite una iniciativa de contenido manifiestamente contrario a Derecho ha sido ya admitida por la jurisprudencia constitucional. En especial, el escrito destaca el hecho de que el respeto de los derechos de sus Señorías se ha garantizado a través de la tramitación y sustanciación de otras iniciativas que han permitido en la Cámara el debate sobre las cuestiones materiales que se plantean en sus escritos. Con cita de los AATC 614/1988 y 6/1998, se concluye que, a la vista de esas otras posibilidades, la inadmisión no afectó de manera relevante al derecho de los autores de las iniciativas ni al normal funcionamiento de la actividad parlamentaria. Seguidamente detalla ocasiones en las que los parlamentarios afectados pudieron preguntar sobre cuestiones similares. Así diversas preguntas del Diputado Carles Arnal Ibáñez sobre contaminación acústica, varias iniciativas de la Diputada Dolors Pérez i Martí sobre las ITV y una pregunta de un Diputado de otro grupo sobre el complejo de eliminación de residuos en Cervera del Mestre.

En conclusión, el escrito defiende que el respeto de los derechos de representación de sus Señorías ha sido garantizado por la propia Mesa a través de la tramitación y sustanciación de otras iniciativas que han permitido en la Cámara el debate sobre las mismas cuestiones materiales que se plantean en las iniciativas inadmitidas a trámite y objeto del recurso de amparo.

En cuanto a la solicitud de comparecencia y la pregunta de interés general al Presidente del Consell la cuestión es distinta puesto que la iniciativa sí que fue calificada como tal y tramitada por la Mesa a la Junta de Portavoces, donde se manifestó criterio contrario a su inclusión en el calendario parlamentario. En tal caso, la Mesa no dispone de facultad al-

guna para incluir directamente dicha comparecencia en el calendario parlamentario, necesitando, conforme al Reglamento, el acuerdo de la Junta de Portavoces. Por todo ello, el Letrado Mayor termina pidiendo la inadmisión a trámite del presente recurso de amparo.

Mediante escrito presentado en el registro general de este Tribunal el día 10 de noviembre de 2008, el Letrado Mayor de las Cortes Valencianas reiteró las alegaciones presentadas anteriormente, arriba reseñadas.

7. José Antonio Sandín Fernández, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de don Joan Ribó i Canut, don Carles Arnal Ibáñez y doña Dolors Pérez Martí, presentó un escrito en el Registro General de este Tribunal el día 28 de octubre de 2008 por el que viene a formular sus alegaciones. Esencialmente en las mismas viene a ratificarse en su demanda de amparo disintiendo de las alegaciones del Letrado Mayor de las Cortes Valencianas.

En concreto señala que en la respuesta a la solicitud de comparecencia denegada no se notificó su no inclusión en el orden del día sino su no tramitación por parte de la Mesa, y así fue recurrido en reposición.

Respecto a la admisión de otras preguntas sobre temáticas similares el escrito de los recurrentes pone de manifiesto que las preguntas sobre contaminación acústica que se recogen como admitidas anteriormente se referían a otros lugares y empresas distintos de los aludidos en las preguntas inadmitidas. El resto de preguntas que se alegan como admitidas tampoco son coincidentes materialmente con las inadmitidas en las que se sustenta el recurso de amparo.

8. El Fiscal presentó sus alegaciones mediante escrito ingresado en el Registro General de este Tribunal el 6 de noviembre de 2008. En las mismas, señala en primer lugar que la supuesta lesión del derecho

a la igualdad del art. 14 CE ha de entenderse incluida en la del derecho fundamental garantizado en el art. 23.2 CE.

En cuanto al fondo, el Fiscal entiende que las preguntas inadmitidas perseguían el control de la actuación del Gobierno, careciendo de concreción y fundamento las respuestas denegatorias. Del mismo modo, entiende que la confirmación de la Mesa a la oposición de la junta de portavoces debió incluir las razones de derecho que justificaban tal decisión. En resumidas cuentas, a juicio del Fiscal, las respuestas de la Mesa supusieron una interpretación no estricta de preceptos que limitaban derechos de los parlamentarios y no constituyen respuesta suficiente sobre el motivo del rechazo, de modo que cabe apreciar vulneración del art. 23 CE por falta de motivación y arbitrariedad de los acuerdos de la Mesa.

Tan sólo respecto a la pregunta dirigida al Presidente del Consejo sobre los efectos de la aplicación de determinadas normas a los cargos públicos valencianos entiende que los demandantes de amparo no recurrieron en reposición, de donde se deriva su inadmisibilidad por falta de agotamiento de la vía previa. Respecto al resto de alegaciones el Fiscal interesa el otorgamiento del amparo solicitado.

9. Por providencia de fecha 15 de julio de 2010 se señaló para deliberación y fallo de la Sentencia el día 19, del mismo mes y año.

## II. Fundamentos jurídicos

1. El recurso de amparo se dirige contra una serie de resoluciones de la Mesa de las Cortes Valencianas que inadmitieron diversas iniciativas parlamentarias de los recurrentes, presentadas tanto individualmente como en cuanto Grupo Parlamentario. La demanda de amparo aduce que dichas inadmisiones lesionaron sus derechos a la igualdad (art. 14 CE) y a ejercer en condiciones de igualdad

los cargos públicos (art. 23.2 CE), argumentando que aunque se remiten formalmente a motivos de inadmisión previstos en el Reglamento de las Cortes Valencianas (RCV) ocultan en verdad un control de oportunidad que le está vedado a la Mesa de la cámara y restringe ilegítimamente sus facultades en cuanto parlamentarios.

La representación procesal de la Mesa de las Cortes Valencianas solicita la desestimación del recurso de amparo entendiendo que ejerció legítimamente sus facultades de calificación de las iniciativas parlamentarias y que no se lesionó materialmente el derecho de los parlamentarios porque en las materias en cuestión se habían admitido anteriormente iniciativas parlamentarias de contenido similar.

Por su parte, el Ministerio Fiscal considera que la Mesa de la Cámara realizó una interpretación extensiva y carente de fundamento de preceptos reglamentarios que limitan facultades de los parlamentarios contraria al art. 23.2 CE, por lo que interesa la estimación del recurso de amparo.

2. Con carácter previo, han de abordarse las objeciones de inadmisibilidad que, por lo que hace a dos de las resoluciones objeto del recurso de amparo, realizan tanto el Fiscal como la representación procesal de la Mesa de las Cortes Valencianas. Se trata, en concreto, de las resoluciones de la Mesa de las Cortes de fecha 7 de junio de 2005 que acordaron no admitir a trámite los escritos de pregunta núm. 31.596 y núm. 31.671 del Grupo Parlamentario Esquerra Unida-Els Verds-Esquerra Valenciana (ENTESA) dirigidas al Señor Presidente del Consejo de Gobierno. Contra las mismas, según consta en las actuaciones del presente recurso de amparo, no se ha presentado el procedente recurso de reposición conforme establece el art. 32.2 RCV.

A tenor del art. 42 LOTC, el plazo para interponer recurso de amparo frente a las decisiones o actos sin valor de Ley adoptados por nuestras Asambleas parlamentarias es de tres meses, a contar desde que, con arreglo a las normas internas de dichas Asambleas, tales decisiones o actos sean firmes. Ello supone, conforme a nuestra doctrina, exigir que se agoten previamente, y siempre que existan, las vías intraparlamentarias de impugnación (SSTC 136/1989, de 19 de julio, 125/1990, de 5 de julio, y 121/1997, de 1 de julio; y AATC 241/1984, de 11 de abril, 296/1985, de 8 de mayo, 219/1989, de 27 de abril, 570/1989, de 27 de noviembre, y 334/1993, de 10 de noviembre), procediendo en consecuencia la inadmisión de los recursos de amparo dirigidos contra actos parlamentarios sin fuerza de ley que no hayan adquirido firmeza con el agotamiento de los mecanismos internos previstos en cada caso para ello; el incumplimiento de este requisito lo hemos considerado causa de inadmisibilidad por «falta de agotamiento de la vía previa» (STC 20/2008, de 31 de enero, FJ 4) Frente a ello, los recurrentes argumentan que el acuerdo devino firme con la celebración del Pleno el día 9 de junio, y que el día de celebración del Pleno debe ser considerado el día a quo a efectos de cómputo de los plazos y firmeza de las resoluciones. Tal criterio no puede ser acogido, pues la exigencia de haber agotado las instancias internas parlamentarias es, conforme a nuestra jurisprudencia, una exigencia derivada del principio de subsidiariedad y del debido respeto a la autonomía parlamentaria, de tal manera que no cabe recabar el amparo de este Tribunal Constitucional si la lesión pudo ser remediada mediante procedimientos parlamentarios que no se hayan utilizado. Si excepcionalmente hemos considerado la celebración del Pleno de la Cámara como criterio para determinar la firmeza del acto parlamentario recurrido, ello ha sido por un motivo de la notificación de una resolu-

ción en el mismo día de celebración del Pleno los recursos internos del órgano parlamentario no hubieran podido tener ningún efecto práctico (STC 27/2000, de 31 de enero, FJ 2). En el caso actual las resoluciones de inadmisión fueron comunicadas a los recurrentes el mismo día de su adopción, es decir dos días antes de la celebración del Pleno y, conforme al art. 32.2 RCV entonces vigente, eran susceptible de recurso de reposición, que no consta que se haya intentado ni mucho menos resuelto en el momento de la interposición de la demanda de amparo. Por tanto, las impugnaciones contra las citadas resoluciones de 7 de junio de 2005 han de ser inadmitidas por aplicación del art. 42 de nuestra Ley Orgánica.

3. El presente asunto viene a plantear un supuesto muy parecido al que ha sido resuelto en nuestra reciente STC 74/2009, de 23 de marzo, en la que vinimos a resolver el recurso de amparo presentado por Diputados autonómicos del mismo Grupo Parlamentario frente a otra serie de resoluciones de la Mesa de las Cortes valencianas que inadmitían diversas iniciativas parlamentarias. Resulta, por ello, de aplicación en su mayor parte la doctrina allí expuesta.

En esta ocasión, la demanda de amparo se dirige, nuevamente, contra una serie heterogénea de resoluciones parlamentarias. No obstante, como dijimos en la Sentencia que acabamos de citar, «la unidad argumental de la demanda, al razonar conjuntamente sobre la restricción continuada a los Diputados adscritos a un mismo grupo parlamentario de las diversas facultades de control político del Gobierno mediante el rechazo inmotivado de sus iniciativas de control parlamentario, aconseja resolver conjuntamente las distintas vulneraciones del derecho fundamental garantizado por el art. 23 CE; sin embargo ello no obsta a que, a la vista de la especial naturaleza de cada una de las iniciativas restringidas,

sea también aconsejable, como se verá, su análisis por separado» (FJ 2).

También ha de resultar aplicable en sus mismos términos la doctrina de la STC 74/2009, de 23 de marzo, en lo relativo a la legitimación de los diputados recurrentes para impugnar la resolución que inadmitió la solicitud de comparencia del Presidente del Consejo, presentada por dos de ellos. Como dijimos entonces, en un supuesto sustancialmente idéntico al actual, «la facultad de instar la comparencia ante el Pleno del Parlamento de los miembros del Consejo de Gobierno, conforme al art. 161 del Reglamento de las Cortes Valencianas (RCV), corresponde formalmente a los grupos parlamentarios. En tal sentido, «es doctrina consolidada de este Tribunal que los grupos parlamentarios ostentan una representación institucional de los miembros que los integran que les otorga capacidad procesal ante el Tribunal Constitucional para defender las eventuales vulneraciones de los derechos fundamentales de dichos miembros que tengan relación con el ejercicio de su cargo representativo (por todas, SSTC 81/1991, de 22 de abril, FJ 1, y 177/2002, de 14 de octubre, FJ 1)» (STC 361/2006, de 18 de diciembre, FJ 5). Sin embargo, resulta indudable que el reconocimiento de esta representación en ningún caso puede privar de legitimación a los propios Diputados que, individualmente, son los titulares del derecho fundamental del art. 23.2 CE. Este derecho, siguiendo con nuestra doctrina, «además del derecho de acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos incorpora, como garantía añadida, el derecho de los parlamentarios y de los grupos en que se integran a ejercer sus funciones en condiciones de igualdad y dentro de la legalidad parlamentaria» (por todas, STC 39/2008, de 10 de marzo, FJ 5), de modo que también se vulnera el derecho fundamental de los parlamentarios individuales cuando se restringen de manera ilegítima,

tal y como alega en este caso la demanda de amparo, las facultades reglamentarias reconocidas al grupo parlamentario en el que se integran» (FJ 2).

Por lo demás, no resultan aquí de aplicación las prevenciones de la reciente STC 98/2009, de 27 de abril, pues en esta ocasión se da plenamente la «identidad entre los Diputados promotores de la citada iniciativa parlamentaria y los que, más tarde, han promovido el presente recurso de amparo» (FJ 2). Efectivamente, en el asunto de autos la solicitud de la iniciativa parlamentaria corrió a cargo de doña Dolors Pérez i Martí, Diputada y Portavoz del Grupo Parlamentario Esquerra Unida-Els Verds-Entesa Valenciana y don Joan Ribó i Canut, del mismo Grupo, que aparecen también como firmantes de la demanda de amparo.

4. Entrando ya en el fondo del recurso de amparo, resulta nuevamente de aplicación la doctrina de la STC 74/2009 de 23 de marzo: «hay que señalar ante todo que carece de viabilidad, como señala el Ministerio Fiscal, la invocación del derecho a la igualdad (art. 14 CE) pues es doctrina de este Tribunal que el 23.2 CE «concreta, sin reiterarlo, el mandato presente en la regla que, en el artículo 14 de la misma Constitución, establece la igualdad de todos los españoles ante la Ley» (SSTC 75/1983, de 3 de agosto, FJ 3, y 50/1986, de 23 de abril, FJ 4; más recientemente, en similares términos, STC 154/2003, de 17 de julio, FJ 6). De modo que el art. 23.2 CE especifica el derecho a la igualdad en el acceso a las funciones y cargos públicos, siendo éste, por tanto, el precepto que debe ser considerado de modo directo para apreciar si el acto, resolución o norma objeto del proceso constitucional ha quebrantado ese derecho, a no ser que el tratamiento diferenciado controvertido se deba a alguno de los criterios expresamente mencionados en el art. 14 CE (por todas, SSTC 191/2007, de 10 de sep-

tiembre, FJ 3 y 39/2008, de 10 de marzo, FJ 4).

En cuanto al análisis de las alegadas lesiones del derecho a la participación política (art. 23.2 CE), es preciso diferenciar entre los diversos actos de las Cortes Valencianas impugnados para su examen separado; siendo diferentes su origen, naturaleza y régimen jurídico parlamentario y constitucional, también habrá de serlo, sin duda, la respuesta que a la controversia dé este Tribunal. En tal sentido conviene abordar de un lado los tres acuerdos de la Mesa que rechazan preguntas parlamentarias y de otro al acuerdo de la Mesa que traslada el acuerdo de Junta de Portavoces rechazando una solicitud parlamentaria de comparecencia» (FJ 3).

Los acuerdos de la Mesa de las Cortes Valencianas que inadmitieron a trámite diversas preguntas de los Diputados recurrentes dirigidas a Consejeros del Gobierno autonómico contienen todos similar argumentación, escueta, que justifica la decisión en que el contenido de las preguntas se refería a «consulta de índole estrictamente jurídica» o «a persona física o jurídica que no tiene una trascendencia pública dentro del ámbito de la comunidad autónoma». De ese modo, la Mesa hacía referencia al art. 147.2 del Reglamento de las Cortes de Valencia (RCV) vigente en el momento de los hechos, que literalmente rezaba: «La Mesa no admitirá aquellas preguntas que sean de exclusivo interés personal por parte de quien la formula o aquellas que se refieran a persona física o jurídica que no tenga una trascendencia pública en el ámbito de la Comunidad Autónoma. Asimismo, tampoco se admitirán las que supongan una consulta de índole estrictamente jurídica». Este precepto, a su vez, venía a regular el ejercicio del derecho reconocido explícitamente en el art. 146: «Los diputados podrán formular preguntas al Consell y a cada uno de los consellers».

Como también indicamos en la citada STC 74/2009 de 23 de marzo: «Conforme a nuestra doctrina, el derecho fundamental contenido en el art. 23.2 CE es un derecho de configuración legal, en el sentido de que compete a los Reglamentos parlamentarios fijar y ordenar los derechos y atribuciones que a los representantes políticos corresponden. Una vez creados, quedan integrados en el status propio del cargo, con la consecuencia de que podrán sus titulares, al amparo del art. 23.2 CE, reclamar su protección cuando los consideren ilegítimamente constreñidos o ignorados por actos del poder público, incluidos los provenientes del propio órgano en el que se integren (por todas, SSTC 208/2003, de 1 de diciembre, FJ 4; 141/2007, de 18 de junio, FJ

3). En definitiva, para apreciar que existe vulneración de los derechos fundamentales de los parlamentarios contenidos en el art. 23.2 CE, en el sentido al que se refiere la presente demanda de amparo, es necesario que se haya producido una restricción ilegítima de los derechos que les reconocen las normas internas de la Cámara. No obstante tampoco cualquier acto que infrinja el estatuto del parlamentario en la Cámara lesiona el derecho fundamental, pues a estos efectos sólo poseen relevancia constitucional los derechos o facultades atribuidos al representante que pertenezcan al núcleo de su función representativa parlamentaria, como es, indudablemente, el ejercicio de la función legislativa o de control de la acción del Gobierno, siendo vulnerado el art. 23.2 CE si los propios órganos de las Asambleas impiden o coartan ilegítimamente su práctica o adoptan decisiones jurídicamente reprobables que contraríen la naturaleza de la representación o la igualdad de los representantes (SSTC 38/1999, de 22 de marzo, FJ 2; 107/2001, de 23 de abril, FJ 3; 203/2001, de 15 de octubre, FJ 2, y ATC 118/1999, de 10 de mayo).



A este respecto ya hemos tenido ocasión de señalar que la facultad de formular preguntas al Consejo de Gobierno pertenece al núcleo de su función representativa parlamentaria, pues la participación en el ejercicio de la función de controlar la acción del Consejo de Gobierno y de su Presidente y el desempeño de los derechos y facultades que la acompañan constituyen manifestaciones constitucionalmente relevantes del *ius in officium* del representante (SSTC 225/1992, de 14 de diciembre, FJ 2; 107/2001, de 23 de abril, FJ 4). Así, la inadmisión de las preguntas en cuestión, si bien prevista excepcionalmente en el Reglamento de las Cortes Valencianas, supone una limitación de los derechos y facultades que integran el estatuto constitucionalmente relevante de los representantes políticos cuya primera exigencia constitucional es la de que tal limitación aparezca suficientemente motivada (STC 38/1999, de 22 de marzo, FJ 2; ATC 118/1999, de 10 de mayo, FJ 5). Por ello, en el presente asunto, corresponde a este Tribunal controlar que en los supuestos en que los acuerdos de la Mesa de las Cortes Valencianas sean contrarios a la admisibilidad de las preguntas, tales resoluciones incorporen una motivación expresa, suficiente y adecuada, en aplicación de las normas a las que está sujeta la Mesa en el ejercicio de su función de calificación y admisión de los escritos y documentos de índole parlamentaria. En ausencia de motivación alguna no sería posible determinar si el rechazo de la iniciativa de control al Gobierno entraña en sí misma el desconocimiento de la facultad que se ha querido ejercitar, ni si se manifiesta desprovista de razonabilidad en atención al fin institucional propio de la función que quiso ejercerse y los motivos aducidos para impedir su ejercicio (SSTC 161/1988, de 20 de septiembre, FJ 9; 107/2001, de 23 de abril, FJ 7; 203/2001, de 15 de octubre, FJ 4; 177/2002, de 14 de octubre, FJ 10)» (FJ 3).

En el caso actual no cabe duda de que las resoluciones impugnadas, incluidas aquellas que resuelven los recursos de reposición, difícilmente pueden calificarse de motivadas; se limitan a transcribir el enunciado de correspondiente apartado del art. 147.2 RCV sin especificar por qué procede su aplicación en el caso concreto. Con esta somera alusión al precepto aplicable, conforme a lo expuesto en el antecedente jurídico segundo, se inadmitieron por la resolución de nueve de noviembre de 2004 tres preguntas; por la resolución de catorce de diciembre de 2004 dieciséis preguntas; por la resolución de cinco de abril de 2005 once preguntas. La disparidad temática de las preguntas difícilmente se compadece con una resolución genérica que no individualice en cada una de ellas las razones que llevaron al órgano parlamentario a entender que concurría una de las causas que, conforme al reglamento y a la finalidad misma de la institución, justifica su inadmisión a trámite. Resulta además que nada permite deducir que la concurrencia de las citadas causas de inadmisibilidad fuese tan evidente que no necesitase explicación ulterior. De hecho, el Letrado Mayor de las Cortes Valencianas señala en sus alegaciones que preguntas de tenor muy similar fueron admitidas en ocasiones anteriores, lo que acrecienta la necesidad de un esfuerzo argumentativo que justifique, en su caso, la diversidad de trato acordada en esta ocasión. En definitiva, como sucedía en la STC 74/2009, de 23 de marzo «el contenido lacónico y estereotipado de las resoluciones, carente de cualquier tipo de justificación argumentada», junto al hecho de inadmitir conjuntamente numerosas preguntas de tenor y contenido muy diferentes ponen en evidencia «un vicio de falta de motivación que impide conocer las razones por las que la Mesa considera que las iniciativas rechazadas incurrir en una de las causas previstas en el art. 147.2 RCV, por lo que resulta obligado concluir que se ha vulnerado el de-

recho fundamental en juego, lo que conlleva el necesario otorgamiento del amparo solicitado en este punto» (FJ 3).

«Dicho esto, el carácter esencialmente formal de la exigencia de motivación no nos exime en el caso de ahondar, siquiera someramente, en el contenido de las alegaciones sobre el fondo de los recurrentes pues del examen de las mismas se desprende que se trata de un asunto muy similar al que resolvimos en la STC 107/2001, de 23 de abril. En aquella ocasión otorgamos el amparo a un Diputado autonómico al que se le había inadmitido una pregunta que, por su contenido, se refería a las actuaciones que pudiera llevar a cabo el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma y versaba sobre un asunto que tampoco era ajeno a la acción política del Consejo de Gobierno, ni a los intereses de la Comunidad Autónoma (FJ 9). El fundamento de nuestra decisión entonces descansó sobre la caracterización de las preguntas que los Diputados autonómicos pueden formular al Consejo de Gobierno o a sus miembros como instrumentos de control o de fiscalización de la acción del Consejo de Gobierno y de su Presidente. En el caso que ahora tratamos se hace difícil juzgar las razones que llevaron a la Mesa de las Cortes a inadmitir las preguntas, pero del tenor literal de éstas se deduce una innegable vinculación con la actividad de control del Gobierno que integra la esencia de la actividad parlamentaria (STC 161/1988, de 20 de septiembre, FJ 6). Así, la obligación de interpretar las normas parlamentarias del modo más favorable al ejercicio de los derechos y facultades de los representantes (STC 141/2007, de 18 de junio, FJ 5) habría obligado, en principio, a su admisión a trámite si bien la falta de fundamentación de las resoluciones parlamentarias, que no puede ser subsanada mediante las alegaciones realizadas por el Letrado Mayor en el presente recurso de amparo, impide ahondar en este momento en el control

material de las mismas por el necesario respeto a las facultades que integran la autonomía parlamentaria» (STC 74/2009, de 23 de marzo, FJ 3).

5. Restan por analizar las resoluciones de la Mesa de la Cortes Valencianas de 14 de abril de 2005 y 6 de junio de 2005 comunicando que la Junta de Portavoces (Junta de Síndics) de las Cortes Valencianas se había opuesto a la tramitación de la solicitud de comparecencia de la Consejera de Turismo instada por dos de los recurrentes, uno de ellos portavoz del grupo parlamentario al que ambos pertenecían.

Conforme al art. 161 RCV corresponde a los Grupos Parlamentarios la iniciativa para instar la comparecencia de los miembros del Consejo ante el Pleno de la Cámara. Su admisión requiere el acuerdo de la Mesa de las Cortes y la Junta de Síndics, si bien, puesto que el art. 32.1 RCV en vigor en el momento de los hechos reserva a la Mesa de las Cortes la competencia de «calificar con arreglo a este reglamento los escritos y documentos de índole parlamentaria, así como declarar la admisibilidad o inadmisibilidad de los mismos», en caso de negativa de la Junta de Portavoces corresponde a la Mesa, inevitablemente, declarar la inadmisibilidad de la iniciativa. Así lo hizo en la resolución impugnada, firmada por el Secretario Primero de la Mesa de las Cortes Valencianas que se limitó a trasladar el acuerdo de la Junta de Portavoces, con el siguiente tenor literal: «La Junta de Síndics en la reunión del día 12 de abril de 2005, se ha opuesto a la tramitación de la solicitud de comparecencia de la Consejera de Turismo para explicar el planteamiento de la Consejería para la realización de una Feria de Turismo en el País Valenciano, solicitada por el Grupo parlamentario Esquerra Unida-Els Verds-Entesa Valenciana». Interpuesto el recurso de reposición, el art. 32.2 RCV obligaba a la Mesa a oír al respecto a la Junta de Síndics, lo que hizo

adecuadamente, concluyendo con la resolución desestimatoria también impugnada. En esta ocasión la única motivación del acuerdo era que: «La Junta de Síndics, en la reunión de 24 de mayo de 2005, se ha opuesto a lo solicitado en el escrito RE 28.663 en relación a la solicitud de comparecencia de la Consejera de Turismo para explicar el planteamiento de la Consejería para la realización de una Feria de Turismo en el País Valenciano.»

Procede nuevamente reiterar la doctrina de la STC 74/2009 de 23 de marzo, conforme a la cual «este Tribunal se ha ocupado ya en otras ocasiones de la naturaleza de la facultad parlamentaria de instar la comparecencia de determinadas personas y de su régimen jurídico. Con carácter general hay que entender que estas iniciativas cuando, como sucede en este caso, aparecen previstas en el Reglamento de la Cámara, se integran en el ius in officium del representante. En concreto, respecto a las solicitudes de comparecencia que aparecen previstas en las normas o usos parlamentarios, hemos destacado que, «en cuanto su finalidad sea el control del Gobierno, dicha facultad ha de entenderse incluida dentro del núcleo básico de la función parlamentaria garantizado por el art. 23.2 CE» (SSTC 177/2002, de 14 de octubre, FJ 5; 208/2003 de 1 de diciembre, FJ 5). Por ello, como dijimos en el ATC 181/2003, de 2 de junio, FJ 2 b), «la Mesa de la Cámara, al decidir sobre la admisión de la iniciativa, no podrá en ningún caso desconocer que es manifestación del ejercicio del derecho del parlamentario que la formula y que, por ello, cualquier rechazo arbitrario o no motivado causará lesión de dicho derecho y, a su través, según hemos indicado, del fundamental del Diputado a desarrollar sus funciones sin impedimentos ilegítimos (STC 203/2001, de 15 de octubre, FJ 3; que reitera, STC 177/2002, de 14 de octubre, FJ 3)». La cuestión a resolver ahora es la de si la mera remisión, por parte de la

Mesa de la Cámara, a una decisión inmotivada de rechazo de la Junta de Portavoces supone una motivación suficiente a los efectos del derecho fundamental garantizado por el art. 23.2 CE» (FJ 4).

«La respuesta ha de ser necesariamente negativa, pues lo contrario supondría someter a razones de oportunidad política el ejercicio de las facultades de control otorgadas por el Reglamento a los parlamentarios y los grupos en que se integran, y que forman parte del derecho fundamental reconocido en el art. 23 CE. A tal respecto, «dado que las decisiones de inadmisión de tales escritos y documentos pueden implicar una limitación del derecho a ejercer la función parlamentaria y, con él, del derecho de participación ciudadana, también hemos exigido que las mismas estén formal y materialmente motivadas, a fin de que tras ellas no se esconda un juicio sobre la oportunidad política» (STC 242/2006, de 24 de julio, FJ 4). Del mismo modo tampoco cabe entender que la decisión de la Junta de Síndics tenga carácter interno e irrevocable, pues «en la medida en que un acto parlamentario afecte a un derecho o libertad susceptible de amparo constitucional sale o trasciende de la esfera irrevocable propia de los interna corporis acta y corresponde a este Tribunal el examen, pero sólo ello, de la virtual lesión de derechos o libertades» (STC 118/1995, de 17 de julio, FJ 3. En el mismo sentido SSTC 118/1988, de 20 de junio, FJ 2; 227/2004, de 29 de noviembre, FJ 1).

La resolución de la Mesa, a la vista del carácter imprescindible de la concurrencia del acuerdo de la Junta de Portavoces, podía haberse remitido a la argumentación sobre la inadmisión que hubiera formulado ésta y podía basarse incluso en cuestiones de organización temporal del trabajo parlamentario (STC 41/1995, de 13 de febrero, FJ 4) pero no al mero resultado decisivo carente en absoluto de motivación. Resulta, por tanto, que en la medida en que en las diversas

resoluciones parlamentarias no consta ningún motivo de fondo que justifique la inadmisión de la iniciativa solicitada, constituyen una limitación ilegítima al ejercicio de aquellos derechos y facultades que integran el estatuto constitucionalmente relevante de los representantes políticos (SSTC 40/2003, de 27 de febrero, FJ 6; 242/2006, de 24 de julio, FJ 4) y, en consecuencia, del derecho a ejercer la función parlamentaria (art. 23.2 CE) y, en consecuencia, el derecho de participación ciudadana en los asuntos públicos (art. 23.1 CE)» (ibídem).

6. Las anteriores conclusiones conducen necesariamente al otorgamiento del amparo solicitado contra las respectivas resoluciones de la Mesa de la Cámara, si bien es necesario precisar el alcance de nuestro fallo. Al dictarse éstos nos encontramos, en efecto, con que la adopción de los acuerdos tuvo lugar en una legislatura ya finalizada. Por ello, al igual que hemos hecho y explicado en las SSTC 107/2001, de 23 de abril, FJ 10; 203/2001, de 15 de octubre, FJ 6; 177/2002, de 14 de octubre, FJ 11; 90/2005, de 18 de abril, FJ 8; y 141/2007, de 18 de junio, FJ 6, respecto a supuestos similares, no cabe adoptar en el fallo de nuestra Sentencia una medida destinada al pleno restablecimiento del derecho vulnerado por la Mesa de las Cortes Valencianas, de suerte que la pretensión de los demandantes de amparo ha de quedar satisfecha mediante la declaración de la lesión de su derecho recogido en el art. 23.2 CE y la nulidad de los acuerdos que, en primera instancia, impidieron su ejercicio (STC 74/2009, de 23 de marzo, FJ 5).

### FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

1.º Inadmitir el recurso de amparo por don Joan Ribó i Canut, don Carles Arnal Ibáñez y doña Dolors Pérez Martí contra los acuerdos de 7 de junio de 2005 de la Mesa de las Cortes Valencianas.

2.º Declarar vulnerado el derecho de los recurrentes en amparo a ejercer sus funciones representativas (art. 23.2 CE).

3.º Restablecerlos en su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad de los acuerdos de fecha 9 de noviembre de 2004, 14 de diciembre de 2004, 5 de abril de 2005 y 12 de abril de 2005 de la Mesa de las Cortes Valencianas.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a diecinueve de julio de dos mil diez.—Vicente Conde Martín de Hijas.—Elisa Pérez Vega.—Eugeni Gay Montalvo.—Ramón Rodríguez Arribas.—Pascual Sala Sánchez.—Firmado y rubricado.

*Voto particular que formula el Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas respecto de la Sentencia de fecha 19 de julio de 2010 dictada en el recurso de amparo núm. 4321-2005*

En ejercicio de la facultad prevista en el art. 90.2 LOTC, y proclamando, no obstante, mi respeto personal hacia los Magistrados que con su voto han dado lugar a la solución reflejada en la Sentencia, considero conveniente manifestar mi criterio discrepante del de la mayoría, en los extremos y por las razones que paso a exponer.

1. La Sentencia actual, por la sustancial identidad de objeto del proceso con el del resuelto por la STC 74/2009, de 23 de marzo («Boletín Oficial del Estado» núm. 102, de 27 de abril) viene a trasladar, con extensa reproducción literal de fundamentos claves de ésta al caso actual.

Como respecto a la Sentencia precedente que se toma como pauta formulé

Voto particular, en coherencia con tal base de partida, me limito ahora a remitirme a los razonamientos expuestos en el referido Voto para sustentar mi tesis, que sigo sosteniendo, de que en el contenido del recurso referente a la impugnación de las resoluciones de la Mesa de las Cortes Valenciana de 14 de abril de 2005 y 6 de junio de 2005, en las que se comunicaba que la Junta de Portavoces (Junta de Síndics) de las Cortes Valencianas se había opuesto a la tramitación de la solicitud de comparencia de la Consejera de Turismo, instada por dos de los recurrentes, el recurso debía haber sido desestimado.

A tal efecto a la argumentación contenida en el fundamento jurídico 5 de la Sentencia, opongo, *mutatis mutandi* los expuestos en los apartados 2 a 5 de mi referido Voto.

En tal sentido dejo formulado mi Voto.

Madrid, a diecinueve de julio de dos mil diez.—Vicente Conde Martín de Hijas.—Firmado y rubricado.

---

## **Sentencia 34/2010, de 19 de julio de 2010**

### **Sala Segunda**

Recursos de amparo 6565-2005 y 6566-2005 (acumulados). Promovidos respectivamente por Antena 3 de Televisión, S.A., y por Zeppelin Televisión, S.A.U., respecto al Auto de la Audiencia Provincial de Salamanca que suspendió de forma definitiva la emisión de un programa televisivo. Vulneración del derecho a la libertad de información: suspensión indefinida de la emisión que no se adopta en el proceso declarativo correspondiente sino en un procedimiento de constitución de acogimiento de un menor. («BOE» núm. 192 de 9 de agosto de 2010)

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Vicente Conde Martín de Hijas, Presidente, doña Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo, don Ramón Rodríguez Arribas y don Pascual Sala Sánchez, Magistrados, ha pronunciado

### **EN NOMBRE DEL REY**

la siguiente

### **SENTENCIA**

En los recursos de amparo acumulados núms. 6565-2005 y 6566-2005, promovidos respectivamente por Antena 3 de Televisión, S.A., representada por el Procurador de los Tribunales don Manuel Lanchares Perlado y asistida por la Abogada doña Marina Arto de Prado, y por Zeppelin Televisión, S.A.U., representada por el Procurador de los Tribunales don Alberto Hidalgo Martínez y asistida por el Abogado don Luis Bardají Muñoz, contra el Auto núm. 50/2005 de 14 de julio de 2005 de la Audiencia Provincial de Salamanca, dictado en recurso de apelación interpuesto contra el Auto de fecha 30 de diciembre de 2004 del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Salamanca, dictado en la pieza separada de medidas cautelares coetáneas núm. 762-2003 dimanante del procedimiento de constitución de acogimiento núm. 262-1999. Han intervenido la Junta de Castilla y León, representada por el Letrado de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, y el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente la Magistrada doña Elisa Pérez Vera, quien expresa el parecer de la Sala.

### **I. Antecedentes**

1. Mediante escritos ingresados en el registro de este Tribunal el día 21 de septiembre de 2005, los Procuradores de los Tribunales don Manuel Lanchares Perlado, en nombre y representación de Antena 3 de Televisión, S.A., y don Alberto

Hidalgo Martínez, en nombre y representación de Zeppelin Televisión, S.A.U., interpusieron sendos recursos de amparo contra la resolución judicial a la que se ha hecho mención en el encabezamiento de esta Sentencia.

2. Los hechos en los que se fundamentan las demandas de amparo son, sucintamente expuestos, los que siguen:

a) El 31 de octubre de 2003 el Gerente Territorial de Servicios Sociales de Salamanca de la Junta de Castilla y León puso en conocimiento del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Salamanca la existencia de una información en el periódico «El Adelanto» de Salamanca según la cual en la programación prevista para el 4 de noviembre por la cadena de televisión «Antena 3 TV» se incluía la emisión de una película sobre la vida y las vicisitudes personales y familiares del menor N N.

b) El 3 de noviembre de 2003, habiéndose dado previo traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal, que interesó la adopción urgente de medidas cautelares, el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Salamanca dictó Auto por el que acordaba, como medida cautelar en el procedimiento núm. 262-1999 de constitución de acogimiento del menor N N, en el que el 30 de septiembre del mismo año se había dictado Auto de acogimiento residencial, «la suspensión de la emisión del programa televisivo «Sin Hogar» programado por la cadena Antena 3 TV para el martes día 4 de noviembre a las 21:35 horas, absteniéndose de emitir, en todo o en parte, dicha dramatización o cualquier parte o referencia a ella en esa hora y día o en cualquiera otros». En la misma resolución se ordenaba también la entrega del «original de la grabación» para ponerla a disposición del Juzgado.

c) Formada la correspondiente pieza separada de medidas cautelares, y una vez entregada la copia de la película por

parte de la cadena televisiva, se citó a las partes para su visualización y se les requirió para que realizaran sus alegaciones, dando también la posibilidad de personarse a la empresa productora Zeppelin S.A, en cuanto autores de la producción.

d) El día 30 de diciembre de 2004 el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Salamanca dictó Auto en la pieza separada de medidas cautelares por el que dispone que «se suspende de forma definitiva del programa televisivo «sin hogar» que fue programado en su día por la cadena Antena 3», en los mismos términos del Auto de 3 de noviembre. En esencia, el Auto se fundamenta en la necesidad de proteger la intimidad del menor frente al ejercicio de la libertad de expresión, creación y comunicación de la productora y la cadena de televisión.

e) Contra dicha resolución interpusieron recurso de apelación las representaciones procesales de Antena 3 TV y Zeppelin Televisión, S.A. Fueron desestimados por Auto de 14 de julio de 2005 de la Audiencia Provincial de Salamanca que confirmó el anterior, ratificando la suspensión definitiva de la emisión de la película «Sin Hogar». La Audiencia Provincial considera que no hay impedimentos procesales para que unas medidas cautelares se vuelvan definitivas y cree necesaria una ponderación entre la libertad de expresión y el derecho a la intimidad del menor, que considera prevalente. Entiende que la obra juzgada no es de ficción, sino un docudrama que permite la reconocibilidad del menor afectando a su intimidad, de tal manera que su protección justifica la adopción de medidas cautelares y definitivas más allá de lo previsto en la propia LEC. Al respecto invoca el art. 4.2 de la Ley del menor y el art. 9.2 de Ley Orgánica 1/1982 como normas que habilitan para adoptar cualesquiera medidas necesarias para impedir intromisiones en el honor, la intimidad y la propia imagen.

3. En las demandas de amparo se alega la vulneración de los derechos a la libertad de expresión [art. 20.1 d) CE], a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica [art. 20.1 b)] y a la libertad de información [art. 20.1 d) CE]. Consideran las entidades recurrentes que resulta contrario a estos derechos fundamentales el establecimiento de una prohibición con carácter indefinido, que no puede ser revisable. En tal sentido ponen de manifiesto su extrañeza ante el hecho de que «lo que era una medida provisional, dictada al margen del ordenamiento procesal, pudiera convertirse en una resolución definitiva dictada sin un procedimiento declarativo en el que las partes pudieran ejercitar sus derechos de defensa».

Junto a ello destacan que la película versa sobre unos hechos de indudable interés general y narra hechos absolutamente veraces. Se trata, en este sentido, de abordar una controversia general que afecta a casos similares y que, con ocasión de los hechos a los que se alude, planteó un debate público en su día acerca de la actuación de la Administración ante casos de menores supuestamente desatendidos. Junto a ello, y en aras de proteger al menor involucrado, se presenta como una obra de ficción en la que se evitan mencionar nombres y cualquier circunstancia identificadora. La propia Junta de Castilla y León, en su escrito de 30 de diciembre de 2003 reconoció que la película está realizada «con veracidad y sin atisbos de sensacionalismo» así como que no utiliza la imagen o el nombre del menor ni revela datos que no estuviesen ya divulgados. Todo ello lleva a los recurrentes a concluir que la medida limitadora lesiona los derechos aludidos.

Complementariamente, la demanda de amparo registrada con el número 6565-2005 alega también la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). La sustenta esencialmente en la

falta de sostenibilidad procesal de unas «medidas cautelares coetáneas a procedimiento de acogimiento familiar», lo que ha venido a provocar, a su juicio, diversas infracciones procesales.

A tal respecto, denuncia en primer lugar, que no consta en las actuaciones ninguna solicitud formal de medidas cautelares por parte del Ministerio Fiscal, incumpliendo con ello el art. 732.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC). El mismo precepto contiene una interdicción de mantener una medida cautelar cuando el proceso principal haya terminado o si quedare en suspenso más de seis meses por causa imputable a quien la solicitó. Resulta además que la provisionalidad de la medida es intrínseca a su propia naturaleza, además del mandato de proporcionalidad para el fin buscado y necesidad, que la jurisprudencia establece como requisitos para tales medidas.

En definitiva, la demanda de amparo concluye que las resoluciones judiciales que adoptan y ratifican la suspensión definitiva resultan lesivas de sus derechos por no haber respetado los requisitos legales previstos para medidas de esta naturaleza, causándole indefensión material y excediéndose de lo solicitado por las partes.

4. La Sala Segunda de este Tribunal, mediante providencia de 18 de diciembre de 2008, acordó, de conformidad con lo dispuesto en el art. 11.2 LOTC, conocer del recurso de amparo tramitado con el núm. 6565-2005, y admitir a trámite la demanda. Del mismo modo acordó también recabar de los órganos judiciales correspondientes las actuaciones correspondientes a los procedimientos objeto del recurso de amparo e instar al Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Salamanca a que emplazase a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, excepto la parte recurrente en amparo,

para que en el plazo de diez días pudieran comparecer si lo desearan.

5. Por providencia de 21 de febrero de 2008 la Sección Tercera de este Tribunal Constitucional acordó conceder a la parte demandante del de amparo, tramitado con el núm. 6566-2005, y al Ministerio Fiscal el plazo común de diez días para que formularan, con las aportaciones documentales procedentes, las alegaciones que estimaran pertinentes en relación con lo dispuesto en el art. 50.3 LOTC.

El Procurador de los Tribunales don Alberto Hidalgo Martínez, en nombre y representación de Zeppelin Televisión, S.A.U., presentó el día 14 de marzo de 2008 escrito en el que, cumpliendo el trámite concedido, se ratificaba en su demanda de amparo y ponía de manifiesto la no concurrencia de causa alguna de inadmisión del recurso.

Por su parte, el Fiscal ante el Tribunal Constitucional evacuó el traslado conferido en escrito de 22 de mayo de 2008 en el que argumentaba que los órganos judiciales habían procedido a una correcta ponderación de los derechos en juego e instaba a la inadmisión del recurso núm. 6566-2005 por falta de contenido que justificara una decisión en forma de Sentencia.

La Sala Segunda de este Tribunal, mediante providencia de 18 de diciembre de 2008, acordó conocer del citado recurso de amparo, tramitado con el núm. 6566-2005, y admitir a trámite la demanda. Del mismo modo acordó también recabar de los órganos judiciales correspondientes las actuaciones referidas a los procedimientos objeto del recurso de amparo e instar al Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Salamanca a que emplazase, para que en el plazo de diez días pudieran comparecer si lo desearan, a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, excepto la parte recurrente en amparo.

6. El Procurador de los Tribunales don Alberto Hidalgo Martínez, en nombre y representación de Zeppelin Televisión, S.A.U., presentó el día 20 de mayo de 2009 su escrito de alegaciones en el recurso de amparo 6566-2005, en el que daba por reproducida su demanda de amparo.

El Procurador de los Tribunales don Manuel Lanchares Perlado, en nombre y representación de Antena 3 de Televisión S.A., presentó sus alegaciones en el recurso de amparo núm. 6565-2005 mediante escrito ingresado en el Registro General de este Tribunal el día 9 de junio de 2009, solicitando la estimación del recurso de amparo y complementando su escrito de demanda con las alegaciones contenidas en el recurso de amparo interpuesto por Zeppelin Televisión, S.A.U. en este mismo asunto.

7. El Letrado de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, en la representación que le es propia, presentó el día 16 de junio de 2009 su escrito de alegaciones en el recurso de amparo núm. 6566-2005.

En el mismo solicita en primer lugar la inadmisión del recurso de amparo por no haberse agotado la vía judicial previa conforme al art. 44.1 a) LOTC. Lo funda en que el art. 469.4 LEC permite la interposición del recurso extraordinario por infracción procesal cuando en el proceso civil se hubieran vulnerado derechos fundamentales de los reconocidos en el art. 24 CE.

Respecto a la invocada falta de cobertura legal de la medida, el escrito señala que conforme a la Sentencia, si bien no se ha seguido el régimen general para las medidas cautelares previsto en la Ley de enjuiciamiento civil, ello se ha hecho a la vista de las particularidades de la protección civil del honor, la intimidad y la propia imagen y de la legislación de protección del menor. Por otro lado, entiende que no ha habido indefensión alguna por



haber intervenido todas las partes implicadas.

En cuanto a la lesión de los derechos del art. 20.1 CE, destaca en primer lugar que entran en colisión con el derecho a la intimidad y a la propia imagen de un menor.

Respecto al menor, el Letrado de la Junta de Castilla y León señala que en el momento en que se dictaron los Autos que prohibían la emisión de la película el menor en cuestión estaba sometido completamente a la tutela de su madre biológica. Transcurridos seis años desde entonces, la tutela la tiene ahora la Administración pública, en concreto la Gerencia territorial de Servicios Sociales de Salamanca, señalando que, por su edad actual y su superior capacidad de comprender, la emisión de la película no le favorecería.

A la hora de efectuar la ponderación entre los derechos en juego señala la exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor, que prohíbe expresamente la difusión en los medios de comunicación de imágenes o datos referidos a menores de edad. Su art. 4 establece que la difusión de estas imágenes o datos será considerada como intromisión ilegítima y determinará la intervención del Fiscal. En tal sentido alude a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto al necesario respeto a la intimidad de los menores y a los límites de la información públicamente relevante, citando en especial la doctrina de las SSTC 134/1999, 76/2002 y 127/2003.

En consecuencia la representación procesal de la Junta de Castilla y León insta a este Tribunal Constitucional a que dicte Sentencia inadmitiendo el recurso de amparo, subsidiariamente denegándolo o, en caso de entenderlo procedente, que acuerde la devolución de los autos al órgano judicial de instancia para que acuerde la suspensión de la emisión de la

película con carácter temporal, sin que pueda ser revisada mientras exista alguna medida de protección acordada sobre la persona del menor en cuestión.

8. El Fiscal ante el Tribunal Constitucional, por escrito presentado el día 3 de junio de 2009 puso en evidencia que entre las actuaciones remitidas por los órganos judiciales no figuraba el soporte en el que constara el documento cuya emisión fue suspendida, que consideraba absolutamente imprescindible para informar el presente asunto. En el mismo escrito señalaba la notoria identidad entre los recursos de amparo número 6565-2005 y 6566-2005 que, a su juicio, debía conducir a que la Sala abriera pieza separada de acumulación en donde se decidiera sobre este objeto procesal.

Recibida la grabación con el documento audiovisual objeto del litigio, el Fiscal formuló sus alegaciones en el recurso núm. 6565-2005 mediante escrito ingresado en el Registro General de este Tribunal el día 8 de septiembre de 2009 y en el recurso núm. 6566-2005, el día 9 de octubre de 2009. En ellas destaca en primer lugar que el derecho que está en juego es exclusivamente el de la libertad de información. Considera que es un nuevo supuesto de confrontación entre este derecho y el de la intimidad, cualificado en esta ocasión por tratarse de un menor.

En tal sentido los escritos del Fiscal señalan que la veracidad de una información no legitima su intromisión en el derecho a la intimidad y cita expresamente las SSTC 197/1991, 134/1999 y 158/2009. Considera además que en el presente caso el juez ha valorado y ponderado correctamente la controversia entre intimidad y libertad de información teniendo en cuenta la incidencia que la observación de la emisión televisiva podía causar en el menor que tenía, en aquel entonces, cinco años. A tal respecto cita el art. 16 de la Convención de Naciones Unidas de

los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989 y señala que del visionado de la película se desprende que contiene situaciones que podrían reabrir heridas en la mente del menor. En conclusión, entiende que la ponderación judicial ha sido adecuada y razonable e interesa la desestimación del recurso de amparo promovido por dicho motivo.

Respecto a la alegada lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.2 CE), argumenta que la mayoría de las alegaciones respecto a su vulneración encuentran cumplida respuesta en el Auto de la Audiencia Provincial, al que se remite el Fiscal. En este sentido considera que el art. 9.2 de la Ley Orgánica 1/1982 legitima al juez para actuar de oficio en la toma de medidas cautelares, incluso sin que medie la petición del Fiscal y evita la sumisión de las medidas a un procedimiento.

Respecto al carácter definitivo de la prohibición el Fiscal entiende que para evitar la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva hay que entender que la prohibición es meramente temporal, sin que quepa descartar que transcurrido un tiempo razonable, una vez que el menor vaya ganando madurez, reiniciado el proceso, pudiera contemplarse la idea de su emisión.

En definitiva entiende que las irregularidades que se han dado en el procedimiento y el no existir una estricta fidelidad a las normas de las medidas cautelares en la LEC no han causado indefensión material en el sentido de privación material de un acto de alegación y prueba de manera que la tutela judicial efectiva ha sido, a juicio del Fiscal, respetada en su sustantividad sin que haya habido tampoco en este punto lesión de un derecho fundamental.

9. La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, mediante Auto de 26 de noviembre de 2009 acordó la acumulación del recurso de amparo núm. 6566-2005

al recurso de amparo núm. 6565-2005 para su resolución conjunta.

10. Mediante providencia de 15 de julio de 2010, se señaló para la deliberación y votación de la presente Sentencia el día 19 del mismo mes y año.

## II. Fundamentos jurídicos

1. Las presentes demandas de amparo acumuladas tienen por objeto los Autos de fecha 14 de julio de 2005 de la Audiencia Provincial de Salamanca y de fecha 30 de diciembre de 2004 del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Salamanca, dictados en procedimiento de medidas cautelares, por los que «se suspende de forma definitiva del programa televisivo «sin hogar» que fue programado en su día por la cadena Antena 3».

Las entidades recurrentes en amparo, que son la empresa productora y la cadena responsable de la emisión de la película, denuncian que la decisión de impedir la difusión de la obra lesiona sus derechos a las libertades de expresión, creación artística e información (art. 20.1 CE). Alegan también diversas lesiones de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) debido a la falta de cobertura legal de la medida cautelar, a que se ha adoptado sin seguir el procedimiento establecido en la Ley de enjuiciamiento civil (LEC) y a que tiene carácter definitivo. Por último alegan también algunos vicios procesales causantes de indefensión.

La representación procesal de la Junta de Castilla y León insta la inadmisión del recurso de amparo, por falta de agotamiento de la vía judicial y subsidiariamente su desestimación por entender que no se han lesionado los derechos fundamentales invocados.

El Ministerio Fiscal, por su parte, interesa la denegación del amparo, al entender que los órganos judiciales han

valorado y ponderado correctamente los derechos constitucionales en conflicto razonando adecuadamente que prevalecen los derechos a la intimidad y la propia imagen del menor (art. 18.1 CE) sobre el derecho a la libertad de información [art. 20.1 d) CE]. Entiende también que no se ha producido indefensión material que provocara ninguna lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

2. Examinaremos en primer lugar la eventual concurrencia de la causa de inadmisión del recurso invocada por la representación procesal de la Junta de Castilla y León, relativa a la falta de agotamiento de la vía judicial previa al no haberse interpuesto el recurso extraordinario por infracción procesal previsto en el art. 469.4 LEC. No representa impedimento para el análisis de tal objeción de procedibilidad el hecho de que la demanda de amparo fuese admitida a trámite en su día, ya que, según reiterada doctrina constitucional, los defectos insubsanables de que pueda estar afectada la demanda de amparo no resultan subsanados porque haya sido inicialmente admitida a trámite, pudiendo abordarse por este Tribunal, incluso de oficio, el examen de los presupuestos de viabilidad de la demanda en fase de Sentencia para llegar, en su caso, y si tales defectos son apreciados, a la declaración de inadmisión del recurso o del motivo del recurso afectado por ellos (por todas, SSTC 99/1993, de 22 de marzo, FJ único; 201/2000, de 24 de julio, FJ 2; 85/2004, de 10 de mayo, FJ 2 y 76/2009, de 23 de marzo, FJ 2).

La causa de inadmisión que se aduce no puede prosperar. Conforme a reiterada doctrina de este Tribunal, el requisito de agotar todos los recursos utilizables en la vía judicial ordinaria que establece el art. 44.1 a) LOTC es una exigencia derivada de la subsidiariedad del recurso de amparo, pues, en virtud de lo dispuesto en el art. 53.2 CE, la tutela general de los

derechos y libertades corresponde, en primer lugar, a los órganos del Poder Judicial. Por ello, es preciso que se apuren las posibilidades que los cauces procesales ofrecen en la vía judicial para la reparación del derecho fundamental que se estima lesionado, de suerte que cuando aquellas vías no han sido recorridas, el recurso de amparo resultará inadmisibile (entre muchas otras, SSTC 133/2001, de 13 de junio, FJ 3; 36/2004, de 8 de marzo, FJ 2; 288/2005, de 7 de noviembre, FJ 1 y 144/2007, de 18 de junio, FJ 2).

Conforme al art. 469.4 LEC, el recurso extraordinario por infracción procesal resulta procedente cuando se invoque la vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución. Sin embargo, conforme a lo dispuesto en el apartado 1, regla 5 de la disposición final decimosexta de la Ley 1/2000, dicho recurso sólo cabe si la resolución fuera recurrible en casación (así, STC 114/2009, de 14 de mayo, FJ 3), lo que no sucede en esta ocasión en la que, a la vista de la asentada jurisprudencia del Tribunal Supremo, no puede entenderse que el Auto de la Audiencia Provincial de Salamanca se englobe en ninguno de los supuestos previstos en el art. 477 LEC.

3. Desechado el óbice de procedibilidad, y antes de proceder al examen de las quejas formuladas, conviene precisar el objeto de nuestro enjuiciamiento.

El núcleo de las alegaciones de los recurrentes en amparo relativas a la supuesta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) se basa en la falta de sustento legal para la adopción de la medida cautelar de prohibición definitiva de emitir la película y en no haberse adoptado, en todo caso, conforme a las normas procedimentales que regulan dichas medidas. De ese modo, lo que se viene a discutir son los requisitos legales y procedimentales que legitiman la restricción del ejercicio de los dere-

chos del art. 20.1 CE, por lo que tales alegaciones han de entenderse subsumidas en la queja principal que formulan las demandantes de amparo, relativa a la vulneración de los derechos a las libertades de expresión, creación artística e información (art. 20.1 CE).

En este punto el Fiscal ante el Tribunal Constitucional defiende en su escrito de alegaciones que debe entenderse que el derecho sustantivo invocado por las entidades mercantiles es, exclusivamente, el derecho a la libertad de información [art. 20.1 d) CE]. Resulta, no obstante, que del examen de las actuaciones se desprende que la obra cuya difusión se prohibió no era, tan sólo, un documento informativo. Conforme al Auto de la Audiencia Provincial de Salamanca se trata de un «docudrama» en el que lo esencial de la historia se corresponde con hechos y situaciones reales, si bien se mezcla con situaciones

y diálogos inventados. En este sentido, la película incluye una advertencia final conforme a la cual se trata de «una ficción inspirada en sucesos reales» y utiliza nombres ficticios para todos sus protagonistas, si bien los órganos judiciales entienden que pese a ello la notoriedad de los hechos a los que se alude y su fidelidad esencial a los mismos permite su reconocibilidad.

Todo esto hace que en la cuestión aparezcan intensamente imbricados la libertad de información [art. 20.1 d) CE], que tiene por objeto la transmisión de hechos veraces y relevantes públicamente, con el derecho a la libertad de creación artística. Esta libertad, conforme a nuestra jurisprudencia, «no es sino una concreción del derecho —también reconocido y protegido en el apartado a) del mismo— a expresar y difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones» (STC 153/1985, de 7 de noviembre, FJ 5; 43/2004, de 23 de marzo, FJ 5). Sin embargo, su inclusión en la Constitución le otorga la consideración de derecho autó-

nomio, con un ámbito propio de protección. Por lo que hace a la creación literaria, hemos señalado que «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, FJ 5. De ahí que su ámbito de protección no se limite exclusivamente a la obra literaria aisladamente considerada, sino también a su difusión» (STC 51/2008, de 14 de abril, FJ 5).

Indudablemente, los hechos del caso sometido a nuestra consideración obligan a concluir que no se trata en esta ocasión de crear una obra por completo nueva, sino que los autores de la película y las entidades mercantiles recurrentes en amparo pretendieron realmente hacer llegar a los espectadores su versión e interpretación de unos hechos reales y recientes, utilizando la forma dramática y sus consecuentes licencias creativas para hacer más accesible y amena la información. Ha de entenderse por ello, que se centra

básicamente en el ejercicio del derecho a la libertad de información garantizado en el art. 20.1 d) CE, si bien a la hora de valorar las posibles limitaciones del derecho derivadas de su necesaria articulación con otros valores constitucionales deberán ser tenidas en cuenta las especialidades derivadas del aspecto creativo de la obra audiovisual.

4. La demanda de amparo funda sus principales alegaciones en que las resoluciones judiciales, por la forma en que han sido adoptadas y con independencia de cuál fuera su motivación, resultan en sí mismas lesivas de las libertades de expresión e información. En concreto, cuestiona la idoneidad de una medida provisional restrictiva de los derechos fundamentales garantizados en el art. 20 CE, adoptada al hilo de un proceso declarativo de constitución de acogimiento de un menor, a la que, además, se da carácter indefinido. En congruencia con tales alegaciones, la cuestión a tratar en primer lugar no es la referida a la corrección de la ponderación efectuada por los órganos judiciales entre el derecho a la libertad de información [art. 20.1 d) CE] y el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) del menor protagonista de la película, sino la legitimidad constitucional de la medida cautelar acordada, así como del carácter indefinido del que se ha dotado.

Este Tribunal ha tenido ya ocasión de abordar el régimen de las medidas cautelares que pueden adoptar los órganos judiciales en el marco de litigios sobre las libertades de expresión e información, notablemente en la STC 187/1999, de 25 de octubre. En dicha decisión vinimos a reconocer en primer lugar la posibilidad constitucional de medidas judiciales por las que se prohíba la difusión de una obra o información, que no pueden ser incardinadas en el concepto de censura previa, vetada por el art. 20.2 CE. Efectivamente, conforme a la doctrina de este Tribunal, la censura implica el sometimiento de

una publicación a un control público previo «cuya finalidad sea la de enjuiciar la obra en cuestión con arreglo a unos valores abstractos y restrictivos de la libertad, de manera tal que se otorgue el placet a la publicación de la obra que se acomode a ellos a juicio del censor y se le niegue en el caso contrario» (STC 13/1985, de 31 de enero, FJ 1), lo que no puede ser aplicado a la posibilidad de que los órganos judiciales, en el marco de un procedimiento legalmente establecido, adopten medidas restrictivas de las libertades de la comunicación.

En tal sentido, la propia Constitución en su art. 20.5 CE, contrario sensu, legitima el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de una resolución judicial. Hemos señalado al respecto que tal autorización se refiere tanto al secuestro entendido en sentido estricto en tanto que «puesta a disposición del órgano judicial que lo ha acordado del soporte material, sea éste un impreso, publicación, grabación o cualquier otro medio de difusión de mensajes», como también, para la debida protección de los derechos fundamentales y otros bienes o valores jurídicos constitucionalmente protegidos, a «medidas de urgencia diferentes del secuestro que bien pudieran responder a una finalidad diversa, como sería la preservación de aquéllos frente al riesgo de sufrir daños inminentes e irreparables» (STC 187/1999, de 25 de octubre, FJ 6). No cabe duda, por tanto, de que la Constitución permite que se adopten medidas cautelares que impliquen la interdicción de difusión pública de una obra, destinadas a asegurar la eficacia de la protección judicial de los derechos fundamentales.

La intensa afección que estas medidas ejercen sobre los derechos a la libertad de expresión e información nos han llevado, sin embargo, a establecer una serie de cautelas referidas a los requisitos que ha de reunir en estos casos la decisión

judicial. Así, «sin Ley que habilite para adoptar una tan severa medida, el Juez carece de cualquier potestad al respecto. En efecto, no cabe inducir de la letra del art. 20.5 C.E. un apoderamiento genérico a los Jueces y Tribunales para acordar secuestros o medidas equivalentes, como la enjuiciada, limitando el libre ejercicio de la libertad de expresión y el derecho a informar y a ser informado sin que, por otra parte, su pleno sometimiento al imperio de la Ley les permita actuar extramuros de ella, praeter legem, siempre a instancia de parte y nunca por iniciativa propia, ex officio» (STC 187/1999, de 25 de octubre, FJ 6).

Resulta, pues, necesario que haya una ley habilitante y que la actuación judicial no se inicie de oficio. Más específicamente, hemos señalado también los términos en los que ha de llevarse a cabo el correspondiente procedimiento judicial. Así, «dichas medidas, sea el secuestro judicial de los soportes del mensaje o sean otras, por razones de urgencia, sólo podrán adoptarse en el curso de un proceso judicial en el que se pretendan hacer valer o defender, precisamente, los derechos y bienes jurídicos que sean límite de tales libertades, proceso que es el cauce formal inexcusable para la prestación de la tutela a la que está abocada la función jurisdiccional y donde ha de recaer la adecuada resolución judicial motivada, que deberá estribar la medida en la protección de tales derechos y bienes jurídicos, con severa observancia tanto de las garantías formales como de las pautas propias del principio de proporcionalidad exigibles en toda aplicación de medidas restrictivas de los derechos fundamentales (STC 62/1982, 13/1985, 151/1997, 175/1997, 200/1997, 177/1998, 18/1999)» (STC 187/1999, de 25 de octubre, FJ 6).

5. El primer reproche que se hace a la medida cautelar adoptada en este caso viene referido a la insuficiente habilitación legislativa. Junto a ello se aduce tam-

bién que la manera en que se adoptó la medida no respetó las garantías formales previstas para ello en la Ley de enjuiciamiento civil. Conviene abordar ambos reproches por separado.

Los Autos judiciales recurridos encuentran cobertura legal para la adopción de la medida en el art. 9.2 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, en relación con el art. 4 de la Ley Orgánica 1/1996 de protección del menor. El primero de los mencionados preceptos dispone que «La tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, así como para prevenir o impedir intromisiones ulteriores. Entre dichas medidas podrán incluirse las cautelares encaminadas al cese inmediato de la intromisión ilegítima, así como el reconocimiento del derecho a replicar, la difusión de la sentencia y la condena a indemnizar los perjuicios causados.»

Al abordar la suficiencia de esta habilitación legal hemos de partir de nuestra doctrina según la cual «por mandato expreso de la Constitución, toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas, ora incida directamente sobre su desarrollo (art. 81.1 CE), o limite o condicione su ejercicio (art. 53.1 CE), precisa una habilitación legal». Una reserva de ley que «constituye, en definitiva el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas» y que «no es una mera forma, sino que implica exigencias respecto del contenido de la Ley que, naturalmente, son distintas según el ámbito material de que se trate», pero «que en todo caso el legislador ha de hacer el «máximo esfuerzo posible» para garantizar la segu-

ridad jurídica o dicho de otro modo, «la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho» (STC 36/1991, FJ 5)» (STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 4). Profundizando en esa exigencia, en la STC 169/2001, 16 de julio, FJ 6, sostuvimos, con abundante cita de Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en cuanto a las características exigidas por la seguridad jurídica respecto de la calidad de la ley habilitadora de las injerencias en un derecho reconocido en el Convenio, que «la ley debe definir las modalidades y extensión del ejercicio del poder otorgado con la suficiente claridad para aportar al individuo una protección adecuada contra la arbitrariedad» (STC 70/2002, de 3 de abril, FJ 10).

Por lo que hace a las particularidades de las normas legales que autorizan la restricción judicial de las libertades de expresión e información, en la citada STC 187/1999, de 25 de octubre, FJ 8, hicimos nuestras las exigencias de precisión y previsibilidad exigidas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al respecto, reconociendo que la Ley habilitadora ha de ser «previsible en las circunstancias de su aplicación y en las consecuencias que puede acarrear la misma, estableciendo una pauta de conducta de los órganos judiciales perfectamente controlable y previsible». Sin embargo, al tratarse de medidas cautelares que prohíben la difusión de un documento, señalamos que la certeza y precisión exigibles al legislador en la determinación de la forma en la que tal medida deba decretarse son menores en razón de la urgencia y temporalidad con que se adopta. Ello es así porque «la necesaria provisionalidad de la medida, para no hacer de ella una suspensión individualizada de derechos fundamentales que por cierto, estaría vedada por el art. 55.2 C.E., que naturalmente debe poder revisarse en cualquier momento y levantarse en

cuanto desaparezcan las causas que la hayan motivado; y la sumariedad del procedimiento en el que puede acordarse, hacen que los efectos de tal medida de urgencia sobre el ejercicio de las libertades del art. 20.1 C.E. sean de menor intensidad que aquellas otras que pueden implicar una privación de derechos fundamentales de mayor severidad. Menor intensidad en la limitación temporal del ejercicio de un derecho fundamental que permite una menor taxatividad en la norma que regula la medida de urgencia que posee ese efecto limitativo». Tal es, por otra parte, también el criterio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que en la STEDH en el asunto Sociedad Plon contra Francia, de 18 mayo 2004, párrafo 30, reconoció la suficiencia como norma habilitadora del artículo 809 de la Ley de Enjuiciamiento Civil francesa, conforme al cual, el Juez de los procedimientos de urgencia «podrá siempre, incluso en presencia de un litigio grave, prescribir... las medidas cautelares o de revisión que se impongan, bien para prevenir un daño inminente, bien para hacer cesar un desorden manifiestamente ilícito».

De ese modo hay que concluir que el art. 9.2 de la Ley Orgánica 1/1982, en lo que se refiere a las medidas cautelares adoptadas en el marco de un proceso civil, cumple con las exigencias de concreción y previsibilidad que permiten sustentar en el mismo la prohibición de difusión de una obra audiovisual en la medida en que se trate de una medida provisional y temporal, accesoria a un juicio declarativo sobre el fondo de la cuestión, y se acuerde con estricta observancia de las normas procesales que regulan su adopción.

6. Es pues, en el examen de las circunstancias en las que se adoptó la medida cautelar de prohibición de difusión, donde ha de radicar en primer lugar nuestro juicio sobre su legitimidad constitucional desde la perspectiva del de-

recho a la libertad de información. Como hemos dicho, la Constitución establece una serie de garantías formales para los derechos de la comunicación recogidos en el art. 20.1 CE, entre las que destaca, por lo que aquí interesa, la de que cualquier restricción judicial a los mismos ha de ceñirse al ámbito definido por la Ley habilitante con estricta observancia, además, de las normas procesales que regulan su adopción. La vulneración grave y relevante de estas reglas de procedimiento dejarían a las resoluciones judiciales huérfanas del respaldo legal que legitima su intervención restrictiva sobre el ámbito constitucionalmente protegido de la libertad de información, determinando su carácter contrario a la Constitución sin necesidad de examinar la proporcionalidad material de la medida.

En el caso que nos ocupa, conviene destacar, ante todo, que la tramitación de la medida cautelar se realizó en relación con un proceso de acogimiento del menor que había concluido en su acogimiento residencial. Pues bien, el primer reproche que hacen los recurrentes a los dos Autos impugnados es que ambos acordaron expresamente la suspensión «definitiva» de la emisión de la película, desconociendo así el carácter provisional de toda medida cautelar. Junto a ello niegan la posibilidad misma de adoptar medidas cautelares al hilo de un procedimiento de acogimiento ya fenecido y denuncian la ilegitimidad de que el procedimiento se iniciara de oficio por el órgano judicial.

Sobre esta última queja debemos limitarnos a señalar que conforme a los Autos impugnados la medida se adoptó a raíz de una petición expresa del Ministerio Fiscal y que tampoco los actores adujeron nada al respecto en sus alegaciones iniciales. Este Tribunal debe, por tanto, partir de los hechos del proceso tal y como aparecen descritos en las resoluciones judiciales impugnadas y limitar nuestro enjuiciamiento a la observancia

de los requisitos procesales aplicables a la hora de adoptar la medida restrictiva de la libertad de información.

En ese sentido, resulta contrario a la habilitación legal, y consecuentemente a la Constitución, una medida cautelar que venga a impedir de manera definitiva o indefinida la difusión de una obra informativa sin el procedimiento declarativo específico correspondiente. Ante ello, el Ministerio Fiscal en sus alegaciones destaca que a pesar de la literalidad de los Autos judiciales la «suspensión definitiva de la emisión de la película» no supone una prohibición definitiva sino temporal, en la medida en que en el futuro podría contemplarse la idea de su emisión. Efectivamente, la argumentación del Ministerio Fiscal encuentra acomodo en las previsiones del art. 743 LEC, conforme al cual, las medidas cautelares podrán ser modificadas cuando se den hechos y circunstancias que no pudieron tenerse en cuenta en el momento de su adopción. Congruentemente con tal argumentación del Fiscal y conforme a lo que las propias resoluciones impugnadas indican en su encabezamiento, es por tanto necesario encuadrar la prohibición que juzgamos entre las medidas cautelares de orden civil, cuyo régimen general aparece previsto en la Ley de enjuiciamiento civil. Así lo hacen los Autos en cuestión, si bien los órganos judiciales invocan adicionalmente el carácter abierto de la legislación específica sobre protección civil de los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen, y protección a la infancia, obviando la esencia de las garantías procesales que rigen generalmente estas medidas provisionales. Así, la Audiencia Provincial de Salamanca considera que la importancia de los derechos a proteger puede servir para justificar la adopción de una medida de protección cautelar sin necesidad de que exista la cobertura de un proceso principal, y entiende también que la amplitud de los términos en los que la citada Ley Orgánica 1/1982 habi-



lita para la adopción de cualquier medida concede a los órganos judiciales un margen de actuación más amplio, «superador en cierto modo de los estrictos requisitos ritualistas que podrían erigirse en formalismos enervantes de la protección merecida por derechos fundamentales». Con todo ello se viene a justificar que la medida cautelar haya sido adoptada de manera tan atípica que no dependa de un juicio declarativo principal, perdiendo su carácter preventivo respecto al mismo y su sentido provisional. En efecto, la medida cautelar en cuestión se ha adoptado en relación con un proceso de constitución de acogimiento, en el que el Auto de 30 de septiembre de 2003 acordó el acogimiento residencial del menor, es decir, en un procedimiento en el que, por tanto, no cabía discutir ya sobre la afectación que la emisión de una película pudiera tener sobre la situación mental del menor.

Con carácter general, la finalidad de las medidas cautelares no es otra que la de asegurar la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano judicial relativo precisamente a los derechos e intereses legítimos llevados ante los jueces y tribunales en el proceso principal en el que se resuelve la cuestión de fondo (STC 159/2008, de 12 de diciembre, FJ 2). Este carácter provisional, instrumental a un juicio declarativo sobre el fondo de la cuestión, resulta especialmente ineludible cuando se trata de la restricción de un derecho fundamental del art. 20.1 CE autorizado por una norma legal que resulta suficiente, precisamente, en razón de esa temporalidad. El régimen constitucional de las libertades de expresión e información establecido por los arts. 20.2 CE y 20.5 CE limita cualquier control cautelar de su ejercicio a supuestos muy excepcionales, restringidos a la protección de otros bienes constitucionales frente a daños irreparables, evitando interferir en el proceso creativo de la obra que se quiera transmitir y de manera in-

dudablemente provisional, en tanto se sustancia y resuelve un juicio declarativo sobre el fondo de la cuestión, basado en los principios de preferencia y sumariadad (art. 53.2 CE).

Por tanto, la posibilidad de contradicción procesal en el seno del trámite de medidas cautelares no resulta apto para convalidar el vicio consistente en que las partes no han podido acceder a un juicio declarativo en el que a título principal se debatiera sobre la posibilidad de la emisión del programa cuestionado; juicio que tendría que haberse celebrado ante la jurisdicción competente para ello y con audiencia de todas las partes implicadas, en el que pudieran alegar, con todas las garantías que estos procedimientos permiten, sobre la posible afectación de la salud del menor y la legitimidad del ejercicio del derecho a la libertad de información [art. 20.1 d) CE], tal y como se desprende necesariamente de la legislación procesal civil. En tal sentido hay que subrayar que de la legislación especial invocada se desprende que nada impedía que, ante el anuncio de la emisión de la película, el Ministerio Fiscal, caso de considerar que podía afectar al libre desarrollo de la personalidad del menor, hubiera iniciado, conforme al art. 249.1.2 LEC, ante el órgano judicial competente establecido en el art. 52.1.6 LEC, un procedimiento ordinario para la tutela de sus derechos fundamentales, al hilo del cual hubiera solicitado la adopción provisional de una medida cautelar de suspensión, que, esta vez sí, se habría adoptado con las garantías previstas en la normativa procesal.

Ha de concluirse, por tanto, que la medida de suspensión de la emisión, por más que posible conforme al citado art. 9.2 de la Ley Orgánica 1/1982, no se adoptó con las garantías y los procedimientos previstos por la ley habilitante para asegurar la correcta protección de todos los derechos en juego, por lo que

resulta lesiva de la libertad de información.

### FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Estimar los recursos de amparo interpuestos por Antena 3 de Televisión, S.A., y Zeppelin Televisión, S.A.U., y en su virtud:

1.º Declarar que se ha vulnerado el derecho fundamental de las recurrentes a la libertad de información [art. 20.1 d) CE].

2.º Restablecerlas en su derecho y, a tal fin, anular los Autos de 3 de noviembre de 2003 y de 30 de diciembre de 2004 del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Salamanca y el Auto de 14 de julio de 2005 de la Audiencia Provincial de Salamanca.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a diecinueve de julio de dos mil diez.—Vicente Conde Martín de Hijas.—Elisa Pérez Vera.—Eugenio Gay Montalvo.—Ramón Rodríguez Arribas.—Pascual Sala Sánchez.—Firmado y rubricado.

---

## Sentencia 35/2010, de 19 de julio de 2010

### Sala Segunda

Recurso de amparo 7408-2005. Promovido por Bodegas Berberana, S.A., respecto de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que desestimó el recurso interpuesto frente a reso-

luciones sancionadoras del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación. Vulneración del derecho a la legalidad sancionadora en materia de denominaciones de origen (SSTC 297/2005 y 77/2006). («BOE» núm. 192 de 9 de agosto de 2010)

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Vicente Conde Martín de Hijas, doña Elisa Pérez Vera, don Eugenio Gay Montalvo, don Ramón Rodríguez Arribas y don Pascual Sala Sánchez, Magistrados, ha pronunciado

### EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

### SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 7408-2005, promovido por Bodegas Berberana, S.A., representado por el Procurador de los Tribunales don Manuel Sánchez-Puelles González-Carvajal y asistido por el Abogado don Pablo Silván Ochoa, contra Sentencia de 30 de junio de 2005, de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido parte el Abogado del Estado, en la representación que ostenta. Ha sido Ponente el Magistrado don Eugenio Gay Montalvo, quien expresa el parecer de la Sala.

### I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 21 de octubre de 2005, el Procurador de los Tribunales don Manuel Sánchez-Puelles González-Carvajal, en nombre y representación de Bodegas Berberana, S.A., interpuso recurso de amparo contra la Sentencia de 30 de junio de 2005, dictada en única instancia por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, y desestima-

toria de recurso contencioso-administrativo interpuesto contra confirmación en alzada de la Resolución de fecha 22 de febrero de 2002, de la Dirección General de Alimentación del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, mediante la que se imponía a la recurrente sendas sanciones: una primera de 4.198,33 euros —irrelevante a los efectos del presente amparo— y una segunda, por importe de 40.064,27 euros, esta última con sustento en el art. 51.1.1 del Reglamento de la denominación de origen calificada «Rioja» (aprobado por Orden de 3 de abril de 1991, del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación), estimando infracción del art. 28 de dicho Reglamento, al apreciar comercialización coetánea de vinos amparados y no amparados con el mismo distintivo.

2. La demanda de amparo se dirige contra la precitada Sentencia, así como contra las resoluciones administrativas sancionadoras de que aquella trae causa, contraídas éstas a la sanción no anulada por la jurisdicción, es decir, a la que por importe de 40.064,27 euros y sustento en el art. 51.1.1 del Reglamento de la denominación de origen calificada «Rioja» (aprobado por Orden de 3 de abril de 1991, del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación), estimaba infracción del art. 28 de dicho Reglamento, por comercialización coetánea de vinos amparados y no amparados con el mismo distintivo.

Respecto a la resolución sancionadora de 22 de febrero de 2002, confirmada en alzada por Orden Ministerial de 24 de septiembre del mismo año, se denuncia la vulneración del principio de legalidad sancionadora en sus dos vertientes, material y formal, por cuanto la sanción administrativa impuesta se sustenta en una norma de rango infralegal, cual es el Reglamento de la denominación de origen calificada «Rioja», aprobado por Orden de 3 de abril de 1991, y cuyo contenido, una vez examinado, no contendría la necesaria predeterminación normativa, res-

pectivamente, de infracciones y sanciones a imponer, lo que conllevaría, según la demandante, una doble lesión del art. 25.1 CE.

Abunda a ello el que dichas lesiones no se podrían subsanar con la posterior mención jurisdiccional, como norma de cobertura, al art. 129 del Estatuto de la viña, del vino y de los alcoholes aprobado por Ley 25/1970, de 2 de diciembre, pues su art. 93 se remite en blanco, para la tipificación de infracciones y graduación de sanciones en la materia, a su reglamento de desarrollo, aprobado por Decreto 835/1972, de 23 de marzo, el cual, a su vez, y salvo excepciones como la del art. 123, vuelve a hacer una segunda remisión a los reglamentos de cada denominación de origen, produciéndose de esa forma no una, sino dos remisiones normativas que no sólo no se ajustan a las exigencias del citado art. 25.1 CE, sino que indefectiblemente llevan al propio reglamento aprobado por Orden de 3 de abril de 1991, originariamente aplicado que fue, insiste la parte, declarado nulo por el Tribunal Supremo en Sentencia anterior a la hoy impugnada.

En lo atinente a la Sentencia de 30 de junio de 2005, de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, denuncia la recurrente la vulneración de los principios de tutela judicial efectiva, legalidad sancionadora y tipicidad por haber confirmado la adecuación a Derecho de la sanción impuesta, no obstante la declaración de nulidad, por Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2004, de la Orden de 3 de abril de 1991, sustento jurídico de la imposición de la sanción, Sentencia y declaración de nulidad que el Tribunal Superior de Justicia debía haber aplicado con todos sus efectos, al ser previos al dictado de la Sentencia impugnada en el presente amparo. Sin que se pueda aceptar a efectos de subsanación el pronunciamiento obrante al fundamento de

Derecho sexto de la Sentencia impugnada mediante el que la Sala de Justicia encuentra la cobertura legal de la infracción en el art. 129 del Estatuto de la viña, aprobado por Ley de 2 de diciembre de 1970.

3. Tras apertura y tramitación del incidente previsto en el art. 50.3 LOTC, en su redacción previa a la reforma operada por Ley Orgánica 6/2007, la Sala Segunda de este Tribunal dictó providencia de 28 de abril de 2009, admitiendo a trámite la demanda, con comunicación al órgano judicial para que en plazo no superior a diez días emplazara a quienes hubieren sido parte en el procedimiento para su comparecencia en el presente recurso de amparo.

4. Por providencia de la misma fecha se acordó formar pieza separada a los efectos de resolver sobre la suspensión solicitada en la demanda de amparo. Tras recibir los escritos de alegaciones de las partes, por Auto de 15 de junio de 2009 se acordó denegar la suspensión.

5. Mediante providencia de 25 de junio de 2009, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional acordó tener por personado y parte en el procedimiento al Abogado del Estado y, de conformidad con lo dispuesto en el art. 52 LOTC, dar vista de las actuaciones del recurso de amparo al Ministerio Fiscal y a las partes personadas para alegaciones por plazo común de veinte días.

6. En fecha 29 de julio de 2009 tuvo entrada en este Tribunal escrito de alegaciones presentado por la representación de la recurrente, que sustancialmente reiteró las efectuadas inicialmente en la demanda de amparo.

7. El Abogado del Estado formuló sus alegaciones mediante escrito con fecha de entrada 20 de julio de 2009. En el mismo interesaba la desestimación del amparo por considerar que existió un defecto en la publicación en el «BOE» de la Sentencia de 10 de junio de 2004 del

Tribunal Supremo, anulatoria del Reglamento de la denominación de origen calificada «Rioja», defecto que habría privado de efectos generales a dicho pronunciamiento, excluyendo toda posible lesión consecuencia de su desconocimiento por la Sala de Justicia, pues el fallo de dicha Sentencia se habría publicado en la Sección IV, de edictos, del «BOE», en lugar de en la Sección I, de disposiciones generales. A dicho defecto en la publicación de la Sentencia declaratoria de nulidad de una disposición general, une el Abogado del Estado lo que considera falta de diligencia por parte de la sociedad recurrente, que podría haber hecho uso de la facultad que prevé el art. 271.2 LEC para presentar, en el seno del procedimiento judicial abierto, resoluciones que pudieran resultar condicionantes o decisivas para resolver el recurso, y el hecho de que el art. 129 de la Ley de 2 de Diciembre de 1970 sí es mencionado expresamente al apartado 4.2 de la Resolución sancionadora inicial, de 22 de febrero de 2002, lo que determinaría el respeto al principio de reserva de ley en materia sancionadora desde el mismo momento de la primera resolución al respecto.

8. El Ministerio Fiscal interesó el otorgamiento del amparo mediante escrito de alegaciones registrado en fecha 18 de septiembre de 2009. En el mismo, hace un exhaustivo análisis de los hechos, las pretensiones, las garantías material y formal del principio de legalidad en materia sancionadora y el carácter mixto del recurso, postulando la plena aplicación al presente supuesto de la jurisprudencia constitucional sentada, por todas, en las SSTC 297/2005, de 21 de noviembre y 77/2006, de 13 de marzo para concluir la vulneración de los principios de legalidad sancionadora, tipicidad y tutela judicial efectiva.

9. Por providencia de 15 de julio de 2010, se señaló para deliberación y vota-

ción de la presente Sentencia el día 19 de julio de 2010.

## II. Fundamentos jurídicos

1. El objeto del presente recurso de amparo es doble, pues se impugnan expresamente tanto la resolución administrativa, confirmada en alzada, como la Sentencia desestimatoria del recurso contencioso-administrativo interpuesto. En concreto se impugna la Resolución de 22 de febrero de 2002, del Director General de Alimentación del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, por la que se impusieron al recurrente dos sanciones: una primera de 4.198,33 euros —irrelevante a los efectos del presente amparo, al haber sido dejada sin efecto por la jurisdicción— y una segunda, por importe de 40.064,27 euros, con base en los arts. 28, 51.1.1 y 51.2 del Reglamento de la denominación de origen calificada «Rioja» (aprobado por Orden de 3 de abril de 1991, del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación), por apreciarse comercialización coetánea de vinos amparados y no amparados con el mismo distintivo. Dicha resolución fue confirmada en alzada por Orden Ministerial de 24 de septiembre de 2002, y contra la misma se interpuso recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, finalizando el procedimiento, de única instancia, mediante la Sentencia impugnada en el presente amparo, de 30 de junio de 2005, estimatoria parcial de la pretensión en lo referido a la anulación de la sanción de 4.198,33 euros, pero confirmatoria de la de 40.064,27 euros.

Tanto la resolución sancionadora confirmada en alzada como la Sentencia desestimatoria fueron expresamente recurridas mediante el presente recurso de amparo, lo que le confiere la naturaleza de recurso de amparo mixto, en la forma y condiciones que siguen.

2. Delimitados la naturaleza mixta y el objeto del presente recurso de amparo en los términos expuestos, a efectos de establecer la prelación en la resolución de las diversas lesiones imputadas a administración y jurisdicción se ha de recordar lo establecido, por todas, en el fundamento jurídico 3 de la reciente STC 156/2009, de 29 de junio, donde decíamos que «como consecuencia de que en los recursos de amparo mixtos la comisión de una lesión constitucional en el transcurso del proceso judicial no impide que el acto administrativo siga siendo el verdadero objeto del proceso de amparo, hemos destacado el carácter autónomo y preferente que en tales procesos ofrece la pretensión deducida por el cauce del art. 43 LOTC (STC 5/2008, de 21 de enero, FJ 3)». Por ello, procederá el examen y resolución de las lesiones imputadas a sendas resoluciones administrativas sancionadoras, originaria y de alzada, de cuyo resultado dependerá la posterior reflexión y pronunciamiento sobre las quebras de constitucionalidad que se proclaman de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

3. El presente supuesto es similar a los resueltos en las SSTC 297/2005, de 21 de noviembre, y 77/2006, de 13 de marzo. En dichas Sentencias se otorgaba el amparo en sendos recursos interpuestos contra resoluciones que sustentaban las sanciones impuestas en el Reglamento de la denominación de origen calificada «Rioja», apreciándose vulneración del derecho a la legalidad sancionadora en ambas vertientes, material (tipicidad) y formal (reserva de ley), con examen de los efectos de la declaración de nulidad de dicho Reglamento operada por la Sentencia de 10 de junio de 2004, del Tribunal Supremo, así como del contenido material de las normas sancionadoras aplicadas. Todo ello, en relación con el carácter preconstitucional de la ley 25/1970, de 2 de diciembre, aprobatoria del Estatuto de la viña, y de su Regla-

mento de aplicación, aprobado por Decreto 835/1972, de 23 de marzo. En el fundamento jurídico único de la citada STC 77/2006, con base en las previas SSTC 52/2003, de 17 de marzo; 132/2003, de 30 de junio; 172/2005, de 20 de junio, y 297/2005, de 21 de noviembre, concluía este Tribunal que «la resolución sancionadora impugnada ha vulnerado el principio de legalidad, en su vertiente relativa al principio de reserva de ley en materia sancionadora, en la medida en que las infracciones imputadas a la sociedad mercantil recurrente, previstas en distintos ordinales del apartado 1 del art. 51 del Reglamento de la denominación de origen calificada 'Rioja', carecen del rango normativo mínimo exigido por este Tribunal, en aplicación del art. 25.1 CE, para la tipificación de los ilícitos administrativos, al estar previstas en una norma reglamentaria (en una Orden Ministerial en concreto) carente de cobertura legal suficiente». Prosigue diciendo la Sentencia mencionada, también con apoyo en la previa STC 297/2005, que «la declaración de nulidad —con los efectos que ello conlleva— del Reglamento de la denominación de origen del Rioja de 1991, por parte de la Sentencia de 10 de junio de 2004, de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, por tratarse de un reglamento ejecutivo que no había sido sometido al dictamen preceptivo del Consejo de Estado, hace que las conductas prohibidas originariamente tipificadas —aunque fuese por normas de rango insuficiente—, hayan dejado de estarlo. Por tanto, el mantenimiento de la sanción cuestionada en amparo infringiría la exigencia de predeterminación normativa, y con ello el principio de tipicidad en materia punitiva». Por último, y en relación con el posible sustento de la constitucionalidad de la sanción en normativa preconstitucional —concretamente, en el Real Decreto 835/1972, de 23 de marzo, de desarrollo de la Ley 25/1970, que aprueba el Estatuto de la

Viña—, la STC 77/2006 vuelve a remitirse a la 297/2005, cuyo fundamento jurídico 8 establece que «el principio de tipicidad exige que la Administración sancionadora precise de manera suficiente y correcta, a la hora de dictar cada acto sancionador, cuál es el tipo infractor con base en el que se impone la sanción, sin que corresponda a los órganos de la jurisdicción ordinaria ni a este Tribunal buscar una cobertura legal al tipo infractor o, mucho menos, encontrar un tipo sancionador alternativo al aplicado de manera eventualmente incorrecta por la Administración sancionadora. Por ello, no resulta, ciertamente, posible sustituir el tipo sancionador aplicado por el Consejo de Ministros (y confirmado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo) por ningún otro descubierto por este Tribunal, bien directamente o bien —como sucede en este caso— a propuesta de la Abogacía del Estado, dado que la mercantil recurrente ha sido sancionada en el caso enjuiciado exclusivamente por infracción de distintos ordinales del art. 51.1 del Reglamento de la denominación de origen calificada de «Rioja», y no por infracción del Reglamento del vino de 1972».

4. La jurisprudencia expuesta *ut supra* es de todo punto aplicable al presente supuesto, sin que pueda prosperar la alegación del Abogado del Estado referida a que el respeto al principio de reserva de ley estaría garantizado por la referencia que el apartado 4.2 de la resolución sancionadora originaria hace al art. 129 del Estatuto de la viña (aprobado por Ley 25/1970), mención que la jurisdicción reitera en el fundamento jurídico.

6 de la Sentencia recurrida. Constatado que, en efecto, en el apartado 4.2 de la Resolución de 22 de febrero de 2002 se hace mención a los arts. 83.5 y 129 de la Ley 25/1970, de 2 de diciembre, del Estatuto de la viña, el vino y de los alcoholes, así como al art. 129 de su Regla-

mento de desarrollo, aprobado por Decreto 835/1972, dicha mención no puede considerarse con virtualidad supresora de las lesiones constitucionales imputadas, por cuanto del examen de dicho apartado 4.2 se deduce que tanto la infracción cometida como la sanción de 40.064,27 euros impuesta se sustentan directamente en los arts. 28, 51.1.1 y 51.2 de la Orden de 3 de abril de 1991, disposición de rango reglamentario declarada posteriormente *nula ex tunc* (y no meramente anulada) por el Tribunal Supremo, sin que se pueda considerar que las citadas menciones que la resolución sancionadora hace al Estatuto de la viña (arts. 83.5 y 129 de la Ley 25/1970) y a su Reglamento sean otra cosa que inclusiones tangenciales de carácter secundario, sin contenido suficiente para satisfacer la garantía material del principio de legalidad. Tal naturaleza accesoria de las citadas menciones es abundada y confirmada, en todo caso, por el propio órgano administrativo superior al que impuso la sanción, vistos los términos de la Orden Ministerial de 24 de septiembre de 2002, desestimatoria de la alzada, y en cuyo fundamento jurídico 4 se insiste expresamente en que «la Resolución recurrida tiene un mero carácter aplicativo del Reglamento de la Denominación de Origen Calificada «Rioja» limitándose al cumplimiento de las prescripciones contenidas en el mismo», tenor éste que confirma la insuficiencia de tal mención a los efectos de entender que con la misma se pueda entender cumplido el principio de reserva de ley.

5. La taxatividad de dicha declaración haría desaparecer per se cualquier duda sobre la normativa realmente aplicada en la imposición de la sanción, pero, en todo caso, y abundando en los razonamientos al respecto, las menciones que hace la Abogacía del Estado a dicha ley y su reglamento, ambos de carácter preconstitucional, además de ser tangenciales en la forma expuesta, lo son a un

primer artículo, el art. 83.5 de la Ley 25/1970, al que se remite el propio art. 129 mencionado, y cuyo tenor es, a su vez, una mera remisión a posteriores reglamentos —«los Reglamentos de cada Denominación de Origen podrán impedir la aplicación de los nombres comerciales... en la comercialización de otros artículos de la misma especie»—. Esta remisión implica la inexistencia de un contenido material eficaz mínimo que pueda sustentar la legalidad de la sanción a los efectos de la vertiente material del principio de legalidad, en los términos que recientemente recuerda la STC 104/2009, de 4 de mayo, cuyo fundamento jurídico 5 se recuerda expresamente, en relación con la garantía formal de dicho principio, que «este precepto constitucional [el art. 25.1] no excluye que la norma de rango legal contenga remisiones a normas reglamentarias, siempre que en aquélla queden suficientemente determinados los elementos esenciales de la conducta antijurídica». En la misma materia, en el fundamento jurídico 6 de la STC 172/2005, de 20 de marzo, se afirmó sin ambages que «la normativa en este caso aplicable está constituida por la Ley 25/1970, de 2 de diciembre, de estatuto de la viña, del vino y de los alcoholes, cuyo art. 93 se remite en blanco al Decreto 835/1972, de 23 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 25/1970, de 2 de diciembre, que, a su vez, salvo excepciones como la del art. 123, vuelve a hacer otra remisión a los Reglamentos de cada denominación de origen, produciéndose de esa forma esa segunda remisión normativa que no se ajusta a las exigencias del citado art. 25.1 CE».

En similar sentido, y con respecto a la concreta virtualidad del art. 129.2 c) —de pretendida aplicación, si bien se plasmaría, se supone que por error, el 129.1 c) en la resolución administrativa sancionadora— del Decreto 835/1972, aprobatorio del Reglamento de la Ley 25/1970,

como normativa preconstitucional apta para satisfacer el principio de legalidad sancionadora, dicho apartado se limita a recoger una de las clasificaciones genéricas de infracciones que «los Reglamentos de cada denominación de origen especificarán», en tenor del propio encabezamiento del art. 129.2 examinado, con lo que nos hallamos ante una nueva remisión al Reglamento declarado nulo, con la consecuente desestimación del motivo, de consuno con el fundamento jurídico 10 in fine de la STC 52/2003, de 17 de marzo, que establecía que «sin necesidad de que nos pronunciemos acerca de si los términos empleados por el art. 129.2 c) del Reglamento del vino en lo que se refiere a «los actos que puedan causarle perjuicio o desprestigio» implican una descripción de la conducta infractora que alcanza a satisfacer las exigencias de taxatividad que el art. 25.1 CE impone en la previa descripción normativa de las conductas a sancionar por la Administración, dicho art. 129.2 c) es el antecedente próximo del art. 51.1.7 del Reglamento del Rioja de 1991, que fue el precepto de rango infralegal aplicado por la Administración al sancionar a la demandante de amparo. Así, la Administración se apoya en una normativa reglamentaria sancionadora, aprobada con posterioridad a la Constitución y tributaria inmediata de una regulación preconstitucional: el Decreto 835/1972, de 23 de marzo, que si bien viene a dotar de contenido en materia sancionadora a la ilimitada deslegalización que habilita el art. 93 del Estatuto del vino de 1970, incumple las exigencias formales del principio de legalidad penal que, con carácter general, se imponen a toda norma sancionadora desde la perspectiva del art. 25.1 CE».

Prosigue la STC 52/2003 concluyendo que «este panorama descubre que las normas sancionadoras del Reglamento del Rioja prolongan, revitalizando hasta la actualidad, otros preceptos cuya pervi-

vencia en el ordenamiento constitucional se justificaba en necesidades de continuidad del ordenamiento, apoyadas en el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE). Necesidades que si por un lado han de ponderarse restrictivamente en todo caso, como supuesto limitativo que son de un derecho fundamental, por el otro se ven matizadas progresivamente conforme avanzamos en nuestro tiempo, el de la vigencia de la Constitución. Posterior a la de ésta, el art. 51.1.7 del Reglamento del Rioja hace perdurar en el presente un sistema de producción de normas sancionadoras contrario al art. 25.1 CE. De ahí que, conforme a la doctrina más arriba expuesta, tengamos que concluir que dicho precepto reglamentario carece del fundamento de legalidad mínimo en el que la Administración pueda justificar constitucionalmente el ejercicio de su potestad sancionadora».

Constatada, así, la nulidad declarada por el Tribunal Supremo, del Reglamento de la denominación de origen calificada «Rioja», aprobado por Orden de 3 de abril de 1991, del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, así como la inidoneidad de las menciones a la Ley 25/1970 y su Reglamento a los efectos de considerar suplido el principio de reserva legal, procede la estimación del presente recurso de amparo, en los términos que siguen, sin que, de conformidad con la naturaleza mixta del presente recurso de amparo y la conclusión sobre la existencia de lesión del 25.1 producida por la resolución sancionadora, se entienda necesario proseguir con la resolución de las lesiones imputadas a la Sentencia como consecuencia de aplicar el Reglamento declarado nulo, máxime cuando, con anterioridad al 30 de junio de 2005, fecha del dictado de la Sentencia impugnada, la disposición derogatoria única de la Ley 24/2003, de 10 de julio, de la viña y el vino (en vigor desde el 12 de julio de 2003) derogaba expresamente la Ley



25/1970 en lo atinente a la materia objeto del presente amparo.

6. Por todo lo expuesto, y en aplicación de la doctrina sentada en las precisadas SSTC 297/2005 y 77/2006, procede otorgar el amparo, ante la constatación de vulneración del principio de legalidad en materia sancionadora operada por la Resolución de fecha 22 de febrero de 2002, de la Dirección General de Alimentación del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, confirmada posteriormente enalzada, «puesto que los tipos infractores en base a los que se ha sancionado a la mercantil recurrente no sólo carecían de suficiente cobertura legal, sino que han sido declarados nulos por el Tribunal Supremo y, por tanto, inexistentes ab origine. De este modo la resolución (y los posteriores actos administrativos y judiciales que la han confirmado) resultan contrarios tanto a la garantía constitucional formal inherente al art. 25.1 CE como a su garantía material, connatural también al principio de legalidad punitiva». Se debe añadir a dicho tenor que la inclusión con carácter accesorio, por la Resolución sancionadora impugnada, de las menciones a la Ley 25/1970 y a su Reglamento de desarrollo tampoco satisfacen las exigencias de dicho principio desde la perspectiva de la tipicidad, al no recoger con la debida exhaustividad y contenido material el catálogo de infracciones en la materia.

### FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por la entidad mercantil Bodegas Berberana, S.A., y, en consecuencia:

1.º Declarar vulnerado el derecho de la recurrente en amparo a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE).

2.º Restablecerla en su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad de la Resolución de la Dirección General de Alimentación del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación de 22 de febrero de 2002 y de la Orden Ministerial de 24 de septiembre de 2002 del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, recaídas en el expediente administrativo que impuso a la recurrente una sanción de multa al amparo del art. 51.1.1 del Reglamento de la denominación de origen calificada «Rioja» (aprobado por Orden Ministerial de 3 de abril de 1991), por infracción del art. 28 de dicho Reglamento; y de la Sentencia de 30 de junio de 2005, dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso contencioso-administrativo núm. 2247-2002.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, diecinueve de julio de dos mil diez.—Vicente Conde Martín de Hijas.—Elisa Pérez Vera.—Eugeni Gay Montalvo.—Ramón Rodríguez Arribas.—Pascual Sala Sánchez.—Firmado y rubricado.

---

**Sentencia 36/2010, de 19 de julio de 2010**

### Sala Segunda

Recurso de amparo 1082-2006. Promovido por doña Teresa Juste Picón respecto a la Sentencia de un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Madrid que desestimó su demanda contra el Ayuntamiento de Madrid sobre multa por incumplimiento del deber de identificar al conductor de un vehículo con el que

se cometió una infracción de tráfico. Vulneración del derecho a la legalidad sancionadora: sanción administrativa al titular de un vehículo de motor por no identificar suficientemente a un conductor residente en el extranjero que carece de fundamento razonable en la infracción administrativa aplicada (STC 54/2008). («BOE» núm. 192 de 9 de agosto de 2010)

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Vicente Conde Martín de Hijas, Presidente, doña Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo, don Ramón Rodríguez Arribas y don Pascual Sala Sánchez, Magistrados, ha pronunciado

#### EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

#### SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 1082-2006, promovido por doña Teresa Juste Picón, representada por la Procuradora de los Tribunales doña Blanca Rueda Quintero y asistida por la misma recurrente, contra la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 11 de Madrid, de 19 de diciembre de 2005, dictada en el procedimiento abreviado núm. 309-2005, recaída en el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Resolución del Director General de Movilidad, del Área de Gobierno de Seguridad y Servicios a la Comunidad del Ayuntamiento de Madrid, de 7 de marzo de 2005. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente la Magistrada doña Elisa Pérez Vera, quien expresa el parecer de la Sala.

#### I. Antecedentes

1. Mediante escrito presentado en el Registro General del Tribunal Constitucional con fecha de 3 de febrero de 2006

doña Blanca Rueda Quintero, Procuradora de los Tribunales en nombre y representación de doña Teresa Juste Picón, interpuso recurso de amparo contra la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 11 de Madrid, de 19 de diciembre de 2005, dictada en procedimiento abreviado núm. 309-2005 y contra la Resolución del Director General de Movilidad, del Área de Gobierno de Seguridad y Servicios a la Comunidad del Ayuntamiento de Madrid, de 7 de marzo de 2005.

2. En la demanda se contiene el relato de hechos que a continuación se resume:

a) Con fecha 7 de marzo de 2004, la demandante recibió notificación de denuncia e iniciación de expediente sancionador, remitida por la Concejalía de Gobierno de Seguridad y Servicios a la Comunidad del Ayuntamiento de Madrid, en la que se hacía constar como motivo de la denuncia: «estacionar, sin distintivo que lo autoriza, en lugar habilitado para el estacionamiento con limitación horaria».

b) Siguiendo instrucciones contenidas en la notificación, la demandante remitió al órgano instructor del expediente, dentro del plazo señalado a tal efecto, comunicación en la que hacía constar los datos de la persona que conducía el vehículo el día de la denuncia.

En concreto, hizo constar: nombre y apellidos, número del permiso de conducir y domicilio. Se trataba de un ciudadano extranjero con domicilio en Santiago (Chile).

c) Posteriormente, con fecha de 13 de mayo de 2004, la demandante recibió requerimiento firmado por el Jefe de la Sección de Reclamaciones de Multas de Circulación del Ayuntamiento de Madrid para que, en el plazo señalado, aportara. «Fotocopia de la autorización administrativa para conducir de la persona identificada como conductor responsable de la

infracción, así como prueba acreditativa de que el conductor identificado era el que realizaba la conducción del vehículo en el momento de la denuncia».

d) Dentro del plazo señalado, la demandante remitió escrito, acompañado de la fotocopia del documento solicitado, en el que se indicaba que con ello consideraba cumplida la obligación prevista en el art. 72.3 del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial.

e) El Concejal de Gobierno de Seguridad y Servicios a la Comunidad del Ayuntamiento de Madrid, mediante Decreto de 2 de junio de 2004, acordó la incoación de expediente sancionador, imputando a la demandante la comisión de una infracción consistente en el incumplimiento de la obligación de identificar en tiempo y forma al conductor responsable. En la notificación se hacía constar lo siguiente: «El titular no solo no ha acreditado que la persona identificada como conductor (no residente en territorio nacional) era la que conducía el vehículo, ni siquiera ha demostrado que estuviese en esta Capital el día de la denuncia».

f) Por parte de la demandante se realizaron las oportunas alegaciones de disconformidad con los cargos formulados y, posteriormente, con ocasión de la apertura del trámite de audiencia tras la conclusión de la fase instructora del procedimiento, se realizaron distintas consideraciones relativas a la existencia de distintas infracciones del procedimiento administrativo.

g) Desestimadas las alegaciones y aceptada la propuesta de resolución elevada por el órgano instructor, por parte del Director General de Movilidad del Área de Gobierno de Seguridad y Servicios a la Comunidad del referido Ayuntamiento se procedió a imponer, mediante

resolución de 7 de marzo de 2005, una multa de 301 euros a la demandante.

h) Contra la citada resolución la actora interpuso recurso contencioso-administrativo que fue desestimado por la Sentencia núm. 444/2005 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 11 de Madrid, con fecha de 19 de diciembre de 2005.

3. En la demanda se denuncia la vulneración de los derechos recogidos en el art. 24 CE, en su vertiente de derecho a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia, y en el art. 25.1 CE, en relación con el debido respeto al principio de legalidad en el procedimiento administrativo sancionador.

La recurrente comienza la fundamentación jurídica de la demanda recordando que la actividad administrativa sancionadora ha de observar las garantías recogidas en el art. 24 CE, del que se desprende que la desvirtuación de la presunción de inocencia corresponde a la Administración mediante la correspondiente actividad probatoria, quedando descartado que se enerve dicha garantía mediante el recurso a la mera sospecha o a valoraciones subjetivas del órgano sancionador. Pues bien, la demandante sostiene que, de acuerdo con la norma aplicable (el art. 72.3 del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, en su redacción vigente cuando se produjeron los hechos que están el origen del asunto), cumplió con la obligación de legal de identificar al infractor, facilitando, primero, nombre, apellidos y domicilio y, después, fotocopia de su licencia de conducir, en la que igualmente constaba el domicilio del infractor. Sin embargo, a pesar de ello, la demandante ha sido sancionada por no acreditar que la persona a quien se ha identificado como conductor del vehículo, ciudadano extran-

jero que no reside en el territorio nacional, fuera quien realmente lo hacía ni que estuviera en Madrid el día en que se denunció la infracción de las normas de tráfico. En consecuencia, a juicio de la demandante, la imposición de una sanción administrativa por dichos motivos, no obstante haberse procedido a la identificación del conductor del vehículo, supone una vulneración del principio de legalidad sancionadora según viene reconocido por el art. 25.1 CE. A mayor

abundamiento, se indica que del expediente administrativo no se deduce que la Administración haya practicado actuación o comunicación alguna con el infractor que permitiera sostener que la identificación facilitada fuera errónea o falsa. En conclusión, a juicio de la demandante «el acto administrativo no responde a una argumentación lógica que permita subsumir la conducta de la recurrente en el tipo aplicado, al no exigir la norma esos datos concretos que la administración señala».

Por su parte, en lo que a la resolución judicial atañe la presente demanda le reprocha que extienda a los extremos solicitados en el requerimiento administrativo el deber impuesto por el precepto citado anteriormente, sobre la base de que no constituye prueba diabólica o imposible acreditar la presencia de la persona a quien se ha identificado como conductor, pues en caso contrario se admitiría la posibilidad del fraude de ley. Asimismo, la demanda reprocha a la resolución que no se pronunciara sobre el principio de legalidad sancionadora. Concluye la demandante, a la luz de lo expuesto que, tanto la resolución administrativa como la posterior resolución que ha puesto fin a la vía judicial previa, carecen de «fundamentos razonables para subsumir la conducta de la recurrente en el artículo 72.3 de la Ley de Seguridad Vial» por lo que ambas lesionan «el derecho fundamental del artículo 24.1 de la Constitución», así como

el principio de legalidad sancionadora ya referido.

El suplico de la demanda solicita que se dicte Sentencia por la que se otorgue el amparo y se declare la nulidad de la Resolución del Director General de Movilidad del Ayuntamiento de Madrid, de 7 de marzo de 2005, y de la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 11 de Madrid, con fecha de 19 de diciembre de 2005, en el procedimiento abreviado 309-2005.

4. La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, por providencia de 22 de enero de 2008, acordó admitir la demanda y, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 51 LOTC, constando en la Sala las actuaciones correspondientes al procedimiento abreviado 309-2005 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 11 de Madrid y al expediente administrativo del que traía causa, dirigió comunicación al citado órgano judicial a fin de que emplazara previamente a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, a excepción del demandante de amparo, para que en el plazo de diez días pudiesen comparecer, si lo desearan, en este recurso de amparo.

5. Mediante diligencia de ordenación de la Secretaría de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, de 28 de abril de 2008, se tuvo por personado y parte en el procedimiento a la Letrada del Ayuntamiento de Madrid, doña Marisa Asensio Sánchez, en nombre y representación de dicha Corporación, y se acordó dar vista de las actuaciones recibidas a las partes personadas y al Ministerio Fiscal, por plazo común de veinte días, dentro de los cuales pudieron efectuar las alegaciones que tuvieron por conveniente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 52.1 LOTC.

6. La representación procesal de la recurrente en amparo evacuó el trámite de alegaciones conferido mediante escrito registrado en fecha 5 de enero de

2008, en el que, manteniendo los antecedentes y derechos invocados en el recurso, reiteró las imputaciones realizadas en la demanda de amparo al acto administrativo y posterior resolución judicial en los términos referidos y ratificó el suplico de la demanda según ha quedado expuesto.

7. El Ministerio Fiscal, por su parte, evacuó el trámite de alegaciones conferido mediante escrito registrado en fecha 25 de junio de 2008, que, en sus aspectos esenciales, contenía los siguientes extremos: a) Comienza el Ministerio Fiscal poniendo de manifiesto que la demanda se corresponde con los denominados recursos de amparo mixtos, en tanto en cuanto se solicita, como resultado del eventual otorgamiento del amparo, la nulidad de las resoluciones administrativa y judicial. Asimismo, indica que, aunque en la demanda se contienen invocaciones a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia, la argumentación jurídica sustancial se refiere al principio de legalidad sancionadora en el ámbito administrativo.

b) A continuación, se realizan una serie de consideraciones acerca de si la invocación de dicho principio ha sido correctamente realizada en la vía judicial previa. Entiende que, más allá de que parezca no haber existido una invocación formal y literal del precepto constitucional (el art. 25.1) a lo largo de la vía que antecede al amparo constitucional, lo cierto es que en la argumentación esgrimida por la demandante se ha sostenido el cumplimiento de la obligación de identificación en los términos previstos por la norma aplicable y la improcedencia de que se le exigieran otros elementos adicionales no recogidos por la misma. Por parte del Ministerio Fiscal se pone de relieve que la demandante fue sancionada como resultado de la tramitación de un procedimiento administrativo por «incumplimiento de la obligación de identificar en tiempo y forma al conductor

responsable», y que dicho procedimiento se ha derivado de un expediente incoado contra la misma por no haberse acreditado que la persona identificada como conductor era quien realmente conducía el vehículo y que, de modo efectivo, hubiera estado en la capital en el día de la denuncia. Frente a esta circunstancia la demandante ha sostenido que la norma jurídica impone la identificación del conductor de vehículo (y tipifica su eventual incumplimiento) pero no que se acredite que el conductor pudo cometer la infracción. Por tanto, se hace hincapié en que la queja principal de la demandante consiste en que ha sido sancionada por conducta no típica.

c) Con estos antecedentes, el Ministerio Fiscal indica que el asunto guarda identidad sustancial con el resuelto por la misma Sala Segunda del Tribunal Constitucional, mediante Sentencia 54/2008, de 14 de abril, cuyos fundamentos considera aplicables a la presente demanda. En relación con ello, se recuerda la continuada doctrina de este Tribunal, según la cual el artículo 25.1 CE incorpora la regla *nullum crimen nulla poena sine lege*, que se proyecta sobre el ámbito administrativo sancionador, imponiendo, por un lado, la predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones y, por otro lado, la reserva de ley en materia sancionadora. Aún más, se indica que la predeterminación normativa impone la existencia de preceptos jurídicos que permitan predecir con la suficiente certeza tanto las conductas infractoras como la responsabilidad que se derive de las mismas y su eventual sanción. En consecuencia, el órgano sancionador no puede actuar más allá de los contornos fijados por la norma sancionadora.

El Ministerio Fiscal también realiza distintas consideraciones relativas a la doctrina de este Tribunal acerca de las pautas interpretativas que han de seguirse a la hora de subsumir la conducta infractora

en el tipo que la recoge. Así, se recuerda que la aplicación de las normas sancionadoras depende del respeto a su tenor literal, pero también de su previsibilidad. Previsibilidad que ha de analizarse, siempre de acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal, según las pautas axiológicas que informan el texto constitucional y conforme a modelos de argumentación aceptados por la comunidad jurídica. Todo ello conduce a que pueda reputarse conculcada la legalidad cuando las resoluciones sancionadoras se sustenten en una subsunción de los hechos ajena al significado posible de los términos de la norma sancionadora, así como cuando aquéllas se sostengan bien en una argumentación ilógica o extravagante, bien en una base valorativa ajena a los criterios informadores de nuestro sistema constitucional.

d) Tras la cita de la jurisprudencia de este Tribunal sobre el art. 25.1 CE, el Ministerio Fiscal recuerda que en la ya citada STC 54/2008 se otorgó el amparo en un supuesto semejante sobre la base de que el titular del vehículo había procedido a identificar al conductor responsable y, sin embargo, no existía constancia de que la Administración hubiera intentado ponerse en contacto con el mismo en términos que permitieran sostener que dicha comunicación había quedado frustrada a pesar de los datos facilitados. Es decir, se entendió que la motivación de la resolución administrativa, primero, y de la posterior resolución judicial no respondía a una argumentación lógica que permitiera subsumir la conducta del recurrente en amparo en el tipo normativo.

En este sentido, recuerda el Ministerio Fiscal que ya entonces se estimó que la conducta del demandante en amparo había sido congruente con el deber de identificar al conductor responsable, sin que de la lectura de la norma pudiera inferirse la existencia de un régimen jurídico distinto en función de la naciona-

lidad del infractor, que supondría en suma, añadir a la obligación de identificar al conductor infractor, la de acreditar su presencia en Madrid en la fecha que constaba en la denuncia.

e) A partir de lo expuesto, el Ministerio Fiscal procede a señalar las similitudes concretas del caso del que traen causa sus alegaciones con el que dio lugar a la STC 54/2008. En primer lugar, también ahora existe una resolución administrativa que se sustenta en que los datos suministrados por la recurrente eran insuficientes para cumplir con el deber de identificar al conductor infractor; y, en segundo lugar, de la lectura del expediente administrativo se deduce la inactividad de la Administración en orden a intentar comunicar con el infractor. Ambos extremos conducen al Ministerio Fiscal a afirmar que la motivación del acto administrativo no ha respondido a una argumentación lógica que permita subsumir la conducta de la ahora recurrente en amparo en el tipo de referencia. Dicha conclusión se sustenta en que ni la norma jurídica exige expresamente que se pruebe la conducción ajena, ni conforme a los modelos de argumentación jurídica aceptados es posible deducir tal exigencia una vez que el titular del vehículo ya ha facilitado el nombre y apellidos del infractor, su domicilio, el número de la licencia administrativa de conducir e, incluso, fotocopia de la misma. En este sentido, se sostiene que la actuación de la reclamante ha sido congruente con la obligación de identificación y suficiente de acuerdo con los términos legales en los que viene impuesta, pues de lo que se trata es de hacer posible que la Administración dirija el procedimiento administrativo sancionador contra la persona identificada.

Respecto de la resolución judicial que puso fin a la vía previa el Ministerio Fiscal, en sus alegaciones, considera que tampoco suministra una motivación concreta y cognoscible en términos que per-

mitan calificar como razonable la subsunción de los hechos en el tipo aplicado para imponer la sanción controvertida. Se reprocha al órgano juzgador que deduzca del tenor de la norma, mediante una interpretación extensiva inadmisibles, un deber adicional de prueba cuyo incumplimiento generaría el incumplimiento del deber general de identificación del conductor infractor. Dicha operación interpretativa del juez supone establecer, allí donde la norma no ha llegado, un régimen distinto en función de que el conductor identificado resida en España o en el extranjero. También se reprocha a la resolución judicial que acuda al pretexto de un eventual fraude para dar cobertura a la interpretación extensiva del tipo sancionador a la que se ha hecho referencia, reproche que se funda en que, por parte de la Administración, no ha existido actividad alguna tendente a comprobar la veracidad de la identificación del conductor infractor realizada por la recurrente. En atención a estas circunstancias, no puede sostenerse que la sancionada haya ignorado el requerimiento de la Administración en orden a identificar al infractor o que lo haya atendido de forma inverosímil o incompleta, ni tampoco puede deducirse que la respuesta haya sido inconsistente o esquiva, ni mucho menos que su actividad haya constituido una maniobra «de entorpecimiento o disfraz más o menos sutil» que constituya fraude de ley. Por las antedichas razones, los criterios de interpretación utilizados en el presente caso por el juzgador no son aceptables para la comunidad jurídica, resultando la argumentación ilógica y extravagante, de donde hay que concluir la no conformidad con el ordenamiento constitucional de la base valorativa seguida.

Continúa el Ministerio Fiscal señalando que «constatada la falta de una motivación razonable que dé sustento a la sanción, no cabe apreciar sin más que aquélla suponga una vulneración del art.

24.1 CE. Ciertamente este Tribunal tiene declarado que la posición preferente que ocupan los derechos fundamentales en el Ordenamiento jurídico refuerza el deber de motivación de las Sentencias cuando se invoca la vulneración de uno de ellos, como aconteció en este caso, de forma que «todo motivo de recurso atinente a un derecho fundamental que se estime conculcado por la resolución impugnada debe ser resuelto expresamente», por lo que no es posible una motivación tácita (SSTC 34/1997, de 25 de febrero, FJ 2; y 83/1998, de 20 de abril, FJ 3, entre otras). La necesidad de motivación debe vincularse aquí, por el contrario, con el derecho a la legalidad sancionadora del art. 25.1 CE». En este plano, cuando la ausencia de motivación se encuentra ligada a una aplicación extensiva o analógica de una norma sancionadora, dicha falta de motivación deja de ser una infracción formal susceptible de reparación para convertirse en una vulneración del citado precepto constitucional cuya reparación únicamente es posible mediante la anulación definitiva de la sanción.

f) Se indica, por último, que con respecto del resto de las vulneraciones de derechos constitucionales invocados en el recurso, no se contiene una argumentación más allá de su mera aseveración, con lo que, una vez constatada la vulneración del art. 25.1 CE, el Ministerio Fiscal interesa de esta Sala que dicte Sentencia por la que, estimando el amparo solicitado, se declare la vulneración del derecho fundamental a la legalidad sancionadora en su vertiente material y se acuerde la nulidad, tanto de la Resolución administrativa del Ayuntamiento de Madrid de 7 de marzo de 2005, como de la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Madrid, de 19 de diciembre de 2005, recaída en el procedimiento abreviado 309-2005.

8. La representación del Ayuntamiento de Madrid evacuó el trámite de alegaciones mediante escrito registrado

en fecha 11 de enero de 2008. Las alegaciones contenidas en el mismo se estructuran en torno a dos apartados, destinados a tratar de la eventual vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho a la presunción de inocencia, el primero, y del principio de legalidad, el segundo.

En relación con el primer apartado, tras indicar que la sanción impuesta a la recurrente lo ha sido por el incumplimiento del deber de identificar al conductor infractor y que, por ello, no ha lugar la consideración de eventuales deficiencias procedimentales relativas a la denuncia original por estacionar, sin distintivo que lo autorice, en lugar habilitado para el estacionamiento con limitación horaria, se señala que la presunción de inocencia se desvirtúa, en el Derecho administrativo sancionador, mediante prueba dotada de suficiente fuerza para destruirla. En el presente caso, la Administración ha apreciado insuficiente la actividad probatoria de contrario, limitada a señalar el nombre y apellidos de un extranjero con la indicación de un domicilio igualmente fuera de España sin acreditar que esa persona se encontrara en nuestro país en la fecha de la comisión de la infracción de estacionamiento a la que se ha aludido.

En lo que hace al segundo apartado, se alega que el deber normativo al que se viene haciendo referencia impone una identificación veraz. Y, si bien es cierto que la norma no expresa de qué modo ha de realizarse la identificación, en el caso de los extranjeros no es posible acudir a documentos administrativos como el Padrón para realizar una comprobación de los datos aportados. En cualquier caso, se sostiene que la ahora recurrente no fue sancionada por no aportar un dato en concreto, sino porque la identificación no fue completa e inequívoca, y en apoyo de dicha alegación recuerda que el domicilio facilitado en la primera respuesta que se dio a la Administración no con-

cuerda con el que consta en la posterior fotocopia de la licencia de conducir remitida posteriormente. De esta circunstancia se colige, en las alegaciones, que la sancionada no procedió a identificar verazmente el domicilio de conductor infractor. Se sostiene que la Administración, en atención a las circunstancias, ha de poder requerir en cada caso la información que estime necesaria en relación con el cumplimiento del citado deber y, en su caso, intensificar las exigencias de justificación a los efectos de garantizar la verosimilitud de la información que se le suministra. Se pone de manifiesto, en relación con ello, la frecuencia con que se procede a la identificación de conductores infractores extranjeros en supuestos análogos al presente caso, y se indica que la Administración no exige documentación o prueba imposible, pues, ya que se pudo aportar la fotocopia de la licencia de conducir, no resulta imposible hacer lo mismo con otro tipo de documentación que pueda acreditar la efectiva presencia del infractor en España. Labor probatoria que, en cualquier caso, se estima compatible con el deber de colaboración con la Administración establecido en el art. 39 de la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común. En definitiva, se argumenta, la Administración, como representante del interés general, ha de disponer de los medios que le aseguren la adopción del buen orden y seguridad vial y que no se entorpezca su potestad sancionadora.

En conclusión, la representación del Ayuntamiento de Madrid se concluye solicita que se tengan por presentadas las alegaciones cuyo contenido ha quedado expuesto y se dicte Sentencia por la que se deniegue el amparo demandado.

9. Por providencia de 15 de julio de 2010, se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 19 del mismo mes y año.



## II. Fundamentos jurídicos

1. La presente demanda de amparo se dirige contra la Resolución del Director General de Movilidad, del Área de Gobierno de Seguridad y Servicios a la Comunidad del Ayuntamiento de Madrid, de 7 de marzo de 2005, por la que se sanciona a la demandante por la comisión de una infracción consistente en el incumplimiento de la obligación de identificar en tiempo y forma al conductor responsable, prevista en el art. 72.3 del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial (en la redacción dada por la Ley 19/2001, de 19 de diciembre: LSV) y la posterior resolución judicial dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 11 de Madrid, de 19 de diciembre de 2005, recaída en procedimiento abreviado núm. 309-2005, por la que se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el citado acto administrativo.

La demandante de amparo denuncia la vulneración, por un lado, de los derechos recogidos en el art. 24 CE, en su vertiente de derecho a la tutela judicial efectiva, y a la presunción de inocencia, por cuanto se ha invertido por parte de la actuación administrativa la carga de la prueba al exigirse que la recurrente pruebe su inocencia. Por otro lado, denuncia, asimismo, la vulneración del art. 25.1 CE, al no haberse respetado el principio de legalidad ni en el procedimiento administrativo sancionador, ni en la resolución judicial cuestionada pues en ambos casos se extiende el tenor de la norma sancionadora subsumiendo indebidamente la conducta de la recurrente en el tipo que se recoge en la misma.

El Ministerio Fiscal dirige su argumentación a constatar la lesión del principio de legalidad sancionadora y, en este sentido, reprocha a ambas resoluciones, ad-

ministrativa y judicial, la ausencia de una motivación concreta y cognoscible en términos que permitan calificar como razonable la subsunción de los hechos en el tipo aplicado para imponer la sanción (en concreto, el contenido en el art. 72.3 LSV). Pone de manifiesto la conducta de la recurrente, que identificó al conductor infractor aportando, incluso, la fotocopia de su licencia de conducir, mientras que, por parte de la Administración, no se inició actuación alguna contra el mismo sino que se procedió a sancionar, tras incoar el oportuno procedimiento administrativo, a la demandante en amparo sobre la base de que no había identificado de forma veraz al infractor. En consecuencia, interesa la estimación del recurso de amparo y la correspondiente anulación de las resoluciones impugnadas.

La representación procesal del Ayuntamiento se opone, por su parte, a la estimación de la presente demanda. Estima correcta, en primer lugar, la apreciación realizada por la Administración en orden a considerar insuficiente la actividad probatoria realizada por la demandante, pues de la misma no puede deducirse que, a quien ha identificado como infractor, se encontrara en España en el momento de la denuncia. Igualmente pone de manifiesto que el tipo aplicable impone el deber de identificación veraz, recordando que el identificado como infractor es extranjero, señalando la frecuencia de este tipo de identificaciones y la dificultad de la Administración, en estos casos, para dirigirse contra los identificados como infractores.

2. Aunque la demandante denuncia la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva, lo cierto es que, más allá de una genérica referencia a la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en el encabezamiento de la demanda, no se contiene argumentación alguna que permita discernir las razones por las que se entiende vulnerado el art.

24.1 CE en el presente caso. En realidad, la argumentación de la demanda gira en torno a la eventual vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) y a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE). Como quiera que la lesión de ambos derechos ya fue puesta de manifiesta en el correspondiente recurso contencioso-administrativo y debatida en sede jurisdiccional, la presente demanda encaja más estrictamente en los amparos contra actos dictados por la Administración (según se dispone en el art. 43.1 LOTC). Y es que, desde el punto de vista de la demandante, a la actividad del órgano juzgador se le reprocha el que no ha corregido la lesión padecida en vía administrativa y no el que sea lesiva, por sí misma, de los derechos fundamentales referidos. Así lo viene entendiendo este Tribunal cuando afirma que «las decisiones producidas en esta vía judicial no han de ser objeto de impugnación por la sola razón de no haber estimado la pretensión deducida por el recurrente. Estas decisiones desestimatorias no alteran la situación jurídica creada por el acto de la Administración presuntamente lesivo de un derecho fundamental y no son, por tanto, en sí mismas causas de lesión. Otra interpretación llevaría a entender, en definitiva, que no hay más actos u omisiones atacables en vía de amparo constitucional que los actos u omisiones de los órganos judiciales» (STC 6/1981, de 16 de marzo, FJ 2).

3. Fijados los términos de la demanda, ha de convenirse, con el Ministerio Fiscal, en la identidad del supuesto que ahora se analiza con el resuelto en la Sentencia 54/2008, de 14 de abril. En ambos casos, en el origen del asunto se encuentra una denuncia por estacionamiento indebido, la identificación del conductor infractor por parte del titular del vehículo denunciado, la condición de extranjero del infractor, la no acreditación, por parte del titular del vehículo, de la efectiva estancia del infractor en Es-

paña en la fecha de la denuncia y la apertura por parte de la Administración de un expediente sancionador, al amparo de lo dispuesto en el art. 72.3 LSV, que concluyó con la sanción del titular del vehículo por la comisión de una infracción consistente en el incumplimiento del deber de identificación. Por tanto la solución al tema planteado también ha de ser la misma.

En la STC 54/2008, tras ponerse en relación el tipo que contiene la infracción aplicada (el art. 72.3 LSV) con el caso se concluyó que «[l]as circunstancias concurrentes en este caso, de un lado, la identificación por parte del demandante de amparo de la persona que conducía su vehículo en el momento de la infracción en los términos en los que la ha llevado a cabo, y, de otro lado, la inactividad administrativa en orden a comunicar con la persona identificada, ponen de manifiesto que la motivación de las resoluciones administrativa y judicial impugnadas, al exigir al recurrente que acreditase la presencia en Madrid del conductor de su vehículo en las fechas en las que se cometió la infracción, así como que era en realidad el conductor, no responde a una argumentación lógica ni razonable que permita subsumir la conducta del recurrente en el tipo aplicado. En efecto, ni la norma exigía expresamente que se facilitaran estos concretos datos, aun tratándose de una persona residente en el extranjero, ni, conforme al modelo de argumentación aceptados en la comunidad jurídica, cabe extraer tal exigencia de la misma, una vez que se había indicado a la Administración el nombre, los dos apellidos, el número de permiso de conducir y el domicilio del conductor, lo que, en principio y sin que las circunstancias concurrentes permitan presumir otra cosa, dada la inactividad de la Administración, parece, por una parte, que supone una respuesta congruente con el deber de identificar a una persona impuesto por el art. 72.3 LSV y, por otra, que

es suficiente con la finalidad de la exigencia legal, que es la de permitir a la Administración dirigir eventualmente contra esa persona un procedimiento sancionador (STC 197/1995, de 21 de diciembre, FJ 7)» (STC 54/2008, FJ 6).

Por lo demás, frente al argumento utilizado por la resolución dictada en el procedimiento contencioso-administrativo, que estima conforme con el precepto indicado que, en los casos como el presente, en los que el conductor infractor reside fuera de España, el deber probatorio se extienda a la acreditación, si quiera sea de forma indiciaria, de que tal persona se encontraba en la fecha en la que se cometió la infracción en el lugar de la misma, hay que reiterar con la Sentencia citada que no «pued[er] inferirse en modo alguno de aquel precepto legal un distinto régimen en la obligación de identificar al conductor responsable de la infracción en función de que resida o no en el extranjero» (STC 54/2008, de 1 de abril, FJ 6).

A lo que hay que añadir que la inactividad de la Administración, en orden a comunicarse con quien fue identificado como infractor, hace irrelevante el hecho puesto de manifiesto en el trámite de alegaciones del presente recurso de amparo por parte de la representación procesal del Ayuntamiento de Madrid, en el sentido de que el domicilio del conductor infractor señalado en el primer requerimiento atendido por la recurrente no concuerda con el que consta en la fotocopia de la licencia de conducir aportada posteriormente, pues lo cierto es que la Administración no ha intentado practicar notificación en ninguno de ellos. Siendo esto así, difícilmente puede sostenerse que la identificación realizada por la demandante no haya sido veraz.

A la vista de lo expuesto, cabe afirmar que no existe en ambas resoluciones argumentación razonable que permita subsistir la conducta de la recurrente en el

tipo previsto por el art. 72.3 LSV. Por lo tanto, la exigencia de que junto con la identificación del conductor infractor se acredite o pruebe su efectiva estancia en el lugar y fecha en la que se cometió la infracción supone una extensión del contenido del precepto que ha de reputarse contraria al principio de legalidad sancionadora (art. 25.1 CE).

## FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Estimar la demanda de amparo promovida por doña Teresa Juste Picón y, en su virtud:

1.º Declarar vulnerado el derecho de la recurrente en amparo a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE).

2.º Restablecerla en su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad de la resolución del Ayuntamiento de Madrid, de 7 de marzo de 2005, recaída en el expediente núm. 34/33280241.3, sobre incumplimiento por el propietario de un vehículo a motor del deber de identificar al conductor responsable de una infracción de tráfico, así como la de la Sentencia núm. 444/2005, de 19 de diciembre, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 11 de Madrid, recaída en el procedimiento abreviado núm. 309-2005.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a diecinueve de julio de dos mil diez.—Vicente Conde Martín de Hijas.—Elisa Pérez Vera.—Eugeni Gay Montalvo.—Ramón Rodríguez Arribas.—Pascual Sala Sánchez.—Firmado y rubricado.

---

**Sentencia 37/2010, de 19 de julio de 2010**

**Sala Segunda**

Recurso de amparo 8312-2006. Promovido por don Javier Moreno Moraga respecto a las Sentencias de la Audiencia Provincial y de un Juzgado de lo Penal de Madrid que le condenaron por una falta en el ejercicio de la profesión médica. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a la legalidad penal: apreciación sobre la prescripción de la falta que no ofrece una tutela reforzada de la libertad personal del acusado al interpretar la ley vigente (SSTC 63/2005 y 29/2008). («BOE» núm. 192 de 9 de agosto de 2010)

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Vicente Conde Martín de Hijas, Presidente, doña Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo, don Ramón Rodríguez Arribas y don Pascual Sala Sánchez, Magistrados, ha pronunciado

**EN NOMBRE DEL REY**

la siguiente

**SENTENCIA**

En el recurso de amparo núm. 8312-2006, promovido por don Javier Moreno Moraga, representado por la Procuradora de los Tribunales doña Almudena Gil Segura y asistido por el Letrado don Ricardo Ibáñez Castresana, contra la Sentencia de la Sección Decimoséptima de la Audiencia Provincial de Madrid, de 29 de junio de 2006, que confirmó en apelación la Sentencia núm. 409/2005, de 18 de octubre, del Juzgado de lo Penal núm. 15 de Madrid, dictada en autos de procedimiento abreviado núm. 48-2005 por delito de imprudencia profesional. Han comparecido y formulado alegaciones

doña Rosa Corrales Díaz, representada por la Procuradora de los Tribunales doña Cayetana Zulueta Luchsinger y asistida por la Letrada doña Inés González Méndez, y el Ministerio Fiscal. Ha actuado como Ponente el Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas, quien expresa el parecer de la Sala.

**I. Antecedentes**

1. Mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el día 5 de septiembre de 2006, doña Almudena Gil Segura, Procuradora de los Tribunales, en nombre y representación de don Javier Moreno Moraga, interpuso recurso de amparo contra la resolución judicial a la que se ha hecho mención en el encabezamiento de esta Sentencia.

2. En la demanda de amparo se recoge la relación de antecedentes fácticos que a continuación sucintamente se extracta:

a) El Juzgado de lo Penal núm. 15 de Madrid dictó la Sentencia 409/2005, de 18 de octubre, en la que condenó al recurrente en amparo como autor de una falta por imprudencia simple en el ejercicio de su profesión médica (art. 621.3 CP).

b) El demandante de amparo interpuso recurso de apelación contra la anterior Sentencia, que fue desestimado por Sentencia de la Sección Decimoséptima de la Audiencia Provincial de Madrid, de 29 de junio de 2009, que rechazó entre otras alegaciones, la relativa a la prescripción de la falta por la que había sido condenado, ya que la querrela había sido presentada por la comisión de un delito y no de una falta.

3. En la fundamentación jurídica de la demanda de amparo se invoca la vulneración de los derechos fundamentales que a continuación se exponen.

a) Vulneración de los arts. 24 y 25 CE. Bajo la invocación de los citados preceptos constitucionales se argumenta que el plazo de prescripción de seis meses que para las faltas establece el Código penal opera ipso iure y no puede quedar al arbitrio de las partes. En este caso debió decretarse la prescripción de la falta, pues cuando la querrela se presentó había transcurrido con creces el plazo de seis meses que al respecto señala el art. 131.2 CP. El art. 132 CP precisa que dicho plazo se computa desde que se cometió la infracción y que la prescripción se interrumpe cuando el procedimiento se dirige contra el culpable. Basta con leer con un mínimo detalle los autos para comprobar que concurre la causa de absolución penal alegada, dado que la operación que motivó la querrela tuvo lugar el día 3 de julio de 2000 y ésta se presentó casi dos años después, siendo admitida a trámite por Auto de 15 de abril de 2002.

En apoyo de este motivo de amparo se cita y reproduce en la demanda la doctrina de la STC 63/2005, de 14 de marzo, así como diversas Sentencias de distintas Audiencias Provinciales.

b) Vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE). Se aduce en la demanda que la Sentencia del Juzgado de lo Penal no ha valorado los hechos de una forma correcta y ha conferido más valor al testimonio del acusador que al del recurrente en amparo, sin que concurrieran los requisitos exigidos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo para dotar a aquel testimonio de plena credibilidad como prueba de cargo, pues resultaba poco creíble a la vista de las circunstancias. Asimismo, no se sabe por qué el órgano judicial ha optado por el criterio de uno de los peritos en vez por el de los otros que depusieron en el acto del juicio, fijando una indemnización de 24000 € y 3000 €, respectivamente, por una queratitis que era previa a la operación.

No hay un solo hecho que acredite la conducta culposa del recurrente en amparo, pues el Juez ha realizado una inferencia de culpabilidad a partir del hecho de que existe un mal resultado, cuando ello no supone una mala praxis, ni por los peritos se ha afirmado que hubiera resultado acreditada, debiendo absolverse cuando no hay indicio claro e indudable de la conducta delictiva. El Juez ha confundido las supuestas secuelas (fruto de una complicación cuyo riesgo aceptó la cliente) de la paciente, no acreditadas en su mayoría, con una mala praxis. No ha existido imprudencia, ya que para que ésta se produzca es necesario que en el tratamiento efectuado a la paciente se incida en conductas descuidadas de las que resulte un proceder irreflexivo, la falta de adopción de cautelas de generalizado uso o la ausencia de pruebas, investigaciones o verificaciones precisas como imprescindibles para seguir el curso del estado del paciente, exigiéndose por tanto un error inexcusable en su actuar de modo tal que la ausencia de pericia atribuida al médico ha de ser de naturaleza extraordinaria —incluso grosera— y excepcional, en cuanto indicativa de un proceder irreflexivo, estimándose por tal conducta que falta a la más elemental prudencia de la persona menos cuidadosa y previsora. Estas circunstancias en modo alguno se han dado en la conducta del recurrente en amparo, quien actuó con la debida diligencia y empleando todos los medios necesarios para las intervenciones y tratamientos a las que sometió a la querellante. No puede hablarse, por tanto, de una imprudencia grave en la conducta del demandante de amparo. Tampoco cabe apreciar en ella la existencia de una imprudencia leve, ya que en su actuación se ajustó en todas sus pautas a la *lex artis* de su profesión, sin perjuicio de que el resultado final no fuera el deseado.

La tipificación de la conducta del recurrente como una falta de lesiones es

contraria a la lógica jurídica y a la presunción de inocencia. No debe confundirse la realidad naturalística o física con su valoración jurídica. No es lo mismo un resultado físico de lesión, en sentido natural, que un resultado penalmente típico de lesión. Aun si se estimara que la operación no obtuvo el resultado debido por hecho imputable al recurrente, no por ello cabe concluir que se ha realizado el tipo de lesiones por imprudencia. De tal circunstancia no cabe extraer otra conclusión que la de que de la acción del demandante de amparo se han derivado unos resultados físicos. Sin embargo, tales resultados físicos en modo alguno pueden ser penalmente típicos, es decir, constitutivos del hecho penal imprudente. En efecto, tales resultados están descritos ampliamente en la literatura científico-médico-estética como resultados típicos, como efectos secundarios normales, que desaparecen en un plazo variable, y ante los que no caben medidas preventivas. Al tratarse de resultados inevitables, jurídicamente son casos fortuitos y no integran el tipo penal del delito imprudente.

La demanda concluye suplicando del Tribunal Constitucional que, tras los trámites pertinentes, dicte Sentencia en la que se otorgue el amparo solicitado y se declare la nulidad de la Sentencia de la Sección Decimoséptima de la Audiencia Provincial de Madrid, de 29 de junio de 2006, la suspensión de cuya ejecución se interesa, de conformidad con lo dispuesto en el art. 56 LOTC.

4. La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, por providencia de 1 de julio de 2008, admitió a trámite la demanda y, en aplicación de lo dispuesto en el art. 51 LOTC, acordó dirigir atentas comunicaciones a la Sección Decimoséptima de la Audiencia Provincial de Madrid y al Juzgado de lo Penal núm. 15 de Madrid, a fin de que, en plazo que no excediera de diez días, remitieran, respectivamente, certificación o fotocopia verdadera de las actuaciones correspondientes al recurso

de apelación núm. 77-2006 y al procedimiento abreviado núm. 48-2005, debiendo previamente el Juzgado de lo Penal emplazar a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, a excepción del demandante de amparo, para que si lo deseasen pudieran comparecer en el plazo de diez días en este recurso.

5. La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, por providencia de 1 de julio de 2008, acordó formar la oportuna pieza para la tramitación del incidente sobre la suspensión y, de conformidad con lo dispuesto en el art. 56 LOTC, conceder un plazo común de tres días a la parte recurrente y al Ministerio Fiscal para que alegasen lo que estimasen procedente sobre dicha suspensión.

Evacuado el trámite de alegaciones conferido, la Sala por ATC 385/2008, de 15 de diciembre, denegó la suspensión solicitada.

6. Por diligencia de ordenación de la Secretaría de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, de 4 de mayo de 2009, se tuvo por personado y parte en el procedimiento a la Procuradora de los Tribunales doña Cayetana Zulueta Luchsinger, en nombre y representación de doña Rosa Corrales Díaz, y se dio vista de las actuaciones recibidas a las partes personadas y al Ministerio Fiscal, por plazo común de veinte días, dentro del cual pudieron presentar las alegaciones que tuvieron por oportuno, de conformidad con lo que determina el art. 52.1 LOTC.

7. El Ministerio Fiscal evacuó el trámite de alegaciones conferido mediante escrito registrado en fecha 28 de mayo de 2009, que, en lo sustancial, a continuación se resume.

a) En relación con la prescripción de la falta por la que ha sido condenado el recurrente en amparo, el Ministerio Fiscal señala que la Sentencia de apelación rechazó la prescripción extintiva de la responsabilidad criminal porque el procedimiento se había seguido y enjuiciado por

delito, por lo que el cómputo de los plazos para estimar la concurrencia de la prescripción había de realizarse en relación con el delito inicialmente imputado. En su opinión, tal modo de razonar no puede ser admitido, pues, de una parte, se desconoce la reiterada doctrina de este Tribunal de que los procesos sólo pueden iniciarse dentro del término previa y legalmente acotado, y, por otra parte, se contraviene la doctrina del Tribunal Supremo sobre la materia, de conformidad con la cual, en el concreto supuesto que ahora interesa, esto es, causa seguida por una infracción criminal inicialmente calificada como delito aunque finalmente sentenciada como falta, el plazo de prescripción es el de las faltas, es decir, el de seis meses, que se ha de computar desde la fecha de comisión de la falta hasta que se dirija el procedimiento contra el culpable. Sólo si la iniciación del procedimiento se ha producido dentro de dicho plazo y la causa se sigue por delito rigen los plazos de este último.

La Sentencia de la Audiencia Provincial aplica de modo sesgado la doctrina del Tribunal Supremo, con olvido de que si el hecho es falta, con independencia del título de imputación, el procedimiento ha de iniciarse dentro del término de seis meses de prescripción de las faltas. Este modo de proceder desconoce los fines de la prescripción y permite que por el mero hecho de calificar unos hechos como constitutivos de una infracción criminal de mayor gravedad se sigan unos plazos de prescripción que permitan la iniciación y prosecución procesal cuando los hechos ya están prescritos, otorgando a la indiligencia de las partes acusadoras la virtualidad de formular de forma no temporánea sus pretensiones punitivas, obviando, en contra del inculgado, los plazos de prescripción legalmente establecidos.

b) Respecto a la denunciada vulneración del derecho a la presunción de inocencia, el Ministerio Fiscal argumenta

que la Sentencia del Juzgado de lo Penal contiene en su fundamento de Derecho tercero un extenso relato de la totalidad de la prueba practicada, que ha consistido en diversas testificales, periciales y documentales. En el siguiente fundamento de Derecho se explica también de forma pormenorizada por qué se estiman acreditados los hechos por los que a la postre ha resultado condenado el demandante. Por su parte, la Audiencia Provincial confirma la valoración del material probatorio efectuada por el órgano de instancia.

Bajo la invocación del derecho a la presunción de inocencia, el demandante se queja no de la inexistencia de prueba de cargo, sino de su valoración, del tanto al que ha ascendido la indemnización concedida a la perjudicada y de la calificación jurídica de los hechos. Frente a lo sostenido por él, ha de afirmarse que la Sentencia de instancia analizó profusamente el material probatorio y explicó de modo razonado por qué entendió acreditada la existencia de una incorrecta praxis médica atribuible al recurrente. El órgano judicial consideró que hubo una excesiva incisión en la piel de la querellante y que ello desencadenó las consecuencias perjudiciales que padeció, basando su conclusión en dos pruebas periciales médicas, descartando otras dos y explicando la razón de ello. Nada hay en el extenso razonamiento judicial que puede ser reprochable desde el punto de vista constitucional, pues se examinan de forma lógica y coherente las distintas pruebas de cargo y de descargo practicadas, llegándose a la conclusión de que el resultado habido fue producto de un actuar indiligente del recurrente y no una mera consecuencia indeseada y no previsible de una actuación médica respetuosa con la *lex artis*. Hubo prueba de cargo y la misma fue valorada de forma razonada.

En cuanto a la indemnización por los daños fijada en la Sentencia, la valoración del Ministerio Fiscal en el proceso a

quo no constituye un parámetro suficiente para combatir la razonabilidad de la cifra finalmente concedida. Tampoco puede ser atendida la protesta por la incorrecta subsunción jurídica de los hechos, queja ajena al derecho fundamental invocado, dado que se construye negando los hechos acreditados.

El Ministerio Fiscal concluye su escrito de alegaciones interesando del Tribunal Constitucional que dicte Sentencia en la que se otorgue el amparo solicitado por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), se anulen las Sentencias del Juzgado de lo Penal núm. 15 de Madrid núm. 409/2005, de 18 de octubre, y de la Sección Decimoséptima de la Audiencia Provincial de Madrid, de 19 de junio de 2006, retrotrayendo las actuaciones al momento anterior al dictado de la primera Sentencia a fin de que se dicte una nueva resolución respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

8. La representación procesal del recurrente en amparo evacuó el trámite de alegaciones conferido mediante escrito registrado en fecha 1 de junio de 2009, en el que en lo sustancial se ratificó en las ya formuladas en la demanda.

9. La representación procesal de doña Rosa Corrales Díaz, evacuó el trámite de alegaciones conferido mediante escrito registrado en fecha 8 de junio de 2009, que, en lo sustancial, a continuación se resume.

a) Considera que la infracción penal no había prescrito, puesto que los hechos fueron en todo momento investigados y enjuiciados como delito y no como falta, aunque finalmente se condenó al recurrente en amparo como autor de una falta. Por consiguiente es claro que el plazo de prescripción aplicable es el de los delitos y no el de las faltas, tal y como establece una consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo. De acuerdo con la referida jurisprudencia del Tribunal Supremo en aquellos casos en que los he-

chos hayan sido perseguidos como delito, la circunstancia de que finalmente sean calificados como una falta en la Sentencia en nada afecta a los plazos de prescripción, que siguen siendo los correspondientes al delito y no los de la falta (SSTS 250/2006, de 15 de junio; 505/2005, de 14 de abril; 17 de junio de 2002; 20 de diciembre de 2000; 8 de marzo de 1999; 17 de octubre de 1998; 17 de octubre de 1997).

Es evidente que el plazo de prescripción aplicable al caso es el de tres años previsto para la prescripción de los delitos menos graves (art. 131 CP) y no el de seis meses establecido para las faltas, pues el proceso se tramitó por delito y no por falta. Esta fue precisamente la respuesta que el recurrente recibió de la Audiencia Provincial a su alegación referida a la prescripción de la infracción penal, en cuya Sentencia se hace referencia expresa al criterio jurisprudencial del Tribunal Supremo. Así pues, la respuesta que recibió del órgano de apelación en relación con la infracción no puede calificarse de arbitraria, sino de razonadamente fundada, por lo que no puede prosperar la queja actora.

b) Tampoco ha resultado vulnerado el derecho a la presunción de inocencia del recurrente, puesto que la condena se ha fundado en una racional, motivada y coherente valoración de la prueba practicada, que el Juzgado de lo Penal explica con todo detalle en su Sentencia y de la que infiere la impericia profesional del demandante de amparo, corroborando la Audiencia Provincial la conclusión a la que aquél había llegado. La condena se fundó, como se pormenoriza en la Sentencia de instancia, en los dos informes de los peritos judiciales, a partir de los cuales el órgano judicial consideró que había existido una mala praxis en la actuación profesional del recurrente en amparo, al decidir por su cuenta y riesgo una intervención no consentida ni querida por doña Rosa Corrales Díaz. En realidad,



bajo la invocación del mencionado derecho fundamental, lo que el actor pretende es convertir al Tribunal Constitucional en una tercera instancia, que revise la valoración que de la prueba practicada han realizado los órganos judiciales.

Concluye su escrito de alegaciones suplicando del Tribunal Constitucional la desestimación de la demanda de amparo, con la condena en costas de este recurso para la contraparte.

10. Por providencia de 15 de julio de 2010, se señaló para la deliberación y votación de la presente Sentencia el día 19 del mismo mes y año.

## II. Fundamentos jurídicos

1. La presente demanda de amparo tiene por objeto la impugnación de la Sentencia de la Sección Decimoséptima de la Audiencia Provincial de Madrid de 29 de junio de 2006, que confirmó en apelación la Sentencia núm. 1409/2005, de 18 de octubre, del Juzgado de lo Penal núm. 15 de Madrid, por la que se condenó al recurrente en amparo como autor de una falta de imprudencia médica de carácter leve con el resultado de lesiones y secuelas constitutivas de delito (art. 621.3 del Código penal, en adelante CP).

El demandante sostiene, en primer término, que la Sentencia recurrida infringe los arts. 24 y 25 CE, al no haber apreciado la prescripción de la falta por la que ha sido condenado, pues cuando se presentó la querrela por los hechos enjuiciados ya había transcurrido con creces el plazo de seis meses que para la prescripción de las faltas establece el art. 131.2 CP, cuyo cómputo ha de iniciarse desde el día en que se ha cometido la infracción punible (art. 132 CP). También considera que ha sido vulnerado su derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), ya que no se ha valorado de una forma correcta la prueba practicada y se ha errado en la

tipificación de los hechos, fijándose una indemnización a favor de la víctima que considera excesiva.

El Ministerio Fiscal se pronuncia a favor de la estimación del recurso de amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), al no haber apreciado la Audiencia Provincial la prescripción de la falta por la que ha sido condenado el demandante. Argumenta al respecto, en síntesis, que, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo, cuando el hecho delictivo es constitutivo de una falta el procedimiento ha de iniciarse dentro de plazo de seis meses que para la prescripción de las faltas establece el art. 131.2 CP, con independencia del título de imputación durante el procedimiento. Por el contrario, descarta la denunciada lesión del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), al haber existido suficiente prueba de cargo valorada de forma razonada, así como las quejas relativas a la supuesta irrazonabilidad de la indemnización fijada y a la incorrecta subsunción jurídica de los hechos.

La representación procesal de doña Rosa Corrales Díaz se opone a la estimación de la demanda de amparo. Rechaza la prescripción de la falta por la que ha sido condenado el recurrente, ya que los hechos fueron investigados y enjuiciados como delito y no como falta, por lo que el plazo de prescripción aplicable es el de los delitos menos graves y no el de las faltas. Asimismo, considera que no ha resultado vulnerado el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), puesto que la condena se ha fundado en una racional, motivada y coherente valoración de la prueba practicada.

2. Delimitadas en los términos expuestos las cuestiones planteadas en el presente proceso de amparo, nuestro enjuiciamiento ha de comenzar, en virtud del diferente efecto y alcance que tendrá la eventual estimación de las vulnera-

ciones constitucionales aducidas, por la denunciada infracción de los arts. 24 y 25 CE, por no haber apreciado la Audiencia Provincial la prescripción de la falta por la que ha sido condenado el demandante de amparo, dado que, como consecuencia de su supuesta estimación, resultaría en principio innecesario un pronunciamiento de este Tribunal sobre las otras lesiones alegadas (STC 63/2005, de 14 de marzo, FJ 2). Procede, pues, recordar, siquiera brevemente, la doctrina constitucional sentada por este Tribunal acerca del alcance del control externo que podemos ejercer sobre las resoluciones judiciales dictadas en materia de prescripción penal.

a) De acuerdo con la mencionada doctrina constitucional, la apreciación en cada caso concreto de la concurrencia o no de la prescripción como causa extintiva de la responsabilidad criminal es, en principio, una cuestión de legalidad que en origen corresponde decidir a los Tribunales ordinarios y que carece, por su propio contenido, de relevancia constitucional, lo que no significa, sin embargo, que cualquiera que sea la decisión que se adopte en materia de prescripción en el proceso penal sea irrevisable a través del recurso de amparo, sino que, por el contrario, la aplicación de dicho instituto en el caso concreto puede ser objeto de examen constitucional en sede de amparo. Y ello porque la «prescripción penal, institución de larga tradición histórica y generalmente aceptada, supone una autolimitación o renuncia del Estado al ius puniendi por el transcurso del tiempo, que encuentra también fundamentos en principios y valores constitucionales, pues toma en consideración la función de la pena y la situación del presunto inculpado, su derecho a que no se dilate indebidamente la situación que supone la virtual amenaza de una sanción penal; a lo que añadíamos que dicho instituto «en general, encuentra su propia justificación constitucional en el prin-

cipio de seguridad jurídica», si bien, por tratarse de una situación de libre configuración legal, no cabe concluir que su establecimiento suponga una merma del derecho de acción de los acusadores ..., ni que las peculiaridades del régimen jurídico que el legislador decida adoptar —delitos a los que se refiere, plazos de prescripción, momento inicial de cómputo del plazo o causas de interrupción del mismo— afecten, en sí mismas consideradas, a derecho fundamental alguno de los acusados» (STC 63/2005, de 14 de marzo, FJ 2; en el mismo sentido, SSTC 29/2008, de 20 de febrero, FJ 7; 79/2008, de 14 de julio, FJ 2, y resoluciones en ellas citadas).

b) Por lo que se refiere a la determinación del canon aplicable para proceder, en su caso, a la revisión de una decisión judicial apreciando o negando la existencia de prescripción, hemos declarado que es el propio del art. 24 CE, en cuanto exige para entender otorgada la tutela judicial efectiva que la pretensión sea resuelta mediante una resolución que sea razonada, es decir, basada en una argumentación no arbitraria, ni manifiestamente irrazonable, ni incurra en error patente. Ahora bien, dada la trascendencia de los valores constitucionales en juego en la aplicación del Derecho penal, hemos señalado que el estándar de las exigencias derivadas del deber de motivación es más riguroso en estos casos, por tratarse de supuestos en los que están en juego otros derechos fundamentales, ya que, en efecto, no puede desconocerse que la decisión judicial desestimatoria de la prescripción extintiva de una infracción penal abre paso a la posibilidad de dictar una Sentencia condenatoria que, por su propio contenido, supone la privación de bienes jurídicos protegidos constitucionalmente, pues descarta que concurra uno de los supuestos en los que el legislador ha establecido una renuncia o autolimitación del Estado al ius puniendi por el transcurso del tiempo. La trascen-

dencia de aquellos valores en juego exige, en este ámbito, tanto la exteriorización del razonamiento por el que se estima que no concurre el supuesto previsto en la ley, como que el mismo se manifieste a través de una motivación en la que, más allá de su carácter razonado, sea posible apreciar un nexo de coherencia entre la decisión adoptada, la norma que le sirve de fundamento y los fines que justifican la institución. Por lo tanto, la decisión, por la que se desestima una pretensión de prescripción de una infracción penal no puede, pues, limitarse a una simple verificación o cómputo del tiempo transcurrido desde la comisión del hecho delictivo en cuestión, ni a un mero cotejo de ese lapso temporal con el plazo de prescripción legalmente establecido, sino que, al afectar a los derechos fundamentales a la libertad y a la legalidad penal de quien invoca la causa extintiva de la responsabilidad penal, debe contener un razonamiento expresivo de los elementos tomados en cuenta por el órgano judicial al interpretar las normas relativas a la institución —que, por otra parte, distan mucho de ser diáfanas—, en el entendimiento de que esa interpretación debe estar presidida por la ratio legis o fin de protección de dichas normas. De manera que no resultará suficiente un razonamiento exclusivamente atento a no sobrepasar los límites marcados por el tenor literal de los preceptos aplicables, sino que es exigible una argumentación axiológica que sea respetuosa con los fines perseguidos por el instituto de la prescripción penal (SSTC 63/2005, de 14 de marzo, FJ 3; 29/2008, de 20 de febrero, FJ 7; 60/2008, de 26 de mayo, FJ 8; 79/2008, de 14 de julio, FJ 2; 129/2008, de 27 de octubre, FJ 8).

c) En relación con los fines de la institución, este Tribunal tiene declarado que lo que el establecimiento de un plazo temporal para que el Estado pueda proceder a perseguir las infracciones penales persigue a su vez es que no se produzca

una latencia sine die de la amenaza penal que genere inseguridad en los ciudadanos respecto del calendario de exigencia de responsabilidad por hechos cometidos en un pasado más o menos remoto; o, dicho con otras palabras, el plazo de prescripción toma en consideración la función de la pena y la situación del presunto inculgado, su derecho a que no se dilate indebidamente la situación que supone la virtual amenaza de una sanción penal. De manera que lo que la existencia de la prescripción penal supone es que la infracción penal tiene un plazo de vida, pasado el cual se extingue toda posibilidad de exigir responsabilidades por razón de su comisión. Pero también obedece a la esencia de la propia amenaza penal, que requiere ser actuada de forma seria, rápida y eficaz, a fin de lograr satisfacer las finalidades de prevención general y de prevención especial que se le atribuyen. Para lograr esa inmediatez no basta con la prohibición de dilaciones indebidas en el procedimiento sino que el legislador penal ha acudido a un instrumento más conminatorio, por el que se constriñe a los órganos judiciales a iniciar el procedimiento dentro del término previa y legalmente acotado o a olvidarlo para siempre.

Los plazos de prescripción responden pues, esencialmente, a un deseo de aproximación del momento de la comisión de la infracción penal al momento de imposición de la pena legalmente prevista, dado que sólo así pueden satisfacerse adecuada y eficazmente las finalidades antes mencionadas. Ni que decir tiene que ese deseo conlleva una incitación a los órganos judiciales y a los acusadores públicos y privados a actuar diligentemente a fin de no demorar el inicio de la persecución penal. La diligencia del Juez y de la parte acusadora también es, por consiguiente, una de las finalidades que con carácter inmediato persigue la prescripción penal, en el entendimiento de que toda negligencia de uno y otra

conduce a favorecer al supuesto delincuente con la eventual impunidad de su conducta (SSTC 63/2005, de 14 de marzo, FJ 4; 79/2008, de 14 de julio, FJ 2).

3. A la luz de la doctrina constitucional expuesta ha de ser examinada la queja del recurrente en amparo.

Según resulta del examen de las actuaciones, la representación procesal de doña Rosa Corrales Díaz, quien comparece como demanda en este proceso de amparo, interpuso en fecha 1 de marzo de 2002 querrela contra el recurrente en amparo por presunto delito de lesiones por imprudencia grave profesional (art. 152.1.2 o, alternativamente, art. 125.1.3, CP). En el escrito de querrela se especificaba que los hechos causantes de las lesiones sufridas, producto de una intervención quirúrgica realizada por el acusado a la víctima, se produjeron el día 3 de julio de 2000.

El Juzgado de Instrucción núm. 11 de Madrid por Auto de 5 de marzo de 2002, al poder constituir los hechos objeto de la querrela una infracción penal, acordó, de conformidad con lo dispuesto en el art. 789.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim), instruir diligencias previas y practicar las necesarias a fin de determinar la naturaleza y las circunstancias de tales hechos, así como las personas que en ellos habían intervenido. Por posterior Auto de 15 de abril de 2002, el Juzgado, al poder ser los hechos denunciados constitutivos de un delito de imprudencia médica, admitió a trámite la querrela. Practicadas las diligencias estimadas necesarias, el Juzgado, por Auto de 22 de julio de 2003, al poder ser los hechos denunciados constitutivos de un delito de lesiones por imprudencia, comprendido en los arts. 14 y 779.1.4 LECrim, acordó continuar la tramitación de las diligencias previas por los trámites del procedimiento abreviado, dando traslado al Ministerio Fiscal y a la acusación particular, a fin de que, en el plazo de diez

días, pudieran formular escrito de acusación solicitando la apertura de juicio oral o instar el sobreseimiento de la causa.

La acusación particular presentó escrito de acusación calificando los hechos como constitutivos de un concurso ideal de delitos entre un delito de menoscabo en la integridad corporal y en la salud física (art. 147.1, en relación con el art. 152.1.1, CP), un delito de lesiones con resultado de deformidad (art. 150, en relación con el art. 152.1.3, CP) y un delito de intrusismo (art. 403.1 CP), solicitando las penas de dos años de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión por cuatro años, así como la condena en costas y una indemnización de 120.202 €. En el acto del juicio elevó estas conclusiones a definitivas.

Por su parte el Ministerio Fiscal presentó escrito de acusación considerando los hechos constitutivos de una falta de lesiones y no de un delito. En el acto del juicio los calificó como constitutivos de una falta de imprudencia del art. 621.3 CP, interesando la pena de multa de veinte días a razón de 12 € de cuota diaria y una indemnización para la querrelante de 12.000 €.

El Juzgado de lo Penal núm. 15 de Madrid dictó la Sentencia núm. 409/2005, de 18 de octubre, en la que calificó los hechos imputados al recurrente en amparo como constitutivos de una falta de imprudencia leve causante de lesión constitutiva de delito (art. 621.3 CP), condenándole a la pena de treinta días de multa a razón de 12 € de cuota diaria con responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas insatisfechas, así como a indemnizar a doña Rosa Corrales Díaz en 24.000 € por daño moral, en 3.000 € por secuelas y en la cantidad que se fije en ejecución de Sentencia por los gastos que originen las futuras intervenciones quirúrgicas y demás gastos o perjuicios.

El demandante de amparo interpuso recurso de apelación contra la anterior Sentencia, en el que, a los efectos que a este recurso de amparo interesan, alegó, entre otros motivos, la infracción del art. 131.2 CP por prescripción manifiesta de la falta a la que había sido condenado.

La Sección Decimoséptima de la Audiencia Provincial de Madrid dictó Sentencia en fecha 29 de junio de 2006, en la que desestimó el recurso de apelación interpuesto por el recurrente en amparo y confirmó la Sentencia de instancia. La Sala rechazó la denunciada prescripción de la falta por el transcurso de casi dos años desde la comisión de los hechos —3 de julio de 2000— hasta la presentación de la querrela —15 de marzo de 2002—, porque «el procedimiento se ha seguido por delito, enjuiciándose conforme a la petición que por delito realizaban tanto la Acusación Particular como el Ministerio Fiscal, siendo posteriormente en el acto del plenario, en el momento de elevar las conclusiones a definitivas, cuando las mismas son modificadas con la calificación de falta de imprudencia del artículo 621.3 por parte del Ministerio Público, siendo incuestionable que el cómputo de los plazos para estimar la concurrencia de la prescripción ha de realizarse en relación con el delito inicialmente imputado, ya que dicho delito es el que da lugar al proceso ha sido considerado desde el comienzo como supuesto hecho delictivo y no una simple falta (STS de 17 de octubre de 1997)» (fundamento de Derecho primero).

4. Dos elementos fácticos han de destacarse del precedente relato de las actuaciones judiciales. De una parte, como se afirma expresamente en la Sentencia de apelación, que entre la fecha de comisión de los hechos constitutivos de infracción penal —3 de julio de 2000— y la presentación de la querrela por la acusación particular —1 de marzo de 2002— y su admisión a trámite —15 de abril de 2002— habían transcurrido casi dos

años, o, con otras palabras, se había sobrepasado con creces el plazo de seis meses que para la prescripción de las faltas establece el art. 131.2 CP. De otra parte, que la causa se tramitó por el procedimiento abreviado para delitos (libro IV, título II LECrim), aunque el demandante de amparo fuese finalmente condenado como autor de una falta prevista y tipificada en el art. 621.3 CP.

La Audiencia Provincial incurre en el razonamiento que dedica a la prescripción alegada por el demandante de amparo en un error material, al considerar que el Ministerio Fiscal había calificado inicialmente los hechos como constitutivos de delito y que fue en el acto del plenario, al elevar sus conclusiones a definitivas, cuando los calificó como constitutivos de un falta de imprudencia del art. 621.3 CP, pues consta en las actuaciones, y así se recoge en la Sentencia del Juzgado de lo Penal, que el Ministerio Fiscal ya en el escrito de acusación calificó los hechos imputados al recurrente como constitutivos de una falta. Sin embargo, a este error no puede conferírsele trascendencia constitucional alguna, ya que no constituye la *ratio decidendi* de la desestimación de la prescripción de la falta por la que ha sido condenado el recurrente. La decisión de la Audiencia Provincial se funda en la consideración de que al habersele imputado al demandante de amparo un delito y seguirse la causa por el procedimiento para los delitos el plazo de prescripción es el correspondiente al delito inicialmente imputado, aunque los hechos hayan sido finalmente considerados y penado por los órganos judiciales como constitutivos de una falta. En apoyo de este razonamiento cita la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1997.

Ahora bien, no sólo son distintos los supuestos objeto de la Sentencia recurrida en amparo y de la Sentencia del Tribunal Supremo que se cita en ésta,

como permite apreciar su lectura, pues en aquélla el motivo de casación basado en la prescripción de la falta devino superfluo, sino que además y principalmente ha de señalarse que la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo viene manteniendo sobre la prescripción de las faltas cuando se persiguen en un procedimiento por delito una doctrina consolidada, radicalmente distinta a la reflejada en la Sentencia impugnada en amparo. En efecto, en supuestos como el que nos ocupa —plazo de prescripción desde la fecha de comisión de la infracción hasta que se dirige el procedimiento contra el culpable—, el Tribunal Supremo viene manteniendo que las faltas prescriben a los seis meses, plazo que establece el art. 131.2 CP, sin que a ello sea óbice la presentación posterior de una querrela por supuesto delito o la deducción de posterior testimonio, pues si la falta prescribió por el transcurso de seis meses desde su comisión sin que se hubiese iniciado procedimiento alguno contra sus autores, la formulación ulterior de una querrela o la deducción de un testimonio calificándolo como delito no puede revivir una responsabilidad penal que ya se ha extinguido por imperativo legal, de modo que si la Sentencia definitiva declara el hecho falta habrá que considerarlo prescrito por estarlo ya cuando el procedimiento se inició (STS 1444/2003, de 6 de noviembre, con cita de las SSTS 1181/1987, de 3 de octubre, y 879/2002, de 17 de mayo. En el mismo sentido, SSTS 1384/1999, de 8 de octubre; 505/2005, de 14 de abril; 592/2006, de 28 de abril; 311/2007, de 20 de abril, por todas).

Es evidente, como el Ministerio Fiscal pone de manifiesto, la falta de acomodación de la Sentencia recurrida a la doctrina del Tribunal Supremo sobre el plazo de prescripción de las faltas cuya prosecución se lleva a cabo por el procedimiento para los delitos, pues en este caso la prescripción se denunciaba por haber transcurrido el plazo de prescripción le-

galmente establecido desde la comisión de la infracción hasta que el procedimiento se dirigió contra el demandante de amparo, esto es, por no haberse iniciado el procedimiento antes de que hubiese transcurrido el plazo legalmente establecido de prescripción de la falta, de modo que, de conformidad con referida jurisprudencia, la falta habría de considerarse prescrita por el transcurso del plazo de prescripción de seis meses que establece el art. 131.2 CP. La Audiencia Provincial incurre en el error de aplicar al caso enjuiciado la doctrina del Tribunal Supremo para el supuesto del cómputo de la prescripción por paralización del procedimiento cuando éste se ha iniciado antes de que hubiera transcurrido el plazo de prescripción de la falta, en el que, a tenor de dicha doctrina, ha de estarse al título de imputación. No obstante, la evidente falta de adecuación de la Sentencia de la Audiencia Provincial a la doctrina del Tribunal Supremo no es por sí misma motivo suficiente para estimar vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente en amparo, de acuerdo con el canon de constitucionalidad aplicable a las decisiones judiciales sobre prescripción penal anteriormente determinado.

5. La Audiencia Provincial desestima la denunciada prescripción de la falta a la que ha sido condenado el recurrente en amparo, que ésta fundó en el transcurso del plazo de prescripción de seis meses que para faltas establece el art. 131.2 CP desde la comisión de la infracción penal hasta que el procedimiento se dirigió contra él (art. 132 CP), al considerar que al haberse seguido la falta por el procedimiento previsto para los delitos debía de estarse al plazo de prescripción del delito inicialmente imputado.

Desde la perspectiva que nos es propia, ciñendo nuestras consideraciones exclusivamente al concreto caso suscitado en la vía judicial previa, esto es, la posible prescripción de una falta cuando su persecución se realiza en un procedimiento

por delito por el transcurso del plazo de prescripción legalmente establecido desde la fecha de comisión de la infracción penal hasta que el procedimiento se dirige contra el culpable, esto es, por la no iniciación del procedimiento penal antes de que hubiera transcurrido el plazo legalmente establecido para la prescripción de la falta, ha de señalarse que el criterio interpretativo mantenido por la Audiencia Provincial no se compadece, de acuerdo con la doctrina constitucional de la que se ha dejado constancia en el fundamento jurídico 2, con la esencia y fundamento de la prescripción, ni satisface la exigencia constitucional de que toda decisión judicial adoptada en esta materia manifieste un nexo de coherencia con la norma que le sirve de fundamento y con los fines que justifican la existencia de esa causa extintiva de la responsabilidad penal.

El referido criterio interpretativo convierte en ilusorias las previsiones del art. 131.2 CP, que dispone que «las faltas prescriben a los seis meses», y del art. 132 CP que establece, a los efectos que ahora interesan, que dicho término se computará «desde que se haya cometido la infracción punible», y que «la prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra el culpable». Aunque no puede ser calificado como arbitrario, dicho criterio excede del propio tenor literal de aquellos preceptos, que en modo alguno condicionan el plazo de prescripción de las faltas y su cómputo al procedimiento que se hubiera seguido para su enjuiciamiento. La interpretación judicial plasmada en la Sentencia recurrida excede del más directo significado gramatical del tenor de los preceptos legales en este caso concernidos.

Se trata además de un criterio interpretativo que no resulta coherente con los fines que justifican la existencia de la prescripción. Hemos declarado en reso-

luciones anteriores que el establecimiento de un plazo de prescripción de los delitos y faltas no obedece a la voluntad de limitar temporalmente el ejercicio de la acción penal de denunciantes y querrelados (configuración procesal de la prescripción), sino a la voluntad inequívocamente expresada por el legislador penal de limitar temporalmente el ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado en atención a la consideración de que el simple transcurso del tiempo disminuye las necesidades de respuesta penal (configuración material de la prescripción) [SSTC 63/2005, de 14 de marzo, FJ 6; 29/2008, de 20 de febrero, FJ 12]. Si el fin o fundamento de la prescripción en materia punitiva reside en la «autolimitación del Estado en la persecución de los delitos o faltas», o, en otras palabras, si constituye «una renuncia o autolimitación del Estado al *ius puniendi*», que tiene como efecto no la prescripción de la acción penal para perseguir la infracción punitiva, sino la de esta misma, lógicamente, en supuestos como el que ahora nos ocupa, la determinación de las previsiones legales aplicables sobre la prescripción han de ser las correspondientes no al título de imputación, esto es, a la infracción penal que se imputa al acusado, inicialmente o a lo largo del procedimiento, sino a la infracción de la que resulta penalmente responsable, es decir, la infracción penal que hubiera cometido y por la que habría de ser condenado de no concurrir la prescripción como causa extintiva de la responsabilidad penal. De lo contrario, se haría recaer y soportar sobre la persona sometida a un proceso penal los plazos de prescripción correspondientes a una infracción penal que no habría cometido y de la que, por lo tanto, tampoco habría de ser responsable. La interpretación de la normativa reguladora de la prescripción efectuada por la Audiencia Provincial no resulta por tanto coherente con el fundamento material de la prescripción en los principios de seguridad jurídica, intervención mínima y ne-

cesidad preventivo-general y preventivo-especial de la pena.

Tampoco puede considerarse razonable una interpretación como la mantenida en la Sentencia de apelación que viene a dejar en última instancia la determinación de los plazos de prescripción en manos de los denunciadores o querellantes. En efecto, como señala el Ministerio Fiscal, la argumentación en la que la Audiencia Provincial funda la desestimación de la prescripción en este caso permite que por la mera circunstancia de que los denunciadores o querellantes califiquen los hechos objeto de denuncia o querrela como constitutivos de una infracción penal de mayor gravedad que la que realmente constituyen son de aplicación unos plazos de prescripción que permiten la iniciación y prosecución del proceso cuando los hechos ya están prescritos, otorgando de este modo a los denunciadores y querellantes la virtualidad de formular de forma extemporánea sus pretensiones punitivas, obviando, en contra del inculpado, los plazos de prescripción legalmente establecidos. La falta de coherencia de la situación a la que conduce el razonamiento de la Sentencia de apelación con los fines o fundamentos de la prescripción penal resulta en este extremo evidente a la vista de nuestra doctrina, según la cual los «plazos de prescripción de los delitos y de las penas son —como en forma unánime y constante admite la jurisprudencia— una cuestión de orden público, no estando por consiguiente a disposición de las partes acusadoras para que sean éstas quienes los modulen» (STC 63/2005, de 14 de marzo, FJ 10), resultando, por lo tanto, indisponibles para las partes actuantes en el procedimiento penal, toda vez que lo que prescribe, como ya hemos tenido ocasión de señalar, no es la acción penal para perseguir la infracción, sino esta misma.

Además no resulta una interpretación constitucionalmente admisible en cuanto

es una interpretación restrictiva contra reo carente del necesario rigor en relación con el tenor literal de la norma que le sirve de fundamento y con los fines de la prescripción. En este sentido, en modo alguno resulta ocioso recordar que este Tribunal tiene declarado que por estar en juego el principio de legalidad por imposición de la propia Constitución (art. 25.1 CE), «resulta patente que los términos en que el instituto de la prescripción ... venga regulado han de ser interpretados con particular rigor en tanto que perjudiquen al reo», «sin posibilidad de interpretaciones in malam partem» de la normativa reguladora de la prescripción (art. 25.1 CE), «que está al servicio de la seguridad jurídica de los imputados y que implica ... una limitación al ejercicio del ius puniendi del Estado como consecuencia de la renuncia del mismo» (STC 29/2008, de 20 de febrero, FFJJ 10 y 12).

Con base en las precedentes consideraciones hemos de concluir que la interpretación realizada por la Audiencia Provincial de la norma contenida en el art. 132.2 CP no satisface el canon de motivación reforzada exigible en toda decisión judicial acerca de si los hechos denunciados están prescritos o no, al oponerse al fundamento material de dicho instituto, ignorar la ratio que lo inspira y no resultar, por ello, coherente con el logro de los fines que con él se persiguen. La Sentencia recurrida, por lo tanto, ha vulnerado el derecho del demandante de amparo a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), al haber desestimado su pretensión de que la falta por la que fue condenado se encontraba ya prescrita en función de una interpretación del mencionado precepto legal que no resulta coherente con el canon constitucional aplicable.

6. La estimación de la denunciada lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), nos ha de llevar necesariamente en este caso a considerar también vulnerado el art. 25.1 CE, al no



haber apreciado los órganos judiciales la prescripción de la falta por la que el demandante de amparo ha sido condenado, por lo que el restablecimiento en la integridad de sus derechos dirigido formalmente contra esta Sentencia, pues, de acuerdo con una reiterada doctrina constitucional, ha de entenderse impugnada esta última resolución judicial en cuanto ha sido lógica y cronológicamente presupuesto de la Sentencia de apelación (por todas, STC 176/2008, de 22 de diciembre, FJ 1) y a ella es imputable en su origen la lesión del derecho fundamental invocado en la demanda por haber sido condenado el recurrente como autor de una falta prescrita. requiere la declaración de nulidad no sólo de la Sentencia de la Audiencia Provincial, sino también la del Juzgado de lo Penal núm. 15 de Madrid, que le condenó como autor de una falta de imprudencia médica de carácter leve (art. 621.3 CP), sin que para ello sea óbice que la demanda de amparo no se haya

### FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por don Javier Moreno Moraga y, en consecuencia:

1.º Declarar vulnerados los derechos del recurrente en amparo a la tutela judicial efectiva, sin indefensión (art. 24.1 CE) y a la legalidad penal (art. 25.1 CE).

2.º Restablecerle en sus derechos y, a tal fin, declarar la nulidad de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 29 de junio de 2006, recaída en el recurso de apelación núm. 77-2006, así como la de la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 15 de Madrid núm. 409/2005, de 18 de octubre, dictada en autos de procedimiento abreviado núm.

48-2005 por delito de imprudencia profesional.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, diecinueve de julio de dos mil diez.—Vicente Conde Martín de Hijas.—Elisa Pérez Vera.—Eugeni Gay Montalvo.—Ramón Rodríguez Arribas.—Pascual Sala Sánchez.—Firmado y rubricado.

---

## Sentencia 38/2010, de 19 de julio de 2010

### Sala Segunda

Recurso de amparo 10094-2006. Promovido por el Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid respecto a las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia y de un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Madrid que inadmitieron su recurso frente a la adjudicación de un contrato en materia urbanística. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (acceso a la justicia): legitimación activa de un colegio profesional para impugnar una resolución administrativa en interés de la profesión y de sus colegiados (STC 45/2004). («BOE» núm. 192 de 9 de agosto de 2010)

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Vicente Conde Martín de Hijas, Presidente, doña Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo, don Ramón Rodríguez Arribas y don Pascual Sala Sánchez, Magistrados, ha pronunciado

### EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

### SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 10094-2006, promovido por el Colegio Oficial

de Arquitectos de Madrid, representado por la Procuradora de los Tribunales doña Asunción Miquel Aguado y asistido por el Letrado don Juan Perea Costa, contra la Sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 515 bis/2006, de 29 de septiembre, recaída en el recurso de apelación núm. 632-2005 interpuesto contra la Sentencia núm. 170/2005, de 8 de junio, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 9 de Madrid, dictada en el procedimiento ordinario núm. 70-2004. Han comparecido y formulado alegaciones la Empresa Municipal de Gestión Inmobiliaria de Alcorcón, S.A. (EMGIASA), representada por el Procurador de los Tribunales don Alejandro González Salinas y asistida por el Letrado don Jesús González Pérez, el Ayuntamiento de Alcorcón, representado por el Procurador de los Tribunales don José Luis Granda Alonso y asistido por el Letrado don Jesús González Pérez, y el Ministerio Fiscal. Ha actuado como Ponente el Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas, quien expresa el parecer de la Sala.

## I. Antecedentes

1. Mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el día 8 de noviembre de 2006, doña Asunción Miquel Aguado, Procuradora de los Tribunales, en nombre y representación del Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid (COAM), interpuso recurso de amparo contra la resolución judicial a la que se ha hecho mención en el encabezamiento de esta Sentencia.

2. En la demanda se recoge la relación de antecedentes fácticos que a continuación se resume.

a) Con fecha 26 de septiembre de 2003 se publicó en el diario «ABC» un anuncio por el que se convocaba concurso para la adjudicación de un contrato de elaboración, redacción y producción

material de la totalidad de la documentación integrante y complementaria de los instrumentos de planeamiento urbanístico de desarrollo correspondiente a los sectores PP-1 La Princesa, PP-2 Barranco Crinque y PP-3 los Palomares, comprendidos en el ensanche sur residencial del Plan General del Ayuntamiento de Alcorcón.

Figuraba como entidad convocante la sociedad Empresa Municipal de Gestión Inmobiliaria de Alcorcón, S.A. (EMGIASA).

b) El Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid, que tuvo conocimiento de la anterior convocatoria a través de la comunicación remitida por un colegiado, interpuso recurso de reposición contra dicha publicación ante el Ayuntamiento de Alcorcón y ante el Consejo de Administración de EMGIASA, solicitando la suspensión de la tramitación del concurso hasta la resolución de los recursos.

c) Ante la desestimación por silencio administrativo de los mencionados recursos de reposición, el Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid interpuso recurso contencioso-administrativo, que fue declarado inadmisibles por falta de legitimación [art. 69 b), en relación con el art. 19, ambos LJCA] por la Sentencia núm. 170/2005, de 8 de junio, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 9 de Madrid.

d) El Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid interpuso recurso de apelación contra la anterior Sentencia, que fue desestimado por la Sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 515 bis/2006, de 29 de septiembre.

3. En la fundamentación jurídica de la demanda de amparo se invoca la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), al haberle sido denegada al colegio recurrente la legiti-

mación para impugnar la referida convocatoria ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

a) Se argumenta al respecto que el objeto del concurso convocado entra de lleno en las competencias que ostentan los arquitectos superiores, de modo que el COAM ostenta interés legítimo en que al concurso puedan acceder sus colegiados, para lo que resulta determinante que la convocatoria respete las exigencias de publicidad que la legislación establece, lo que es además de indudable trascendencia para el desarrollo de la profesión.

En apoyo de la pretensión actora su representación procesal reproduce la doctrina de la STC 45/2004, de 23 de marzo, de la que concluye que en principio y, con carácter general, concurren en los colegios profesionales las notas características necesarias que permiten afirmar su completa legitimación cuando se trata de la defensa del interés profesional respectivo del que en cada caso se trate, tanto si defienden intereses de los profesionales colegiados como cuando la defensa se dirige al interés general de la profesión, debiendo por tanto analizarse si en este caso concurre interés legítimo en el orden contencioso-administrativo. Concepto éste que ha sido definido como «una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnados) de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio), actual o futuro, pero cierto».

Pues bien, la legitimación de los colegios profesionales ha sido expresamente reconocida en numerosas ocasiones por los Tribunales en procedimientos en los que se impugnan procesos de licitación pública en los que son o pueden ser parte los colegiados, ya que afecta a sus intereses y, por tanto, se actúa en defensa del interés general de la profesión. A tal

efecto en la demanda se cita, se reproduce y se considera aplicable al caso la doctrina recogida en las Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1983, 15 de marzo de 2004, y de las Salas de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 25 de mayo y de 8 de octubre de 2004, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 5 de octubre de 1998, del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 19 de noviembre de 1999, del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 20 de marzo de 2002, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 2 de mayo de 2003, y, en fin, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 19 de enero y 28 de mayo de 2004.

Con ocasión de las citadas Sentencias y de la línea jurisprudencial que en ellas se mantiene sobre la legitimación de los colegios profesionales para impugnar las convocatorias de concursos públicos, se afirma que en este caso, frente a lo que se sostiene en las resoluciones impugnadas, el COAM no está defendiendo intereses particulares, sino el general de la profesión, a fin de que todos los colegiados puedan licitar en condiciones de igualdad, por lo que ostenta plena legitimación activa, en cuanto pretende el reconocimiento de una situación que afectará en igual medida a todos sus colegiados y porque la protección que el COAM pretende beneficia a los derechos colectivos de la profesión de arquitecto. Que las licitaciones públicas se publiquen en los medios oficiales legalmente establecidos es de indudable importancia para acceder a su conocimiento y eludir tal exigencia afecta directamente a las posibilidades de participación de los colegiados. El COAM lo que ha defendido en el recurso contencioso-administrativo es la injustificada exclusión de la debida publicidad en un concurso cuyo objeto es la redacción de instrumentos de planeamiento y ordenación, licitación pública que afecta a los intereses de los ar-

quitectos en cuanto limita su concurrencia.

b) A continuación se analizan y se rebaten en la demanda las razones en las que el órgano de apelación ha fundado la falta de legitimación del COAM en el recurso a quo. Se sostiene al respecto que no cabe duda de que el COAM defiende intereses de los arquitectos así como el interés general de la profesión en cuanto beneficia su ejercicio que las licitaciones dispongan de la publicidad mínima en los medios oficiales que la ley exige a fin de conocer su existencia y permitir la licitación en términos de igualdad, es decir, procurar que todos los interesados conozcan por los mismos medios la existencia de procesos de contratación pública en los que pueden concurrir los arquitectos, sin que quepa que ese conocimiento se limite a los lectores de una determinada publicación. La igualdad supone que todos los posibles interesados tengan los mismos medios de averiguación de las licitaciones y para ello deben establecerse y están establecidos en la ley los concretos medios en los que cualquier persona puede consultar los procesos de licitación tramitados por las distintas Administraciones y/o entidades de Derecho público.

No tiene trascendencia alguna el hecho de que el pliego no limite la concurrencia de forma exclusiva a los arquitectos y puedan por lo tanto licitar otros profesionales. Afecta a los arquitectos en cuanto ostentan la habilitación técnica necesaria para redactar planes e instrumentos de urbanismo y ordenación. Por ello el COAM tiene un claro interés en el pleito y en su resultado, a fin de que los procesos de licitación sean conocidos en la forma y modo legalmente establecidos.

No se puede compartir el argumento de que la falta de publicidad no afecta a la concurrencia. No sólo la concurrencia será mayor en la medida que el concurso

sea más conocido, sino que además de estimarse el recurso la publicidad se produciría en los medios que la ley exige: «BOE» y «DOCE». Son estas publicaciones a las que atienden los arquitectos y los servicios del COAM para buscar licitaciones en las que les pueda interesar participar. El hecho de evitar la publicación en tales medios determina efectivamente una clara limitación a la concurrencia por falta de la debida publicidad, dificultando de forma grave el general conocimiento del que la ley considera deben ser objeto las licitaciones públicas.

Lo que el COAM ha venido sosteniendo es que esa carencia de publicidad en los medios oficiales legalmente previstos afecta directamente al ejercicio profesional en cuanto es en tales medios, por determinarlos la ley, en donde se buscan los procesos de licitación en los que los arquitectos pueden intervenir. Eludir esta publicación en dichos medios afecta directamente a la concurrencia, limita las posibilidades de los arquitectos de concurrir a esta licitación y afecta igualmente al interés general de la profesión en cuanto es patente el beneficio que supone que los procesos de licitación se publiquen en los medios legalmente establecidos y no en otros, siendo claro el perjuicio que implica para el ejercicio de la profesión de arquitecto la ausencia de publicidad en los medios oficiales que la ley establece.

En definitiva, se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del COAM, al negarle legitimación para recurrir e impedir obtener un pronunciamiento de fondo en un proceso cuyo resultado afecta directamente a los intereses que legalmente debe tutelar y que, en caso de ser estimatorio de sus pretensiones, determina una clara ventaja para los arquitectos colegiados en cuanto promueve y posibilita el cumplimiento del principio de concurrencia en términos de igualdad en un proceso de licitación cuyo

objeto, de forma compartida o no, es de indudable competencia de los arquitectos.

Concluye el escrito de demanda suplicando del Tribunal Constitucional que, tras los trámites pertinentes, dicte Sentencia en la que se otorgue el amparo solicitado, se declare el derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva y, por ende, el reconocimiento de su legitimación para la interposición del recurso contencioso-administrativo.

4. La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, por providencia de 22 de julio de 2008, admitió a trámite la demanda y, en aplicación de lo dispuesto en el art. 51 LOTC, acordó dirigir sendas comunicaciones a la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 9 de Madrid, a fin de que en plazo que no excediera de diez días remitiesen, respectivamente, certificación o fotocopia adverbada de las actuaciones correspondientes al recurso de apelación núm. 632-2005 y al procedimiento ordinario núm. 70-2004, debiendo previamente el Juzgado emplazar a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, a excepción del demandante de amparo, para que si lo desearan pudieran comparecer en el plazo de diez días en este proceso de amparo.

5. Por diligencia de ordenación de la Secretaría de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional de 4 de noviembre de 2008, se tuvieron por personados y partes en el procedimiento a los Procuradores de los Tribunales don Alejandro González Salinas y don José Luis Granda Alonso, en nombre y representación, respectivamente, de la mercantil Empresa Municipal de Gestión Inmobiliaria de Alcorcón, S.A. (EMGIASA) y del Ayuntamiento de Alcorcón, así como, de conformidad con lo dispuesto en el art. 52.1 LOTC, se acordó dar vista de las

actuaciones recibidas a las partes personas y al Ministerio Fiscal por plazo común de veinte días, dentro del cual pudieron efectuar las alegaciones que tuvieron por conveniente.

6. El Ministerio Fiscal evacuó el trámite de alegaciones conferido mediante escrito registrado en fecha 4 de diciembre de 2008, que en lo sustancial a continuación se resume.

a) Comienza por precisar que aunque la demanda de amparo únicamente se dirige contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia ha de entenderse impugnada también la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, pues aquélla se ha limitado a confirmar en apelación la inadmisión del recurso contencioso-administrativo dispuesto por ésta.

Se refiere a continuación a la conocida doctrina constitucional sobre el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de derecho de acceso al proceso, y, más concretamente, sobre la legitimación de los colegios profesionales en el orden contencioso-administrativo, con reproducción, a los efectos que aquí interesan, de la doctrina recogida en la STC 45/2004, de 23 de marzo. En este sentido destaca que son funciones propias de los colegios profesionales la representación y defensa de la profesión y la defensa de los intereses de los colegiados, lo que permite distinguir dos situaciones: a) la defensa de los intereses de los profesionales colegiados, en la que pueden concurrir tanto los colegios profesionales como los propios colegiados cuando resulten individualmente afectados y otras personas jurídicas, tales como sindicatos y asociaciones profesionales; y b) la representación y defensa de la profesión misma, esto es, del interés general o colectivo de la profesión ante los poderes públicos, la cual se ejerce por los colegios profesionales bajo la nota de exclusividad o monopolio. Así pues, la

defensa del ámbito competencial de la profesión constituye una manifestación genuina de la defensa de los intereses profesionales.

De otra parte, en términos similares a la legitimación reconocida por la jurisprudencia constitucional a los sindicatos (STC 202/2007, de 24 de septiembre), el Tribunal Constitucional en relación con la legitimación activa de las asociaciones en el orden contencioso-administrativo ha venido exigiendo para apreciar la existencia de un interés legítimo que, además de las condiciones generales, exista un interés profesional o económico que sea predicable de las asociaciones recurrentes, de forma que «cuando exista ese interés profesional o económico existirá a su vez el vínculo o conexión entre la organización o asociación actora y la pretensión ejercitada, vínculo en el cual, como ya se ha explicado, se encarna el interés legítimo constitucionalmente protegido» (STC 252/2000, de 30 de octubre, FJ 5).

b) La aplicación al caso de la doctrina constitucional reseñada ha de conducir, a juicio del Ministerio Fiscal, a la estimación de la demanda de amparo.

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo negó la legitimación al recurrente en amparo por considerar que no resultaban afectados los intereses profesionales o sectoriales que el colegio pretendía defender, ya que lo único que éste perseguía era la mera legalidad de la publicidad de la convocatoria, con lo que mediante la pretensión ejercitada únicamente defendía el interés directo de los profesionales que estando interesados en participar en el concurso no lo habían hecho. Por su parte, el Tribunal Superior de Justicia estimó que, aunque era indiscutible que los arquitectos podían intervenir en el concurso convocado, sin embargo, de una parte, no son los únicos profesionales que intervienen en la elaboración de los instrumentos de planea-

miento urbanístico, y, de otra parte, al impugnar el pliego que regía el concurso, el colegio lo hace no porque se restrinja o limite la participación de los arquitectos o porque contenga aspectos que afecten directamente al ejercicio de la profesión o a determinaciones que sean propias de la arquitectura como ciencia o técnica, sino porque no se respetan la reglas de publicidad que impone la legislación de contratos de las Administraciones públicas, de manera que los motivos de impugnación no permiten apreciar una conexión específica entre el acto o resolución impugnada y el estatuto o la actuación de la profesión, pues aunque se admitiera que la publicidad fue limitada tal circunstancia afectaría no sólo a los profesionales que integran el Colegio de Arquitectos, sino a todos los profesionales que pudieran intervenir en el concurso.

Frente a las expuestas argumentaciones, el Ministerio Fiscal recuerda que en nuestro ordenamiento está reconocida la legitimación de las corporaciones, naturaleza de la que participan los colegios profesionales. El art. 7.3 LOPJ para la defensa de los derechos e intereses legítimos tanto individuales como colectivos reconoce la legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción. Por su parte, el art. 19.1 b) LJCA reconoce legitimación ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo a las corporaciones cuando «resulten afectados o estén legalmente habilitadas para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos». Asimismo, tanto la normativa relativa a los colegios profesionales como la doctrina de este Tribunal Constitucional atribuyen a éstos la representación y defensa de los intereses profesionales de los colegiados (arts. 1.3 Ley 2/1974, de 13 de febrero, de colegios profesionales; 13 de la Ley de la Comunidad Autónoma de Madrid 19/1997, de

11 de julio, de colegios profesionales de la Comunidad de Madrid; STC 45/2004, de 23 de marzo, FJ 5). Más concretamente, el COAM tiene como fines, entre otros, «la representación exclusiva de la profesión de arquitecto» y «la defensa de los intereses profesionales de los colegiados» (art. 4 Estatutos del Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid aprobados por resolución de la Comunidad de Madrid de 17 de mayo de 2005).

La pretensión deducida por el COAM en la vía contencioso-administrativa parece que en principio debe integrarse, en opinión del Ministerio Fiscal, en el ámbito de la defensa del interés general o colectivo de la profesión ante los poderes públicos, como resulta de la propia demanda de amparo, en la que se afirma que la «carencia de publicidad en los medios oficiales legalmente previstos afecta directamente al ejercicio profesional en cuanto es en tales medios oficiales, por determinarlo la Ley, en donde se buscan los procesos de licitación en que los arquitectos pueden intervenir y eludir esa publicación, en tales medios, afecta directamente a la concurrencia, por tanto no es que restrinja o limite su participación, es que directamente la evita en cuanto que sólo los arquitectos lectores del diario «ABC» que lean la publicidad pueden conocer de modo directo la existencia de la licitación». O, en otras palabras, como se sostiene también en la demanda, «el resultado [del proceso contencioso-administrativo] afecta directamente a los intereses que legalmente debe tutelar y que, caso de ser estimatorio de sus pretensiones, determina una clara ventaja para los arquitectos colegiados en cuanto promueve y posibilita el cumplimiento del principio de concurrencia en términos de igualdad en un proceso de licitación cuyo objeto ... es ... de indudable competencia de los arquitectos».

No obstante, lo cierto es que la pretensión ejercitada puede también integrarse

en el ámbito de la defensa de los intereses colegiados. En cualquiera de los dos ámbitos indicados el COAM podría haber actuado como lo hizo, pues si no se compartiera la anterior subsunción de la pretensión y se entendiera que el colegio actuó en defensa de los intereses de los profesionales colegiados, el COAM también habría actuado correctamente, dado que para la defensa de dichos intereses podían actuar los propios colegiados como el colegio.

En consecuencia, en este caso resulta acreditado que el COAM pretendía obtener en el proceso contencioso-administrativo una clara ventaja o beneficio para todos los arquitectos colegiados promoviendo y posibilitando el principio de concurrencia en términos de igualdad en un proceso de licitación cuyo objeto era de indudable competencia de los arquitectos. Constatada la inclusión del acto administrativo impugnado en el campo propio del interés del colegio profesional demandante, ha de concluirse que éste estaba suficientemente legitimado para interponer el recurso contencioso-administrativo, por lo que las Sentencias recurridas, al denegarle aquella legitimación, han vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

El Ministerio Fiscal concluye su escrito de alegaciones interesando del Tribunal Constitucional que dicte Sentencia otorgando el amparo solicitado, retrotrayendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de haberse dictado la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo para que se dicte otra respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

7. La representación procesal del recurrente en amparo evacuó el trámite de alegaciones conferido mediante escrito registrado en fecha 10 de diciembre de 2008, en el que cita nuevas resoluciones judiciales cuya doctrina considera favorable a su pretensión de amparo y re-

cuerda que son fines del COAM, entre otros, la representación exclusiva de la profesión de arquitecto y la defensa de los intereses profesionales de los colegiados, así como que entre las funciones asignadas figura la de ejercer la representación de la profesión y participar en los procedimientos administrativos o en los procesos judiciales que afecten a materias relacionados con el ejercicio profesional de los colegiados o que guarden relación con el ejercicio de la arquitectura (arts. 4 y 5 Estatutos del COAM aprobados por resolución de la Secretaría General Técnica de la Consejería de la Presidencia de la Comunidad de Madrid de 16 de julio de 2002).

Concluye su escrito de alegaciones suplicando del Tribunal Constitucional la estimación de la demanda de amparo.

8. La representación procesal del Ayuntamiento de Alcorcón evacuó el trámite de alegaciones conferido mediante escrito registrado en fecha 11 de diciembre de 2008, que en lo sustancial a continuación se extracta.

a) La Sentencia a la que se le imputa la violación del art. 24.1 CE ha llevado a cabo una razonable interpretación de la legislación y jurisprudencia del Tribunal Supremo aplicables al caso, al estimar la falta de legitimación del colegio profesional recurrente, quien en su demanda se limita a discutir esa interpretación de la legalidad ordinaria trayendo a colación Sentencias del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y de distintos Tribunales Superiores de Justicia desde las que no se alcanza la conclusión que pretende la parte actora.

El COAM no actuaba en el recurso contencioso-administrativo precedente en defensa de la profesión, en la de supuestos intereses específicos del colegio como tal, ni en la de los intereses colectivos o profesionales de los colegiados. El interés que estaba en juego era un interés correspondiente en su titularidad a un

amplísimo círculo de personas (físicas y jurídicas), puesto que en una convocatoria de concurso no cerrada a determinado círculo de profesionales, y a la que podían acceder, por tanto, empresarios individuales y colectivos y profesionales de muy distinto signo, la determinación del medio de dar publicidad a esa convocatoria es algo que afectaba a ese amplísimo círculo de personas. El interés a defender correspondía a todas ellas y no en particular a los arquitectos superiores colegiados. De haber prosperado la pretensión que se planteó ante la jurisdicción contencioso-administrativa, los beneficiados por la misma no hubieran sido los arquitectos de Madrid (pues sólo los de este ámbito territorial son los que puede defender el colegio recurrente), o tan siquiera los arquitectos españoles, o los de los Estados miembros de la CE. El supuesto beneficio hubiera alcanzado a cualquier persona desde el momento en que la participación en el proceso de adjudicación de un contrato de estas características no estaba limitada a los arquitectos, pudiendo cualquier persona física o jurídica haber sido parte. El interés en juego en relación a la publicidad del contrato era en este caso un interés general predicable de cualquier sujeto. De ahí que si por un lado cualquier persona individual podía estar legitimada individual y directamente para la interposición de este recurso, por otra parte el colegio actuante no lo estaba por no tratarse de un interés propio como organización corporativa ni de un interés específico de la profesión o de las personas integradas en la corporación. Los colegios profesionales en su papel de representación de intereses colectivos de sus miembros y cuando sustituyen a éstos en la defensa de sus intereses profesionales e individuales, tienen como límite los intereses generales. Ni están llamados por Ley a la defensa directa de tales intereses de todos, ni pueden sustituir a un profesional en cualquier clase de acciones individuales que pudieran emprender en su



condición de simple ciudadanos y no en su condición de profesionales.

Por ello, la Sentencia recurrida ha observado con todo acierto que los intereses profesionales de los arquitectos soporaban una afección indirecta o refleja. Esa clase de afección era suficiente para que los arquitectos, a título individual, hubieran podido tener legitimación para actuar procesalmente contra esa convocatoria, pero era insuficiente para que el COAM lo hiciera en su sustitución, máxime cuando ello podía entrañar que actuaría en beneficio de unos de sus colegiados y en perjuicio de otros colegiados.

b) A continuación, la representación procesal del Ayuntamiento de Alcorcón se refiere a la doctrina legal que no reconoce a los colegios profesionales legitimación para la defensa de los intereses no específicamente propios del respectivo ámbito profesional por ausencia de conexión específica entre el ámbito profesional al que se adscribe el colegio recurrente y el objeto de la pretensión planteada. Afirma en este sentido que el Tribunal Supremo ha puesto de manifiesto en muchas ocasiones que la defensa de intereses colectivos o generales que no son específicos de una profesión caen fuera del ámbito de un colegio profesional, de modo que éste carece de legitimación activa en los recursos contra actuaciones afectantes a esa clase de intereses (SSTS de 21 de junio de 2004; 29 de abril de 2004).

A efectos dialécticos puede afirmarse que un derecho reconocido a todos en general es siempre un derecho de titularidad ajena con respecto al sujeto concreto que pretende irrogarse la defensa de ese derecho de todos, máxime cuando el sujeto actuante ni siquiera es titular específico de este derecho, sino un mero representante corporativo de sujetos individuales que sí pueden ejercer el derecho (como ciudadanos y no como miembros

de la profesión). El derecho a la debida publicidad de la convocatoria de contratos cuando la participación no esta restringida a un ámbito profesional específico es un derecho colectivo atribuido indistintamente a todos los ciudadanos y no a los arquitectos en particular. Es por ello un derecho ajeno al COAM.

Es la conexión específica entre la disposición, el acto administrativo y la actuación o el estatuto de la profesión (STS de 21 de junio de 2004) lo que realmente determina que un asunto sea o no de interés colegial y que pueda, por tanto, servir de título de legitimación en el recurso. Esta conexión específica es precisamente la que falta en este caso, pues la mayor o menor publicidad de la convocatoria es algo relevante desde el punto de vista de todos los sujetos que podían participar en el procedimiento de adjudicación y no sólo desde el punto de vista del interés de una pequeña parte de esos sujetos. Cuando la ventaja es general y para todos, y no sólo para el recurrente, estamos ante una cuestión también de interés general, por lo que en tales casos no hay legitimación activa en un colegio profesional al faltar esa relación especial entre el sujeto recurrente y el objeto de la pretensión.

En definitiva, la Sentencia que se recurre ha razonado correcta y suficientemente que desde la legalidad ordinaria y la doctrina jurisprudencial que la interpreta el COAM en este caso carecía de legitimación activa propia, puesto que los intereses en juego afectados por la actuación contra la que se pretendía ir exceden con mucho del ámbito propio y específico de los arquitectos colegiados. El reconocimiento de esa legitimación equivaldría a otorgar al COAM el derecho al ejercicio de la acción pública en materia de defensa abstracta de la legalidad en toda clase de asuntos en los que por vía indirecta pudieran aparecer implicados los arquitectos. Lo que excede con creces del concepto legal de legitimación activa

en la jurisdicción contencioso-administrativa por mucho que dicho concepto se interprete y aplique de modo amplio por el juego del principio *pro actione*.

Concluye su escrito de alegaciones suplicando del Tribunal Constitucional que dicte en su día Sentencia desestimatoria del recurso de amparo.

9. La representación procesal de la Empresa Municipal de Gestión Inmobiliaria de Alcorcón, S.A. (EMGIASA) evacuó el trámite de alegaciones conferido mediante escrito registrado en fecha 11 de diciembre de 2008, que en lo sustancial a continuación se extracta.

a) La Sentencia a la que se le imputa la violación del art. 24.1 CE ha llevado a cabo una razonable interpretación de la legislación y jurisprudencia del Tribunal Supremo aplicables al caso, al estimar la falta de legitimación del colegio profesional recurrente, quien en su demanda se limita a discutir esa interpretación de la legalidad ordinaria trayendo a colación Sentencias del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y de distintos Tribunales Superiores de Justicia desde las que no se alcanza la conclusión que pretende la parte actora.

El COAM no actuaba en el recurso contencioso-administrativo precedente en defensa de la profesión, en la de supuestos intereses específicos del colegio como tal, ni en la de los intereses colectivos o profesionales de los colegiados. El interés que estaba en juego era un interés correspondiente en su titularidad a un amplísimo círculo de personas (físicas y jurídicas), puesto que en una convocatoria de concurso no cerrada a determinado círculo de profesionales, y a la que podían acceder, por tanto, empresarios individuales y colectivos y profesionales de muy distinto signo, la determinación del medio de dar publicidad a esa convocatoria es algo que afectaba a ese amplísimo círculo de personas. El interés a defender correspondía a todas ellas y no

en particular a los arquitectos superiores colegiados. De haber prosperado la pretensión que se planteó ante la jurisdicción contencioso-administrativa, los beneficiados por la misma no hubieran sido los arquitectos de Madrid (pues sólo los de este ámbito territorial son los que puede defender el colegio recurrente), o tan siquiera los arquitectos españoles, o los de los Estados miembros de la CE. El supuesto beneficio hubiera alcanzado a cualquier persona desde el momento en que la participación en el proceso de adjudicación de un contrato de estas características no estaba limitada a los arquitectos, pudiendo cualquier persona física o jurídica haber sido parte. El interés en juego en relación a la publicidad del contrato era en este caso un interés general predicable de cualquier sujeto. De ahí que si por un lado cualquier persona individual podía estar legitimada individual y directamente para la interposición de este recurso, por otra parte el colegio actuante no lo estaba por no tratarse de un interés propio como organización corporativa ni de un interés específico de la profesión o de las personas integradas en la corporación. Los colegios profesionales en su papel de representación de intereses colectivos de sus miembros y cuando sustituyen a éstos en la defensa de sus intereses profesionales e individuales, tienen como límite los intereses generales. Ni están llamados por Ley a la defensa directa de tales intereses de todos, ni pueden sustituir a un profesional en cualquier clase de acciones individuales que pudieran emprender en su condición de simple ciudadanos y no en su condición de profesionales.

Por ello, la Sentencia recurrida ha observado con todo acierto que los intereses profesionales de los arquitectos soporaban una afección indirecta o refleja. Esa clase de afección era suficiente para que los arquitectos, a título individual, hubieran podido tener legitimación para actuar procesalmente contra esa convo-

catoria, pero era insuficiente para que el COAM lo hiciera en su sustitución, máxime cuando ello podía entrañar que actuaría en beneficio de unos de sus colegiados y en perjuicio de otros colegiados.

b) A continuación, la representación procesal de EMGIASA se refiere a la doctrina legal que no reconoce a los colegios profesionales legitimación para la defensa de los intereses no específicamente propios del respectivo ámbito profesional por ausencia de conexión específica entre el ámbito profesional al que se adscribe el colegio recurrente y el objeto de la pretensión planteada. Afirma en este sentido que el Tribunal Supremo ha puesto de manifiesto en muchas ocasiones que la defensa de intereses colectivos o generales que no son específicos de una profesión caen fuera del ámbito de un colegio profesional, de modo que éste carece de legitimación activa en los recursos contra actuaciones afectantes a esa clase de intereses (SSTS de 21 de junio de 2004; 29 de abril de 2004).

A efectos dialécticos puede afirmarse que un derecho reconocido a todos en general es siempre un derecho de titularidad ajena con respecto al sujeto concreto que pretende irrogarse la defensa de ese derecho de todos, máxime cuando el sujeto actuante ni siquiera es titular específico de este derecho, sino un mero representante corporativo de sujetos individuales que sí pueden ejercer el derecho (como ciudadanos y no como miembros de la profesión). El derecho a la debida publicidad de la convocatoria de contratos cuando la participación no esta restringida a un ámbito profesional específico es un derecho colectivo atribuido indistintamente a todos los ciudadanos y no a los arquitectos en particular. Es por ello un derecho ajeno al COAM.

Es la conexión específica entre la disposición, el acto administrativo y la actuación o el estatuto de la profesión (STS

de 21 de junio de 2004) lo que realmente determina que un asunto sea o no de interés colegial y que pueda, por tanto, servir de título de legitimación en el recurso. Esta conexión específica es precisamente la que falta en este caso, pues la mayor o menor publicidad de la convocatoria es algo relevante desde el punto de vista de todos los sujetos que podían participar en el procedimiento de adjudicación y no sólo desde el punto de vista del interés de una pequeña parte de esos sujetos. Cuando la ventaja es general y para todos, y no sólo para el recurrente, estamos ante una cuestión también de interés general, por lo que en tales casos no hay legitimación activa en un colegio profesional al faltar esa relación especial entre el sujeto recurrente y el objeto de la pretensión.

En definitiva, la Sentencia que se recurre ha razonado correcta y suficientemente que desde la legalidad ordinaria y la doctrina jurisprudencial que la interpreta el COAM en este caso carecía de legitimación activa propia, puesto que los intereses en juego afectados por la actuación contra la que se pretendía ir exceden con mucho del ámbito propio y específico de los arquitectos colegiados. El reconocimiento de esa legitimación equivaldría a otorgar al COAM el derecho al ejercicio de la acción pública en materia de defensa abstracta de la legalidad en toda clase de asuntos en los que por vía indirecta pudieran aparecer implicados los arquitectos. Lo que excede con creces del concepto legal de legitimación activa en la jurisdicción contencioso-administrativa por mucho que dicho concepto se interprete y aplique de modo amplio por el juego del principio *pro actione*.

Concluye su escrito de alegaciones suplicando del Tribunal Constitucional que dicte en su día Sentencia desestimatoria del recurso de amparo.

10. Por providencia de 15 de julio de 2010, se señaló para la deliberación y

votación de la presente Sentencia el día 19 del mismo mes y año.

## II. Fundamentos jurídicos

1. Aunque la demanda de amparo se dirige en su encabezamiento exclusivamente contra la Sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 515 bis/2006, de 29 de septiembre, confirmatoria en apelación de la Sentencia núm. 170/2005, de 8 de junio, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 9 de Madrid, que declaró inadmisibile por falta de legitimación activa el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el colegio profesional solicitante de amparo [art. 69 b), en relación con el art. 19, ambos LJCA], también ha de entenderse impugnada, de acuerdo con una reiterada doctrina constitucional (por todas, STC 176/2008, de 22 de diciembre, FJ 1), esta última resolución judicial en cuanto ha sido lógica y cronológicamente presupuesto de aquélla, siéndole imputable en su origen la lesión del derecho fundamental que se invoca en la demanda.

El Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid (COAM) imputa a las resoluciones judiciales impugnadas la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho de acceso al proceso (art. 24.1 CE), al haberle denegado legitimación para recurrir, por no haber sido publicada en los medios oficiales legalmente establecidos, la convocatoria de un concurso para la adjudicación de un contrato de elaboración, redacción y producción material de la totalidad de la documentación integrante y complementaria de los instrumentos de planeamiento urbanístico de desarrollo correspondiente a los sectores PP-1 La Princesa, PP-2 Barranco Crinque y PP-3 los Palomares, comprendidos en el ensanche sur residencial del Plan General del Ayuntamiento de Alcorcón. Sostiene, en síntesis,

que actuaba defendiendo el interés general y colectivo de la profesión y el de sus colegiados, pues la publicación del referido concurso en los medios oficiales legalmente establecidos («BOE» y «DOCE»), en vez de exclusivamente en un diario de difusión nacional, beneficiaba el ejercicio de la profesión al posibilitar la concurrencia en condiciones de igualdad en un proceso de licitación de indudable competencia de los arquitectos y hubiera permitido también que sus colegiados hubieran tenido conocimiento por los medios legalmente previstos de la existencia del proceso de contratación pública que se convocaba y al que podían concurrir.

El Ministerio Fiscal se pronuncia a favor de la estimación del recurso de amparo. Tras afirmar que la pretensión deducida por el COAM en la vía contencioso-administrativa puede subsumirse tanto en el ámbito de la defensa del interés general o colectivo de la profesión como en el ámbito de la defensa de los intereses de sus colegiados, considera que en el recurso contencioso-administrativo se pretendía obtener una clara ventaja o beneficio para todos los arquitectos colegiados promoviendo y posibilitando el principio de concurrencia en términos de igualdad en un proceso de licitación cuyo objeto era de indudable competencia de los arquitectos, por lo que concluye que el colegio demandante de amparo estaba suficientemente legitimado para interponer el recurso contencioso-administrativo.

Por su parte, las representaciones procesales del Ayuntamiento de Alcorcón y de la Empresa Municipal de Gestión Inmobiliaria de Alcorcón, S.A. (EMGIASA), con base en una idéntica argumentación, se oponen a la estimación de la demanda de amparo. Entienden, en síntesis, que las Sentencias impugnadas han llevado a cabo una interpretación razonable de la legislación procesal aplicable al denegar al COAM legitimación activa, puesto que

los intereses en juego afectados por la actuación que se recurría excedían del ámbito propio del colegio y del específico de los arquitectos colegiados, ya que la participación en el concurso no estaba limitada a los arquitectos, pudiendo participar cualquier persona física o jurídica.

2. El examen de la queja planteada debe partir del presupuesto de que este Tribunal ya ha reconocido a los colegios profesionales, en tanto que corporaciones de Derecho público, la titularidad del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho de acceso al proceso (STC 45/2004, de 23 de marzo, FJ 3), y requiere traer a colación, siquiera de modo sumario y en lo pertinente, una vez admitido aquel presupuesto, la doctrina constitucional sobre el derecho a la tutela judicial efectiva en relación con las decisiones judiciales que rechazan *a limine* el ejercicio de la acción y, dentro de ella, de modo más concreto la alusiva a apreciación jurisdiccional de la falta de legitimación activa en los procesos contencioso-administrativos, con especial referencia a los colegios profesionales.

a) El derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) comporta, como contenido esencial y primario, el de obtener de los órganos jurisdiccionales integrantes del Poder Judicial una resolución razonada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas por las partes. Hemos reiterado, no obstante, que al ser un derecho prestacional de configuración legal su ejercicio y dispensación están supeditados a la concurrencia de los presupuestos y requisitos que haya establecido el legislador para cada sector del ordenamiento procesal, por lo que el derecho a la tutela judicial efectiva se satisface igualmente cuando los órganos judiciales pronuncian una decisión de inadmisión o meramente procesal, apreciando la concurrencia de una causa legal que, a su vez, sea respetuosa con el contenido

esencial del derecho fundamental (SSTC 62/2006, de 27 de febrero, FJ 2; 144/2008, de 10 de noviembre, FJ 3). Dada la trascendencia que para la tutela judicial tienen las decisiones que deniegan el acceso a la jurisdicción, su control constitucional ha de realizarse de forma especialmente intensa, más allá de la verificación de que no se trata de resoluciones arbitrarias, manifiestamente irrazonables o fruto de un error patente. Dicho control procede a través de los criterios que proporciona el principio *pro actione*, entendido no como la forzosa selección de la interpretación más favorable a la admisión, sino como la interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón se revelen desfavorables para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva o resulte desproporcionadas entre los fines que se pretenden preservar y los intereses que sacrifican (SSTC 88/1997, de 5 de mayo, FJ 2; 45/2004, de 23 de marzo, FJ 4; 73/2004, de 22 de abril, FJ 3; 119/2008, de 13 de octubre, FJ 4; 184/2008, de 22 de diciembre, FJ 3; 28/2009, de 26 de enero, FJ 2; 183/2009, de 7 de septiembre, FJ 3).

b) En relación con la legitimación para acceder al proceso, hemos declarado que el art. 24.1 CE al reconocer el derecho a la tutela judicial efectiva a todas las personas que son titulares de derechos e intereses legítimos esta imponiendo a los Jueces y Tribunales la obligación de interpretar con amplitud las fórmulas que las leyes procesales utilicen en orden a la atribución de tal legitimación activa. En concreto, hemos señalado, en relación con el orden contencioso-administrativo que el interés legítimo se caracteriza como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnados), de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo

(perjuicio), actual o futuro, pero cierto, debiendo entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real (no potencial o hipotético). Dicho de otro modo, se trata de la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión, que se materializaría de prosperar ésta. Luego para que exista interés legítimo la actuación impugnada debe repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso (SSTC 73/2004, de 22 de abril, FJ 3; 52/2007, de 12 de marzo, FJ3; 85/2008, de 21 de julio, FJ4; 119/2008, de 13 de octubre, FJ 4; 144/2008, de 10 de noviembre, FJ 4; 28/2009, de 26 de enero, FJ 2, por todas).

c) Y, en fin, en relación con la legitimación activa de los colegios profesionales en el orden contencioso-administrativo, este Tribunal, a partir de las previsiones de los arts. 1.3 y 5 g) de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de colegios profesionales, ha tenido ocasión de señalar con carácter general que entre las funciones propias de los colegios profesionales se encuentran la representación y defensa de la profesión y, diferenciada de ella, la defensa de los intereses profesionales de los colegiados, pudiendo concurrir en el ejercicio de esta última tanto los colegios profesionales, como los propios colegiados, cuando resulten individualmente afectados, y otras personas jurídicas, tales como sindicatos y asociaciones profesionales, en tanto que la función de representación y defensa de la profesión, esto es, del interés general o colectivo de la profesión, se ejerce por los colegios profesionales bajo la nota de exclusividad o monopolio (STC 45/2004, de 23 de marzo, FJ 5).

3. A la luz de la doctrina constitucional expuesta debemos analizar las resoluciones judiciales impugnadas.

El colegio profesional demandante de amparo interpuso recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta por silencio administrativo de los recursos potestativos de reposición que había promovido contra la convocatoria de un concurso para la adjudicación de un contrato de elaboración, redacción y producción material de la totalidad de la documentación integrante y complementaria de los instrumentos de planeamiento urbanístico de desarrollo correspondientes a los sectores PP-1 La Princesa, PP-2 Barranco Crinque y PP-3 Los Palomares comprendidos en el ensanche sur residencial del Plan General del Ayuntamiento de Alcorcón. Fundaba el recurso, entre otros motivos y a los efectos que a este proceso de amparo interesan, en que la convocatoria de dicho concurso no había sido publicada en los medios oficiales legalmente establecidos –«BOE» y «DOCE»– al ser el presupuesto de licitación de 360.000 € (arts. 78 y 203 Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas), sino exclusivamente en un diario de difusión nacional. En torno a la legitimación del Colegio para promover el recurso contencioso-administrativo se aducía en la demanda que estaba legitimado para el ejercicio de las acciones judiciales que considere de interés para la defensa de la profesión en general, invocándose al respecto los Estatutos del Colegio que le encomendaba, entre otros fines, «la representación exclusiva de la profesión de arquitecto», y «la defensa de los intereses profesionales de los colegiados» (art. 4), así como, entre otras funciones, la de «participar en los procedimientos administrativos o en los procesos judiciales que afecten a materias relacionadas con el ejercicio profesional de los colegiados o que guarden relación con el ejercicio de la arquitectura» (art. 5).

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 9 de Madrid dictó la Sentencia núm. 170/2005, de 8 de junio, en la que declaró la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo por falta de legitimación activa del colegio profesional demandante [art. 69 b), en relación con el art. 19, ambos LJCA]. El órgano judicial razona al respecto, en síntesis, que en este caso no podía hablarse de la defensa de un interés general o colectivo de la profesión por el colegio recurrente, sino que lo que en realidad se pretendía era la defensa de la legalidad en abstracto de la publicidad del la convocatoria del concurso o la defensa del interés directo de los arquitectos que pudieran estar interesados en participar en el concurso frente a los que efectivamente hubieran participado.

Por su parte, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó la Sentencia núm. 155 bis/2006, de 26 de septiembre, en la que desestimó el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia de instancia. La Sala, invocando una doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo referida a la legitimación de los colegios profesionales en relación con actos o disposiciones que no afectan directamente a las funciones específicas de los colegios, consideró que en este caso no se daba la necesaria conexión específica entre el acto o disposición impugnado y la actuación o estatuto de la profesión para apreciar la legitimación activa del Colegio recurrente, ya que, aunque «es indiscutible que los arquitectos pueden intervenir en la elaboración de los instrumentos de planeamiento urbanístico que son objeto de la contratación mediante concurso, sin embargo no son los únicos profesionales que intervienen en la elaboración de tales instrumentos de una parte, y de otra al impugnar el Pliego que rige el concurso, lo hacen no porque ese Pliego les restrinja o limite su participación como tales ar-

quitectos o porque en ese Pliego se contengan aspectos que afecten directamente al ejercicio profesional de los arquitectos o determinaciones que sean propias de la Arquitectura como ciencia y como técnica, sino que lo impugnan porque entienden que el Pliego en cuestión no respeta las exigencias de publicidad que impone la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, legislación a la que a su entender debió someterse el Pliego y sin embargo no lo hizo». Concluye por ello la Sala que los motivos de impugnación no permiten apreciar la necesaria conexión específica que requiere la invocada jurisprudencia del Tribunal Supremo y que «aunque se acepte que la publicidad de ese Pliego, limitada a su publicación en el diario Abc (sic), es sin duda inferior a la que tendría su publicación en el BOE y en el DOCE, esta limitada publicidad afecta no sólo a los profesionales que se integran en el Colegio de Arquitectos, sino a todos los profesionales que pueden intervenir en el concurso».

4. Desde la perspectiva constitucional que nos corresponde, resulta necesario poner de manifiesto, en primer término, en relación con la fundamentación de la Sentencia de apelación, que las Sentencias del Tribunal Supremo que en ella se invocan, a las que aluden también las representaciones procesales de quienes han comparecido como demandados en este proceso de amparo, hacen referencia a supuestos sustancialmente distintos al que ahora nos ocupa (SSTS, Sección Cuarta, Sala Tercera, de 6 de abril, 21 de junio y 29 de junio de 2004). En las mencionadas Sentencias la conexión específica que el Tribunal Supremo exige entre el acto impugnado y la actuación o estatuto de la profesión para reconocer legitimación activa al colegio en cada caso recurrente se sustenta en que no se pretende recurrir actos o disposiciones referidos a los intereses o al estatuto de la profesión o de los colegiados,

sino actos o disposiciones que pueden tener efectos en los sectores sobre los que se proyecta el ejercicio profesional de quienes integran la corporación o sobre derechos e intereses de aquellas personas en beneficio de las cuales están llamados a ejercitar sus funciones profesionales. Con base en la citada doctrina el Tribunal Supremo denegó en aquellas Sentencias legitimación activa al Consejo General de Colegios Oficiales de Gestores Administrativos y al Consejo General de Colegios Oficiales de Graduados Sociales para impugnar el Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se determinaba el contingente de trabajadores extranjeros de régimen no comunitario para el año 2002 (SSTS de 6 de abril de 2004 y 29 de junio de 2004) y al Colegio Oficial de Médicos de Vizcaya para impugnar el Decreto del Gobierno Vasco 45/1988 que establece y regula la valoración, conservación y expurgo de historias clínicas hospitalarias (STS de 21 de junio de 2004). En este caso, por el contrario, la actividad administrativa impugnada no resulta en principio ajena, aunque no se circunscriba exclusivamente a él, al ámbito del ejercicio y de los intereses de la profesión objeto del colegio y de sus colegiados, como se viene a reconocer en la Sentencia de apelación, esto es, no se recurre una actividad que únicamente tiene efectos en sectores sobre los que se proyecta el ejercicio profesional de quienes integran el colegio o sobre derechos o intereses de las personas en beneficio de las cuales se ejerce la profesión.

Efectuada la anterior precisión, sin que corresponda a este Tribunal efectuar consideración alguna de carácter general sobre la legitimación activa de los colegios profesionales en el proceso contencioso-administrativo, y atendiendo exclusivamente, a las concretas circunstancias del caso que nos ocupa, es necesario destacar, en segundo lugar, que, en general, la legitimación procesal de las corporaciones, naturaleza de la que participan

los colegios profesionales, así como, en particular, la de éstos mismos están expresamente reconocidas en nuestro ordenamiento, en los términos que se precisa en los correspondientes preceptos legales, para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos y los profesionales de sus colegiados, respectivamente (arts. 7.3 LOPJ; 19.1 b) LJCA; 1.3 y 5 g) Ley 2/1974, de 13 de febrero, de colegios profesionales, y 13 de la Ley de la Comunidad de Madrid 19/1997, de 11 de julio, de colegios profesionales). En concreto, a los efectos que aquí y ahora interesan, el Colegio de Arquitectos de Madrid tiene atribuidos, entre otros fines, la representación exclusiva de la profesión de arquitecto, la defensa de los intereses de los colegiados, así como encomendadas, entre otras funciones, la de participar en los procedimientos judiciales que afecten a materias que guarden relación con la arquitectura, así como la de iniciar procedimientos e interponer recursos y ejercer acciones en instancias administrativas y judiciales para la mejor defensa de los fines del colegio y de los intereses de los colegiados (arts. 4 y 5.16 y 25 de los Estatutos COAM de 25 de abril de 2002 –BOCM núm. 180, de 31 de julio de 2002–).

5. Sentado cuanto antecede y admitida, como se reconoce en la Sentencia de apelación, la indiscutible competencia de los arquitectos para intervenir en la elaboración de los instrumentos de planeamiento urbanístico objeto de la convocatoria, es evidente, como el Ministerio Fiscal pone de manifiesto en su escrito de alegaciones, que la pretensión ejercitada por el colegio profesional en el recurso contencioso-administrativo, esto es, que se procediese a la publicación de la convocatoria del concurso en los medios oficiales legalmente establecidos, puede subsumirse tanto en el ámbito de la representación y defensa del interés general o colectivo de la profesión misma, como en el ámbito de la defensa de los intereses



de los profesionales colegiados, pues mediante la publicidad pretendida se perseguía en defensa de los intereses de la profesión la libre concurrencia en términos de igualdad en un proceso de licitación de indudable competencia de los arquitectos, a la vez que, en defensa de los intereses de sus colegiados, se quería que éstos a través de los medios legalmente establecidos pudieran tener conocimiento de la convocatoria llevada a cabo y evitar que vieran cercenadas sus posibilidades de participación como consecuencia de una indebida publicidad del concurso, lo que para ellos suponía una indudable y concreta ventaja o utilidad, estrechamente conectada con el fin del colegio de defender los intereses profesionales de sus colegiados. Al poder insertarse la pretensión deducida en ambos o en cualquier de los referidos ámbitos de actuación del colegio profesional, la denegación de legitimación para interponer el recurso contencioso-administrativo intentado supone, de acuerdo con la doctrina constitucional de la que antes se ha dejado constancia, una interpretación y aplicación en exceso rigorista de la exigencia legal de interés legítimo.

La conclusión alcanzada no puede resultar desvirtuada desde la perspectiva del derecho fundamental al acceso a la jurisdicción (art. 24.1 CE) por el hecho de que no sólo los arquitectos pudiesen participar en el concurso convocado, pues la participación de otras personas no priva ni limita la facultad de la que es titular el colegio para la defensa de la profesión y de los intereses de sus colegiados, ni por el argumento de que se trata en este caso de defender los intereses de los arquitectos que no se presentaron al concurso frente a los que se presentaron, ya que en ningún momento resulta acreditado que el colegio recurrente tuviera conocimiento de que algún arquitecto hubieran participado en el concurso, ni siquiera que tal circunstancia se hubiera en rea-

lidad producido, lo que además no puede impedir, la defensa por el colegio de los intereses colectivos de la profesión y de sus colegiados.

En definitiva, las Sentencias recurridas, al haber negado al colegio demandante de amparo legitimación procesal, han llevado a cabo una interpretación de los requisitos procesales y, en particular, del relativo a la existencia de interés legítimo, excesivamente rigorista y desproporcionada, contraria, por lo tanto, al principio pro accione, lesionando de esta forma su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción, al haberle privado injustificadamente de una resolución de fondo sobre el asunto debatido en el proceso. Para restablecer en su derecho a la entidad recurrente debemos anular las Sentencias impugnadas y retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de haberse dictado la Sentencia del Juzgado para que se dicte nueva resolución respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

### FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por el Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid y, en consecuencia:

1.º Declarar vulnerado el derecho del recurrente en amparo a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho de acceso al proceso (art. 24.1 CE).

2.º Restablecerle en su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad de la Sentencia núm. 170/2005, de 8 de junio, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 9 de Madrid y de la Sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativa del Tribunal Supe-

rior de Justicia de Madrid núm. 515 bis/2006, de 29 de septiembre, retrotrayendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de haberse dictado la primera de aquellas Sentencias para que se dicte una nueva resolución respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a diecinueve de julio de dos mil diez.–Vicente Conde Martín de Hijas.–Elisa Pérez Vera.–Eugeni Gay Montalvo.–Ramón Rodríguez Arribas.–Pascual Sala Sánchez.–Firmado y rubricado.

---

## **Sentencia 39/2010, de 19 de julio de 2010**

### **Sala Segunda**

Recurso de amparo 150-2007. Promovido por la entidad mercantil Dop-Piles, S.L., respecto a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que desestimó el incidente de nulidad de actuaciones planteado en relación con la resolución judicial sobre derivación de responsabilidad por cotizaciones a la Seguridad Social. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (acceso a la justicia): negativa del órgano judicial a controlar las liquidaciones de las que traía causa la responsabilidad derivada basada en una argumentación que condiciona el ejercicio del derecho fundamental de la demandante de amparo a la diligencia procesal del deudor principal. («BOE» núm. 192 de 9 de agosto de 2010)

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Vicente Conde Martín de Hijas, doña Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo, don Ramón

Rodríguez Arribas y don Pascual Sala Sánchez, Magistrados, ha pronunciado

### **EN NOMBRE DEL REY**

la siguiente

### **SENTENCIA**

En el recurso de amparo núm. 150-2007, promovido por la entidad mercantil Dop-Piles, S.L., representada por el Procurador de los Tribunales don Guillermo García-San Miguel Hoover y asistida por el Letrado don Juan Manuel Salmerón García, contra la Sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía núm. 378/2006, de 30 de junio de 2006, que desestima el recurso contencioso-administrativo núm. 3027-1999 interpuesto contra la Resolución de la Dirección Provincial de Almería de la Tesorería General de la Seguridad Social con fecha de 15 de octubre de 1999, así como contra el Auto de la misma Sala y Sección con fecha de 4 de diciembre de 2006 que desestima el incidente de nulidad actuaciones promovido contra la anterior Sentencia, en materia de responsabilidad solidaria por cotizaciones a la Seguridad Social. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Eugeni Gay Montalvo, quien expresa el parecer de la Sala.

### **I. Antecedentes**

1. Por escrito registrado en este Tribunal el 5 de enero de 2007 don Guillermo García-San Miguel Hoover, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de la entidad mercantil Dop-Piles, S.L., interpuso recurso de amparo contra las resoluciones judiciales de las que se deja hecho mérito en el encauzamiento.

2. Los hechos más relevantes en los que tiene su origen la presente demanda

de amparo, sucintamente expuestos, son los siguientes:

a) La mercantil recurrente sucedió empresarialmente a la entidad Almarmol, S.L., quien tenía contraídas y pendientes de pago determinadas deudas con la Tesorería General de la Seguridad Social por el período comprendido entre junio de 1992 y enero de 1997, con un importe total de 9.743.146 pesetas (58.557,48 €). Dichas deudas, tanto en lo que correspondía a las actas por descubierto a la Seguridad Social como a las actas por infracción, le fueron reclamadas a la entidad actora al ser declarada su responsabilidad solidaria (expedientes de reclamación de deudas núms. 99/118269-23 a 99/118307-61), pues de acuerdo con el informe de la Unidad de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Almería con fecha de 11 de enero de 1999 «existe una continuidad en la identidad de la empresa, pese a que los titulares son formalmente distintos, por lo que habrían de aplicarse las garantías establecidas en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y declarar la responsabilidad solidaria de la empresa Dop-Piles, S.L. por las deudas de la Seguridad Social contraídas por la empresa Almarmol, S.L.», razón por la cual, por Resolución de la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social de Almería de fecha 31 de mayo de 1999, se declara la sucesión empresarial.

b) Frente a las anteriores reclamaciones de deuda, la actora presentó un recurso en vía administrativa ante la Dirección Provincial de Almería de la Tesorería General de la Seguridad Social, quien por Resolución con fecha de 15 de octubre de 1999 lo estimó parcialmente, anulando las reclamaciones de deudas derivadas de las actas de infracción al no concurrir el elemento culpabilidad (reclamaciones de deudas núms. 99/118282-36 a 99/118284-38, 99/118286-40 y 99/118299-53) y confirmando la responsabilidad solidaria en

los procedimientos liquidatorios (reclamaciones de deudas por cuotas y otros conceptos debidos a la Seguridad Social núms. 99/118269-23 a 99/118281-35, 99/118285-39, 99/118287-41 a 99/118298-52 y 99/118300-54 a 99/118307-61), al amparo de lo previsto en el art. 10.6 del Real Decreto 1637/1995, de 6 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de recaudación de los recursos del Sistema de la Seguridad Social, que establece que la responsabilidad solidaria alcanzará tanto a la deuda como a los recargos, intereses y costas del procedimiento de apremio impagadas. De esta manera, las cuotas pendientes de ingreso quedan fijadas en 9.375.946 pesetas (56.350,57 €).

c) Contra la anterior Resolución, la parte actora interpuso recurso ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Almería, quien por providencia de fecha 18 de noviembre de 1999 acordó elevar exposición razonada a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede de Granada) sobre su posible incompetencia para conocer del recurso interpuesto. Posteriormente, por Auto de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada) con fecha de 1 de diciembre de 1999, la Sala acuerda declarar su competencia para conocer del citado recurso (núm. 3027-1999), dictando Sentencia núm. 378/2006, de 30 de junio, por la que se desestima el recurso al considerar, entre otros motivos, que puesto que el contenido de las liquidaciones correspondía impugnarlo a Almarmol, S.L. «la demandante aquí en su condición de responsable solidaria, no puede formular alegaciones por defectos de forma o procedimentales en el discurrir de unas actuaciones administrativas que frente a ella no se dirigieron, sin perjuicio del derecho que le asiste a poner en cuestión la validez del acto declarativo de respon-

sabilidad solidaria y del procedimiento seguido a esos efectos, pero sin que en el discurrir de estas actuaciones le quede permitido cuestionar el contenido de unas liquidaciones que correspondía haberlas impugnado a la deudora principal, razón por la cual, la Sala se abstiene de hacer ningún pronunciamiento a propósito de los hechos alegados en tales términos».

d) Promovido por la parte recurrente un incidente de nulidad de actuaciones al considerar que la anterior Sentencia incurría en los vicios de incongruencia y falta de motivación, por Auto de la citada Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con fecha de 4 de diciembre de 2006 se desestima, insistiendo en que ante la pretensión de la actora de cuestionar las deudas que le eran exigidas «la Sala, dando por supuesta y conocida por Teoría General del Derecho la doctrina sentada a propósito de la naturaleza de los actos administrativos firmes y de sus efectos jurídicos (naturaleza que debe quedar atribuida a los de liquidación de cuotas de la Seguridad Social correspondientes a las deudas contraídas por la deudora principal Almallmol, S.L., referidos en el escrito de demanda), se abstiene de hacer pronunciamiento alguno sobre los supuestos vicios concernientes a una serie de ellos que quedan reseñados en el escrito de demanda, dado que, por un lado, su denuncia debió corresponder hacerla a la deudora principal en el momento de notificación o exigibilidad de las deudas contraídas para con la Seguridad Social; y de otra, al tratarse de actos administrativos firmes y consentidos, no pueden ser traídos a colación al hilo del ejercicio de una acción derivativa de responsabilidad por quien resulta emplazada al pago de aquellas deudas en su condición de responsable».

3. Se alega en la demanda de amparo la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1

CE) por haber incurrido las resoluciones judiciales impugnadas en incongruencia omisiva y falta de motivación, al no haber dado respuesta a las fundamentaciones fácticas y jurídicas que eran esenciales para las pretensiones deducidas.

Para la parte actora la omisión de entrar a resolver la principal cuestión planteada en el recurso contencioso-administrativo, consistente en que del expediente administrativo resulta la inexistencia de las deudas que se pretenden derivar por no existir las providencias de apremio que exige el art. 100 del Reglamento de recaudación de los recursos del Sistema de Seguridad Social constituye una vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva, produciéndole indefensión, al privarle de obtener una motivación judicial sobre cuestiones debidamente propuestas que hace incurrir a las resoluciones judiciales en el vicio de la incongruencia omisiva. Además, considera que no se ha razonado en términos de Derecho el motivo por el que la Sala se ha abstenido de conocer la primera y principal alegación formulada, limitándose la resolución judicial impugnada a negar que la recurrente pueda formular alegaciones sobre la existencia o no de las deudas de Almallmol, S.L., privándole del análisis de la veracidad del contenido de las liquidaciones giradas. Y no se ha razonado en términos de Derecho porque la Sentencia no sólo no señala ninguna norma que le lleve a tal conclusión, sino que al contradecir lo dispuesto en el art. 1148 del Código civil (que dispone que el deudor solidario puede utilizar contra las reclamaciones todas las excepciones que se deriven de la naturaleza de la obligación y las que sean personales) le ha colocado en una situación de absoluta indefensión, tanto por no permitirle exigir al acreedor que presente el título acreditativo de la existencia de la deuda, como por no pronunciarse el órgano judicial sobre esta pretensión.

Señala a continuación la entidad actora que la Sentencia impugnada incurre en el vicio de la incongruencia omisiva –aun cuando dicte un fallo respondiendo a las pretensiones de las partes– al no dar respuesta de manera expresa a un alegato sustancial que contiene hechos y argumentos jurídicos básicos que nutren la pretensión. Además, añade, el órgano judicial ha desatendido la defensa esgrimida por la parte en un aspecto con posible incidencia sobre el fallo, dando lugar a una denegación de justicia, como ha sido dejar de pronunciarse sobre la primera y principal alegación relativa a la inexistencia de las deudas que pretenden derivarse, por no existir en el expediente los títulos que las documenten. Y resulta que el que exista o no una deuda con la Seguridad Social sólo puede comprobarse examinando si existen o no los títulos que habilitan a la Administración a realizar la reclamación, ya sea en vía voluntaria, ya sea en vía ejecutiva o de apremio, pues su ausencia no constituye un mero defecto formal o procedimental. Los documentos de reclamación de deuda en vía voluntaria, así como las providencias de apremio, son unos actos administrativos que constituyen un presupuesto imprescindible para hacer que las deudas existan y sean exigibles y ejecutables.

Por medio de otrosí, solicitó la entidad actora el recibimiento del presente recurso a prueba.

4. Por providencia con fecha de 28 de mayo de 2008 la Sección Tercera de este Tribunal acordó, de conformidad con lo previsto en el art. 50.3 LOTC, en su redacción anterior a la aprobada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, y disposición transitoria tercera de la referida Ley, conceder a la parte demandante de amparo y al Ministerio Fiscal, el plazo común de diez días para que formularan, con las aportaciones documentales que pudieran proceder, las alegaciones que estimasen pertinentes en relación con lo dispuesto en el art. 50.1 c) LOTC.

5. La parte actora evacuó el trámite conferido mediante escrito registrado en este Tribunal el día 19 de junio de 2008, insistiendo en la vulneración denunciada y remitiéndose a la demanda de amparo para su fundamentación. Por su parte, el Ministerio Fiscal presentó su escrito de alegaciones el día 4 de septiembre de 2008, interesando la inadmisión de la demanda al considerar que no resultaba acreditada la presencia de contenido constitucional en la cuestión planteada. El Ministerio público, tras precisar los hechos de los que traía causa la presente demanda de amparo, señalaba que la cuestión suscitada con relación a las resoluciones judiciales impugnadas es la ausencia de respuesta a uno de los motivos de la alegación principal, concretamente el que se refiere como «la inexistencia de la deuda» imputada a la entidad Almarmol, S.L.. Así, sobre esta premisa de partida y tras repasar la doctrina de este Tribunal Constitucional sobre el vicio de la incongruencia omisiva, considera que las resoluciones judiciales impugnadas se refirieron expresamente al citado motivo, aunque descartando expresamente entrar a conocer del mismo por considerar que se trataba de defectos formales cuya denuncia no podía hacerla un responsable solidario con ocasión de la derivación de la responsabilidad, razón por la cual no podía apreciarse la existencia de la lesión pretendida. No obstante, aunque reconoce el Ministerio Fiscal que las alegaciones de la demanda fueron variadas e incidieron en la improcedencia de la derivación de la deuda por motivos de fondo y plazo (puesto que la si la deuda no existía no podía ser derivada), considerando la alegación esgrimida por el recurrente como sustancial y no como secundaria o instrumental, sin embargo, a su juicio, no existen perfiles suficientes para afirmar la relevancia constitucional de la misma.

Y, en fin, precisa el Fiscal que la Sentencia aborda los motivos de la demanda

de una forma sistemática y, en este sentido, recuerda que, primero, analiza si concurre el presupuesto de la responsabilidad solidaria; luego, examina si el ejercicio de la acción derivativa se ha producido en el plazo debido; y, finalmente, efectúa una serie de consideraciones sobre las causas esgrimidas en la demanda para impugnar las liquidaciones practicadas, dedicando su fundamento jurídico sexto a lo que califica como «defectos formales» que la parte actora imputa a determinadas liquidaciones y providencias de apremio, pero sin entrar a conocer de ellos por entender que la parte recurrente no puede formular alegaciones «por defectos de forma o procedimentales» en el discurrir de unas actuaciones dirigidas frente a la entidad Almarmol, S.L.. En efecto, respecto de esta última alegación señala el Ministerio público que al resolverse el incidente de nulidad de actuaciones promovido por la parte actora, el propio Auto que lo resolvía descartaba la existencia de la incongruencia omisiva alegada porque la Sala se pronunció al respecto, si bien afirmando que se abstenía de mayores consideraciones sobre los vicios denunciados al considerar que su denuncia debió corresponder a la deudora principal, tratándose en consecuencia de actos firmes y consentidos que no podían ser traídos a colación al hilo del ejercicio de una acción derivativa de responsabilidad. Existe, pues, una respuesta, acertada o no, pero que no puede tildarse de absolutamente irrazonable y desproporcionada y, por tanto, no puede estimarse como sustentadora de una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

6. Mediante providencia con fecha de 17 de febrero de 2009 la Sala Segunda de este Tribunal acordó conocer del presente recurso de amparo y puesto que constaban en autos tanto las actuaciones remitidas por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo como el expediente enviado por la Teso-

rería General de la Seguridad Social (sede de Almería), acordó dirigir comunicación a la citada Sala a fin de que emplazara a quienes hubiesen sido parte en el procedimiento, excepto a la parte recurrente en amparo, para que en el plazo de diez días pudieran comparecer ante este Tribunal si así lo deseasen.

7. No habiéndose personado el Abogado del Estado en el plazo establecido al efecto, mediante diligencia de ordenación de fecha de 13 de abril de 2009 la Sala Segunda acordó dar vista de las actuaciones recibidas a la parte recurrente y al Ministerio Fiscal, por plazo común de veinte días, para que, conforme determina el art. 52.1 LOTC, presentasen las alegaciones que estimaran pertinentes.

8. Mediante escrito registrado en este Tribunal el día 22 de abril de 2009, la entidad Dop-Piles, S.L., representada por el Procurador don Guillermo García-San Miguel Hoover y defendida por el Letrado don Juan Manuel Salmerón García, evacuó el trámite de alegaciones conferido, ratificándose en los argumentos de su escrito de demanda e interesando que se acuerde conforme a lo solicitado en el mismo.

9. El Ministerio Fiscal presentó su escrito de alegaciones mediante escrito registrado en este Tribunal el día 20 de mayo de 2009 en el que, tras precisar los antecedentes de hecho, interesa de la Sala que dicte sentencia mediante la que se deniegue el amparo solicitado, de acuerdo con los argumentos esgrimidos en su momento en el trámite de admisión previsto en el art. 50.3 LOTC.

10. Por providencia de 15 de julio de 2010 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 19 de julio de 2010.

## II. Fundamentos jurídicos

1. El presente recurso de amparo se dirige contra la Sentencia de la Sección

Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía núm. 378/2006, de 30 de junio de 2006 (dictada en el recurso núm. 3027-1999), por la que se confirma el acto de derivación de responsabilidad solidaria por cotizaciones a la Seguridad Social, así como contra el Auto de la misma Sala y Sección de fecha 4 de diciembre de 2004, que desestima el incidente de nulidad de actuaciones promovido contra aquélla.

El demandante de amparo considera que se ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), por la negativa del órgano judicial a darle respuesta sobre si resultaba o no exigible la deuda cuya responsabilidad le ha sido derivada (existencia o inexistencia que determinaría, además, la propia viabilidad de la derivación de responsabilidad), restringiendo de esta manera su derecho de defensa por impedirle formular alegaciones, sin una motivación razonable y sin apoyo en fundamento legal alguno. Por su parte, el Ministerio Fiscal interesa la desestimación del recurso de amparo al considerar que ha existido una respuesta expresa sobre la cuestión planteada, pues el órgano judicial abordó el análisis de la cuestión aunque descartando conocer de ella por entender que su denuncia debió corresponder a la deudora principal, razón por la cual ha habido una respuesta, acertada o no, pero que no puede tildarse de absolutamente irrazonable y desproporcionada, ni, por tanto, lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

2. Antes de entrar a conocer de las vulneraciones alegadas por la parte actora es necesario efectuar dos precisiones previas. En primer lugar, debe señalarse que aun cuando la parte actora instó por medio de otrosí en su escrito de demanda el recibimiento del presente recurso a prueba, lo cierto es que dicha solicitud estaba desprovista de los requisitos que, en todo caso, deben necesariamente

cumplimentarse por la parte solicitante para que la misma pueda ser considerada por este Tribunal, como son, de un lado, que se concreten los hechos que deben ser objeto de la actividad probatoria y los medios de prueba que pretenden hacerse valer a tal efecto; y, de otro, que se alegue y fundamente sobre la necesidad y relevancia de la prueba propuesta para acreditar la violación del derecho fundamental objeto del recurso de amparo [entre las últimas, SSTC 99/2004, de 27 de mayo, FJ 3 a); y 110/2007, de 10 de mayo, FJ 2]. Sin embargo, la parte actora se limitó a solicitar el recibimiento a prueba del presente recurso sin expresar los hechos objeto de la actividad probatoria, ni los medios de prueba de los que, en su caso, pretendía valerse, y sin fundamentar la necesidad y trascendencia que la prueba pretendida tenía para acreditar la lesión del invocado derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del art. 24.1 CE, razón por la cual, la indeterminada solicitud del demandante impidió que este Tribunal pudiera considerar su petición (en sentido similar, ATC 368/2008, de 17 de noviembre, FJ único).

Y, en segundo lugar, es preciso igualmente señalar que cuando la parte actora alega en su escrito de demanda la vulneración por las resoluciones judiciales impugnadas del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), lo hace desde una doble óptica, pues, de un lado, les imputa una incongruencia omisiva al dejar, a su juicio, incontestada una alegación fundamental, y, de otro, las considera causantes de indefensión al impedirle, como responsable solidario, mediante una interpretación carente de base legal, cuestionar las deudas que le son derivadas y exigidas. Pues bien, debe rechazarse ya en este momento que las resoluciones judiciales hayan incurrido en el vicio de la incongruencia omisiva que la parte actora les imputa, pues el órgano judicial no deja incontestada pre-

tensión de ninguna clase, sino que adopta la decisión, de forma razonada –luego analizaremos si también fundada en Derecho–, de abstenerse de entrar a conocer acerca de unas determinadas cuestiones por considerar que sobre las mismas no podía pronunciarse, al haber devenido firmes y consentidas por no haber sido impugnadas en tiempo y forma por quien tenía la condición de deudor principal. El problema no es, pues, de incongruencia o falta de respuesta a una pretensión o a una alegación sustancial, pues existe una respuesta expresa a la alegación articulada, justificativa de las razones por las que el órgano judicial considera que no puede entrar a conocer de la misma, sino que estamos ante un problema de razonabilidad de una resolución judicial que, por medio de su decisión, impide el acceso a la jurisdicción de determinadas pretensiones, so pretexto de estar impedido el órgano judicial para conocer de ellas por razones de «Teoría General del Derecho». En suma, «[e]s claro, pues, que existe una respuesta judicial en relación con la cuestión considerada, que excluye toda posible incongruencia omisiva, exponiendo la Sala las razones que le llevan a no realizar un pronunciamiento sobre el fondo de tal cuestión» (ATC 202/2001, de 11 de julio, FJ 2). Lo que sucede, entonces, «es que, pese a lo que se mantiene, existe una respuesta del órgano judicial; otra cosa es la valoración que ésta merezca» (STC 269/2006, de 11 de septiembre, FJ 7), que es lo que vamos a realizar a continuación.

3. Hechas las precisiones que anteceden, estamos ya en disposición de dar respuesta a la alegada vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del art. 24.1 CE, que la parte actora hace depender de la negativa judicial a permitirle cuestionar las deudas que le son derivadas. Pues bien, puesto que la decisión judicial opone una causa que le impide entrar a conocer de una «alegación sustancial» oportunamente

planteada (SSTC 61/2009, de 9 de marzo, FJ 5; y 73/2009, de 23 de marzo, FJ 2), impidiéndole la obtención de un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión planteada, nos situamos, respecto de esta concreta alegación sustancial, dentro del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, en su vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción, lo que implica, como tantas veces hemos dicho, que el canon de constitucionalidad aplicable al presente supuesto no quede limitado sólo a la apreciación de la arbitrariedad, de la irrazonabilidad o de un error patente en la resolución judicial, parámetros propios del control de las resoluciones judiciales obstativas del acceso al recurso, sino que hay que acudir al de la proporcionalidad, que margina las interpretaciones judiciales que eliminen u obstaculicen injustificadamente el derecho del justiciable a que un órgano judicial conozca y resuelva en Derecho sobre la pretensión a él sometida (entre las últimas, SSTC 133/2009, de 1 de junio, FJ 3; y 183/2009, de 7 de septiembre, FJ 3).

Ahora bien, aunque la apreciación de las causas legales que impiden un pronunciamiento sobre el fondo de las pretensiones deducidas corresponde, con carácter general, a los Jueces y Tribunales en el ejercicio de la función que les es propia ex art. 117.3 CE, no siendo, en principio, función del Tribunal Constitucional revisar la legalidad aplicada, es también doctrina reiterada de este Tribunal la de que, como garante último del derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales, le corresponde examinar los motivos y argumentos en los que se funda la decisión judicial que «elude pronunciarse sobre el fondo del asunto planteado, con la sola finalidad de comprobar si el motivo apreciado está constitucionalmente justificado y guarda proporción con el fin perseguido por la norma en que se funda, más allá de la aplicación de las normas



jurídicas al caso concreto que, como es sabido, compete en exclusiva a los Jueces y Tribunales» (STC 133/2009, de 1 de junio, FJ 3). No hay que olvidar que el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su dimensión de derecho a obtener una resolución judicial fundada en Derecho sobre el fondo de las cuestiones planteadas, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos, lo que implica, en primer lugar, que la resolución esté motivada, es decir, contenga los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión; y en segundo lugar, que la motivación contenga una fundamentación en Derecho, esto es, no acoja una aplicación arbitraria de la legalidad, no resulte manifiestamente irrazonada o irrazonable, y no incurra en un error patente ya que, en tal caso, la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (SSTC 36/2009, de 9 de febrero, FJ 3; 61/2009, de 9 de marzo, FJ 4; y 82/2009, de 23 de marzo, FJ 6).

4. No cabe duda de que la negativa del órgano judicial de entrar a conocer sobre los vicios que la entidad actora imputaba a las deudas que eran objeto de derivación, sobre la base, según apunta, de la conocida teoría general del Derecho relativa a la naturaleza de los actos administrativos firmes y sus efectos jurídicos (firmeza que le atribuye a los actos de liquidación de las deudas contraídas por la deudora principal), que sólo conferiría a la entidad recurrente el derecho a cuestionar la validez del acto de declarativo de la responsabilidad solidaria y del procedimiento seguido a estos efectos, pero no el contenido de unas liquidaciones que debía haberlas impugnado el deudor principal en el momento de su notificación, sólo puede calificarse como manifiestamente irrazonable, no sólo por haber convertido la aplicación de la legalidad en una mera apariencia, sino por

haber obstaculizado de manera desproporcionada, sin fundamento legal que lo justifique, el derecho del recurrente en amparo de acceso a la jurisdicción con la finalidad de que el órgano judicial conozca y resuelva en Derecho sobre el fondo de la cuestión a él sometida.

En efecto desde el plazo de la pura legalidad el responsable solidario –por sucesión en la titularidad de una empresa– queda subrogado, no sólo en las obligaciones, sino también en los derechos del titular anterior o deudor principal (arts. 44.1 Real Decreto Legislativo 1/1995 y 37.4 Ley 230/1963), atribuyéndosele, con carácter general, el ejercicio de todas las excepciones que se deriven de la naturaleza de la obligación (art. 1.148 Código civil), razón por la cual debe notificársele, no sólo el acto de derivación de responsabilidad, sino también los elementos esenciales de la liquidación (art. 11.1 Real Decreto 1637/1995), indicándosele el recurso procedente (art. 11.1 Real Decreto 1637/1995), que puede ser ejercido tanto contra la liquidación que le ha sido practicada a él como contra la extensión y fundamento de la responsabilidad que se le deriva (arts. 174.5 Ley 58/2003 y 12 Real Decreto 1684/1990). Parece evidente, entonces, que al responsable no se le deriva una liquidación firme y consentida por el obligado principal y, en consecuencia, inimpugnable al momento de la derivación, sino que lo que se le deriva es la responsabilidad de pago de una deuda, frente a la cual y desde el mismo instante en que se le traslada, se le abre la oportunidad no sólo de efectuar el pago en período voluntario, sino también de reaccionar frente a la propia derivación de responsabilidad, así como frente a la deuda cuya responsabilidad de pago se le exige.

No hay que olvidar que una conducta pasiva del deudor principal frente a las pretensiones liquidatorias o recaudatorias administrativas, haciendo dejación de su

derecho a reaccionar en tiempo y forma contra los actos de liquidación, dejaría inerte al responsable solidario o subsidiario, al condicionar el ejercicio de su derecho fundamental de acceso a la jurisdicción en petición de nulidad de la deuda que se le deriva, de la actitud procesal diligente del deudor principal que la deja impagada. La teoría a la que apela el órgano judicial para justificar su decisión de no entrar a conocer de las quejas de la parte actora, relativa a las consecuencias de la firmeza de los actos administrativos no impugnados en tiempo y forma, puede predicarse de quien con su actitud consintió con los mismos, pero en modo alguno se puede trasladar a quien, por el incumplimiento del deudor principal, se ve colocado en su lugar y compelido al pago. Si la carga del responsable es concurrir al pago de la deuda de un tercero por las especiales circunstancias que, de acuerdo con las leyes, le unen a él y le obligan a colocarse en su lugar, no es dado añadirle la carga, a modo de retribución por una conducta ilícita, de no poder reaccionar, con todos los medios a su alcance, frente a los actos que se le derivan y cuya responsabilidad se le exige.

Esta es, por otra parte, la postura asumida por este Tribunal desde la perspectiva de la garantía de los derechos fundamentales, pues ya hemos tenido ocasión de reconocer a los responsables «el derecho de defensa contradictoria mediante la oportunidad de alegar y probar procesalmente sus derechos e intereses», de manera que, como consecuencia de la resolución de los recursos o reclamaciones que aquellos interpongan, pueda revisarse «el importe de la obligación del responsable» (FJ 7), considerando este Tribunal la negativa del órgano judicial a controlar las liquidaciones de las que traía causa la responsabilidad derivada como una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), causante de una auténtica indefensión, por tener su origen inmediato y directo en un

acto del órgano judicial (STC 85/2006, de 27 de marzo, FJ 7, con relación a la derivación de responsabilidad subsidiaria de una entidad mercantil a sus administradores en materia de sanciones tributarias, en cuanto se los hace responsables del pago de las sanciones tributarias impuestas por las conductas infractoras cometidas por dicha sociedad).

En suma, la negativa del órgano judicial de entrar a conocer sobre las cuestiones que la parte actora planteaba en relación con la deuda que se le derivaba, ha vulnerado su derecho fundamental de acceso a la jurisdicción y, por lo tanto, a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, razón por la cual, deben anularse las resoluciones judiciales impugnadas y retrotraerse las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de dictarse la Sentencia recurrida en amparo, a fin de que la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada) dicte una nueva Sentencia respetuosa con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), con la finalidad de que la parte recurrente obtenga una respuesta, estimatoria o desestimatoria, sobre el fondo de las alegaciones sustanciales indebidamente incontestadas.

## FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Estimar la demanda de amparo promovida por la entidad mercantil Dop-Piles, S.A. y, en consecuencia:

- 1.º Declarar vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) del recurrente en amparo.
- 2.º Restablecerlo en su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad tanto de la

Sentencia núm. 378/2006 de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 30 de junio de 2006, dictada en el recurso núm. 3027-1999, como el Auto la misma Sección de fecha 4 de diciembre de 2006, retrayendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de dictarse la Sentencia recurrida en amparo, a fin de que se dicte una nueva Sentencia respetuosa con el derecho fundamental reconocido.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a diecinueve de julio de dos mil diez.–Vicente Conde Martín de Hijas.–Elisa Pérez Vera.–Eugeni Gay Montalvo.–Ramón Rodríguez Arribas.–Pascual Sala Sánchez.–Firmado y rubricado.

---

## **Sentencia 40/2010, de 19 de julio de 2010**

### **Sala Segunda**

Recurso de amparo 2315-2009. Promovido por don Santiago Vigo Domínguez respecto a los Autos de la Audiencia Provincial de Madrid y de un Juzgado de Instrucción de Aranjuez que archivaron las diligencias previas por un delito de malos tratos. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), en relación con el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratos inhumanos o degradantes (art. 15 CE): investigación insuficiente de una denuncia de malos tratos sufridos en un centro penitenciario (STC 52/2008). («BOE» núm. 192 de 9 de agosto de 2010)

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Vicente Conde Martín de Hijas, Presidente, doña Elisa Pérez Vera, don Eugenio Gay Montalvo,

don Ramón Rodríguez Arribas y don Pascual Sala Sánchez, Magistrados, ha pronunciado

### **EN NOMBRE DEL REY**

la siguiente

### **SENTENCIA**

En el recurso de amparo núm. 2315-2009, promovido por don Santiago Vigo Domínguez, representado por la Procuradora de los Tribunales doña María Teresa Vidal Bodi y asistido por el Abogado don Manuel Chao do Barro, contra el Auto dictado por la Sección vigésimo séptima de la Audiencia Provincial de Madrid, de 27 de enero de 2009, que desestimó el recurso de apelación interpuesto contra el Auto del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Aranjuez, de fecha 22 de julio de 2008, luego confirmado en reforma por Auto de 8 de octubre de 2008, que acordó el sobreseimiento provisional y el archivo de las diligencias previas núm. 1133-2008 seguidas en virtud de la denuncia formulada por el recurrente por malos tratos. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Pascual Sala Sánchez, quien expresa el parecer de la Sala.

### **I. Antecedentes**

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal Constitucional el 12 de marzo de 2009 la Procuradora de los Tribunales doña María Teresa Vidal Bodi, en nombre y representación de don Santiago Vigo Domínguez, interpuso recurso de amparo contra las resoluciones judiciales citadas en el encabezamiento.

2. Los hechos que fundamentan la demanda de amparo son resumidamente los siguientes:

a) El 20 de junio de 2008 el recurrente en amparo, interno del Centro Penitenciario Madrid VI, presentó denuncia

ante el Juzgado Decano de Aranjuez por los malos tratos, físicos y psicológicos, que decía haber recibido pocos días antes en el citado establecimiento. Concretamente el recurrente refiere en su escrito de denuncia que sobre las 13:00 horas del día 14 de junio de 2008, y luego de haber mantenido una comunicación vis a vis con sus padres y hermano, fue conminado entre insultos por los funcionarios del citado centro penitenciario a desnudarse para practicarle un cacheo integral. Una vez desnudo, y como respuesta a su solicitud de una bata o prenda con la que poder cubrirse, los funcionarios le contestaron literalmente que «queremos verte el culo y la polla, por tanto, ponte en posición propicia para ello». Ante la negativa del recurrente a hacerlo, los funcionarios arremetieron contra él con patadas y puñetazos y le trasladaron al módulo de aislamiento donde continuaron los malos tratos e insultos, y en donde permaneció más de cuarenta y ocho horas, siendo reconocido el siguiente día 17 de junio de 2008 por el médico de la prisión, con el resultado que consta en su historial clínico.

Por estos hechos el recurrente solicitó del Juzgado la incoación de la oportuna investigación al objeto de poder depurar las responsabilidades penales a que hubiera lugar, interesando a tal fin que: i) se le tomara declaración en calidad de denunciante; ii) se le practicara examen médico forense para determinar el alcance de sus lesiones; iii) se librara el oportuno oficio al Director de la prisión para que facilitara la identificación de los funcionarios que participaron en los hechos denunciados y iv) se aportaran a la causa los informes emitidos por el médico-forense.

b) El siguiente día 24 de junio el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Aranjuez acordó incoar diligencias previas núm. 1133-2008 y librar oficio al citado Centro Penitenciario Madrid VI a fin de que remitiera informe sobre los hechos denun-

ciados. En el correspondiente informe, evacuado mediante escrito del Director de 1 de julio de 2008 y acompañado por los correspondientes partes médicos y de incidencias, consta anotado que efectivamente el recurrente fue requerido por los funcionarios del centro para que se desnudara a fin de poder practicarle el cacheo integral previsto en el art. 68.2 del vigente Reglamento penitenciario. A partir de ahí, sin embargo, la versión de los hechos que contiene difiere bastante de la relatada por el recurrente en su escrito de denuncia. Entre otros extremos refiere que, pese a serle facilitada la bata reglamentaria para hacerlo, el recurrente se negó a desnudarse y a ser cacheado, mostrando agresividad. Por este motivo tuvo que ser reducido por la fuerza y finalmente conducido sobre las 14:30 del día 14 de junio de 2008 al módulo de aislamiento en aplicación de lo dispuesto en el art. 72.1 del Reglamento penitenciario, en donde permaneció hasta las 14:35 del siguiente día 16 de junio. De esta medida se dio traslado puntual al Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria.

En el citado informe del Centro penitenciario consta asimismo anotado que sobre las 13:00 horas del mismo día 14 de junio de 2008 el demandante de amparo fue reconocido por el facultativo del centro, que emitió el oportuno parte en el que manifiesta que el interno no presentaba ninguna lesión. Igualmente advierte de que durante su estancia en el módulo de aislamiento fue visitado diariamente por el médico de la prisión. Finalmente relata que al día siguiente de abandonar su aislamiento, el día 17 de junio de 2008, y con ocasión de la consulta médica periódica de fisioterapia que tiene prescrita, el interno manifestó al facultativo encargado que había sido agredido por funcionarios el día 14 de junio de 2008. Tras la oportuna exploración, el médico emitió parte de asistencia por lesiones en el que hace constar la exis-

tencia de varios hematomas y erosiones superficiales de pronóstico leve.

El informe termina dando cuenta de que por el incidente protagonizado por el recurrente, se le abrió expediente disciplinario sancionador núm. 594-2008, por entonces en fase de instrucción.

c) El día 22 de julio de 2008 el recurrente en amparo prestó declaración ante el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Aranjuez, en la que, tras ratificarse en su escrito de denuncia e insistir en que fue golpeado repetidamente por funcionarios del centro, primero en la sala de comunicaciones y, más tarde, en el módulo de aislamiento, afirmó que en ningún momento opuso resistencia ni mostró agresividad, que el médico no le visitó dos veces y que en la celda de aislamiento estuvo siempre solo. Asimismo manifestó que el hecho de que el primer parte médico del día 14 de junio no apreciara lesiones, que sólo constan anotadas en el parte del siguiente día 17 de junio, se debe a que fueron causadas momentos antes por los funcionarios.

d) Ese mismo día 22 de julio de 2008 el Juzgado dictó Auto acordando el sobreseimiento provisional y el archivo de la causa por considerar que, de lo actuado, no «aparece debidamente justificada la perpetración del delito» denunciado, toda vez que «existe un parte [previo a la] aplicación del régimen de aislamiento en el que el médico hace constar que a las 13:00 horas [del día 14 de junio de 2008] el interno no presentaba ninguna lesión», cuando conforme a su propia declaración «en ese momento ya deberían existir lesiones objetivas».

e) Contra el citado Auto de archivo el recurrente en amparo interpuso recurso de reforma y subsidiario de apelación, denunciando, con invocación de los arts. 24.1 y 2 CE, la insuficiente instrucción cumplida por el órgano judicial que, no obstante la gravedad del delito denunciado, no practicó las diligencias de ave-

riguación oportunas para el esclarecimiento de los hechos, conformándose en su lugar con el informe emitido por el propio Centro penitenciario denunciado y uno de los partes médicos emitidos, y sin someterlos, además, a los elementales principios de inmediación y contradicción.

Por Auto de 8 de octubre de 2008 el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Aranjuez acordó desestimar el recurso de reforma interpuesto, confirmando en su integridad el Auto recurrido por considerar literalmente que «las diligencias practicadas no revelan la existencia de indicios racionales de haberse perpetrado el hecho denunciado. Existen dos partes de lesiones, el primero de ellos no [refiere] lesión alguna antes de la aplicación del régimen de aislamiento y, el segundo parte de lesiones no determina la fecha en que pudieron producirse las mismas».

f) Contra este último Auto el recurrente interpuso recurso de apelación, insistiendo en los mismos argumentos ya defendidos en la instancia y, en particular, en la deficiente instrucción cumplida en este asunto. La Audiencia Provincial de Madrid, por Auto de 27 de enero de 2009, acordó desestimar el recurso de apelación interpuesto por considerar que la decisión de archivo cuestionada no merecía ningún reproche, toda vez que los antecedentes del caso efectivamente privaban de toda credibilidad a la denuncia formulada por el recurrente.

El Auto destaca que el derecho a la tutela judicial efectiva no autoriza a prolongar las diligencias procesales de investigación en la búsqueda a todo trance de algún elemento que justifique la denuncia formulada cuando, como entiende que es el caso, las circunstancias concurrentes revelan que no existe ningún indicio de los delitos denunciados. Así, de hecho, lo demostraría la documentación aportada

al proceso, que da cuenta de la existencia del incidente producido con ocasión de la diligencia de cacheo, la corrección disciplinaria que, por ese motivo, le fue impuesta al recurrente y los partes médicos, pues, aun cuando el último del día 17 de junio de 2008, testimonia la existencia de determinadas lesiones, el mismo nada dice sobre el origen que le atribuye el recurrente, «puesto que de haberse producido en el momento que señala, los facultativos que le examinaron al iniciar la medida de aislamiento y durante su [cumplimiento] habrían detectado necesariamente las lesiones [luego apreciadas, pero] no al salir del módulo de aislamiento, lo que hubiera dotado de alguna verosimilitud a su denuncia, sino una vez transcurridas veinticuatro horas desde tal momento», lo que la hace inverosímil.

3. En su demanda de amparo el recurrente argumenta, como ya hiciera antes en la vía judicial, que el sobreseimiento y archivo de las diligencias abiertas con motivo de su denuncia por malos tratos, sin antes practicar todas las diligencias de prueba oportunas para el esclarecimiento de los hechos denunciados, ni siquiera las que interesó desde el primer momento, es una decisión judicial, que además de inmotivada, revela una investigación deficiente e ineficaz y que, por lo mismo, vulnera de modo principal su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión del art. 24.1 CE, en relación con su derecho a no sufrir malos tratos del art. 15 CE. A este propósito razona, en particular, sirviéndose de la cita de la doctrina de este Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que considera de aplicación al caso, que las razones expuestas en las resoluciones judiciales impugnadas para justificar la decisión de archivo cuestionada son claramente insuficientes, pues se fundan principalmente en el contenido de un informe exculpatorio de la propia parte denunciada y uno de los informes médicos, que ni siquiera,

además, fueron sometidos, como entiende que es obligado, a los principios de inmediación judicial y contradicción.

4. Por diligencia de ordenación, de fecha 19 de junio de 2009, la Sección Tercera de este Tribunal acordó, antes de decidir sobre la admisibilidad del recurso, dirigir comunicación al Juzgado de Instrucción núm. 2 de Aranjuez a fin de que remitiera certificación o copia adverada de las actuaciones correspondientes a las diligencias previas núm. 1133-2008.

5. Una vez recibidas las actuaciones reclamadas, por providencia de 4 de mayo de 2010, la Sección Tercera de este Tribunal acordó, de conformidad con lo previsto en el art. 50.1 LOTC, admitir a trámite el presente recurso de amparo. Asimismo, en aplicación de lo dispuesto en el art. 51 LOTC, acordó requerir a la Sección vigésimo séptima de la Audiencia Provincial de Madrid a fin de que remitiera certificación o copia adverada de las actuaciones correspondientes al rollo de apelación núm. 901-2008. Finalmente, en la misma providencia, acordó dirigir atenta comunicación al Juzgado de Instrucción núm. 2 de Aranjuez a fin de que emplazase a quienes hubieran sido parte en este procedimiento, con excepción de la parte recurrente en amparo, para que en el plazo de diez días pudieran comparecer en este proceso constitucional de amparo.

6. Por diligencia de ordenación de 19 de mayo de 2010, se acordó, con arreglo a lo dispuesto en el art. 52.1 LOTC, conceder a todas las partes personadas y al Ministerio Fiscal plazo común por veinte días para que, con vista de las actuaciones recibidas, formularan alegaciones.

7. Con fecha 21 de junio de 2010 el recurrente presentó su escrito de alegaciones, reiterando las ya formuladas en su escrito de demanda de amparo constitucional.

8. El Ministerio Fiscal, mediante escrito registrado el 28 de junio de 2010,

presentó sus alegaciones interesando el otorgamiento del amparo solicitado. Tras resumir los antecedentes del caso, el Fiscal recuerda a continuación la doctrina constitucional sobre el derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el derecho a no sufrir torturas o tratos inhumanos o degradantes. Teniendo en cuenta esa doctrina constitucional, el Fiscal razona sobre si en el presente asunto las resoluciones judiciales impugnadas satisfacen o no el canon reforzado de motivación que es exigible en supuestos de este tipo, para acabar concluyendo, a la vista de las circunstancias concurrentes, que efectivamente, como denuncia el recurrente, la decisión judicial de sobreseimiento y archivo de la causa penal abierta con motivo de la denuncia por malos tratos presentada no estuvo precedida de una investigación judicial suficiente y efectiva. Y para probarlo subraya, de un lado, el carácter verosímil de los hechos denunciados por el recurrente, habida cuenta las lesiones que certifica el último de los informes médicos aportados a la causa penal y la firmeza con la que, tanto en su denuncia como más tarde en su declaración judicial, insistió en atribuir las al comportamiento de los funcionarios del Centro penitenciario que participaron en su cacheo, reducción y posterior traslado al módulo de aislamiento. Y, de otro, el hecho de que, no obstante la existencia de esos indicios y la contradicción existente entre los dos partes médicos aportados a la causa, el órgano judicial no acordó la práctica de ninguna diligencia de investigación a fin de determinar su origen y la fecha en la que se produjeron, u aportar nuevos datos sobre los hechos investigados, como tomar declaración a los funcionarios interesados y a los facultativos que respectivamente expedieron los correspondientes partes médicos de los días 14 y 17 de junio de 2008.

Por estas razones, el Fiscal concluye, en efecto, que el órgano judicial no realizó una investigación eficaz al no prac-

ticar, antes de acordar el sobreseimiento provisional y archivo de la causa, todas las medidas de investigación razonablemente disponibles para poder esclarecer los malos tratos denunciados, con consecuente vulneración del derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva sin indefensión del art. 24.1 CE, en relación con su derecho fundamental a no ser sometido a tratos inhumanos o degradantes del art. 15 CE.

9. Por providencia de 15 de julio de 2010, se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 19 del mismo mes y año.

## II. Fundamentos jurídicos

1. En la presente demanda de amparo el recurrente imputa a las resoluciones judiciales impugnadas la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con su derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes (art. 15 CE), y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) al haber acordado los órganos judiciales el sobreseimiento provisional y el archivo de unas diligencias penales incoadas por una denuncia de malos tratos sin razones bastantes y sin haber practicado antes todas las diligencias de investigación disponibles para esclarecer los hechos denunciados.

2. Este Tribunal ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre las exigencias derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en relación con las decisiones judiciales de sobreseimiento y archivo de causas penales incoadas por denuncias de torturas o de tratos inhumanos o degradantes en las más recientes SSTC 224/2007, de 22 de octubre; 34/2008, de 25 de febrero (FFJJ 4 y 6), 52/2008, de 14 de abril (FJ 2), y 107/2008, de 22 de septiembre (FJ 2).

En esta jurisprudencia este Tribunal ha destacado, siguiendo la jurisprudencia

del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre este particular (por todas, SSTEDH de 16 de diciembre de 2003, *Kmetty c. Hungría*, § 37, y de 2 de noviembre de 2004, *Martínez Sala y otros c. España*, §156), que el derecho a la tutela judicial efectiva de quien denuncia haber sido víctima de torturas o de tratos inhumanos o degradantes exige una resolución motivada y fundada en Derecho y acorde con la prohibición absoluta de tales conductas, en que se «ha de tener en cuenta la gravedad de la quiebra de esta prohibición y el tipo de actividad judicial necesaria para preservarla dadas su difícil detectabilidad y la especial dependencia respecto de dicha actividad judicial de la indemnidad de la dignidad de la persona, objeto central de protección de la prohibición. Es de señalar en tal sentido que se trata de una tutela judicial doblemente reforzada que no encuentra parangón en otras demandas de auxilio judicial, pues se pide la tutela judicial frente a la vulneración de un derecho fundamental que constituye un derecho absoluto cuya indemnidad depende esencialmente de dicha tutela judicial». Y subrayado también que en estos casos «el derecho a la tutela judicial efectiva sólo se satisface si se produce una investigación de lo denunciado que sea a su vez suficiente y efectiva, pues la tutela que se solicita consiste inicialmente en que se indague sobre lo acaecido. Tales suficiencia y efectividad sólo pueden evaluarse con las circunstancias concretas de la denuncia y de lo denunciado, y desde la gravedad de lo denunciado y su previa opacidad, rasgos ambos que afectan al grado de esfuerzo judicial exigido por el art. 24.1 CE».

En esa misma jurisprudencia está igualmente dicho que, si bien esta exigencia reforzada no comporta la apertura de la instrucción en todo caso, ni impone la realización de todas las diligencias de investigación posibles, «[p]or el contrario, vulnera el derecho a la tutela judi-

cial efectiva en este ámbito que no se abra o que se clausure la instrucción cuando existan sospechas razonables de que se ha podido cometer el delito de torturas o de tratos inhumanos o degradantes denunciado, y cuando tales sospechas se revelen como susceptibles de ser despejadas», ya que «respecto a la investigación de indicios de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes sufridos bajo la custodia de autoridades policiales, de los Acuerdos internacionales firmados por España y del propio tenor del art. 15 CE se desprende un especial mandato de agotar cuantas posibilidades razonables de indagación resulten útiles para aclarar los hechos. En estos supuestos, en los que el valor superior de la dignidad humana puede verse comprometido con motivo de una situación especial en la que el ciudadano se encuentra provisionalmente bajo la custodia física del Estado, es necesario acentuar las garantías, de tal modo que el ordenamiento constitucional pueda amparar al ciudadano fácticamente desprotegido ante cualquier sospecha de excesos contra su integridad física o moral».

Este Tribunal ha subrayado asimismo que para valorar si la decisión judicial de archivar las diligencias abiertas vulnera o no las exigencias del art. 24.1 CE, por existir aún sospechas razonables de tortura, susceptibles además de ser disipadas el agotamiento de los oportunos medios de investigación disponibles, hay que atender a las circunstancias concretas de cada caso y hacerlo siempre teniendo presente la escasez de pruebas que de ordinario existen en este tipo de delitos. Precisamente este déficit probatorio «debe alentar, por un lado, la diligencia del instructor para la práctica efectiva de las medidas posibles de investigación y, por otro, ante la dificultad de la víctima de aportar medios de prueba sobre su comisión, hacer aplicable el principio de prueba como razón suficiente para que se



inicie la actividad judicial de instrucción».

3. De conformidad con la doctrina expuesta debemos comprobar pues, en primer término, si al tiempo de acordarse el archivo de la causa penal existían o no sospechas razonables acerca de la posible comisión de los hechos denunciados. Para determinar a continuación, si fuera preciso, si por entonces existían todavía medios de investigación disponibles para despejar convenientemente esas dudas.

Del relato fáctico que se ha dejado constancia en los antecedentes importa destacar ahora los siguientes hechos, que resultan de las propias actuaciones judiciales aportadas a este proceso constitucional. De un lado, que el requerimiento de desnudo integral recibido por el recurrente acabó degenerando en una situación cuando menos tensa que reclamó el empleo de la fuerza física por los funcionarios del centro penitenciario, el posterior traslado del recurrente al módulo de aislamiento y la incoación de un expediente disciplinario. Y por otro, que los dos informes médicos, concretamente los emitidos con fechas de 14 y 17 de junio de 2008, ofrecen versiones contradictorias, toda vez que, mientras que en el primero, emitido previamente al ingreso del recurrente en el módulo de aislamiento, el facultativo hace constar que no se aprecian lesiones, en el otro, emitido al día siguiente de abandonar el recurrente el módulo de aislamiento, sí consta expresamente anotada la existencia de múltiples hematomas y lesiones superficiales.

Con estos antecedentes, que hablan cuando menos, como se ha recordado y subraya también por su parte el Fiscal, de un requerimiento de desnudo integral conflictivo, que acabó de hecho exigiendo el empleo de la fuerza, primero para proceder a quitarle la ropa al recurrente y, más tarde, para reducirlo y trasladarlo al

módulo de aislamiento, no hay duda de que la denuncia por malos tratos que presentó más tarde ante el Juzgado no carecía prima facie de verosimilitud, como, sin embargo, afirmó el Juzgado y confirmó luego la Audiencia Provincial en el Auto de apelación impugnado, toda vez que los hechos denunciados, en cuanto que coinciden o cuadran parcialmente con esos mismos antecedentes, no pueden ser tachados sin más de inverosímiles.

Es cierto, como razonan de consuno el Juzgado de Instrucción, al decretar el archivo de la causa, y la Audiencia Provincial, más tarde, al confirmar esa decisión, que el primero de los informes médicos emitidos, justo antes de que el recurrente ingresara en el módulo de aislamiento y, por tanto, inmediatamente después de que se produjera el incidente en la sala de comunicaciones, no aprecia ninguna lesión o evidencias de malos tratos físicos. Como también lo es que el segundo parte médico fue emitido veinticuatro horas después de que el demandante de amparo abandonara el citado módulo de aislamiento y que el mismo no refiere el posible origen ni la fecha de las lesiones que advierte.

Todas estas razones, e incluso la cautela que ha de observarse ante denuncias de este tipo, que en ocasiones solo persiguen desacreditar las actuaciones de los funcionarios públicos, aunque puedan restar credibilidad a la denuncia, no son sin embargo concluyentes para justificar el archivo de la causa ni, en consecuencia, satisfacen tampoco el deber de motivación reforzada que, según hemos señalado anteriormente, es constitucionalmente exigible con arreglo al art. 24.1 CE en este tipo de casos.

En primer término, porque la ausencia de signos o evidencias de agresiones físicas que refiere el primero de los citados informes médicos carece de la fuerza suficiente para despejar toda sospecha, dado que no cabe descartar de antemano

ni de modo automático que los malos tratos denunciados, por sus propias características, pueden no dejar marcas o señales de su comisión o, incluso, que éstas se manifiesten pasado un tiempo desde que aquéllos se produjeron. Y en segundo lugar, porque el hecho de que el segundo informe médico, el emitido de 17 de junio de 2008, que sí constata ya la existencia de lesiones, no refiera ni proporcione por su parte ningún elemento de juicio sobre su posible origen y la fecha de su causación, no es tampoco ningún argumento que sirva de motivación suficiente a la decisión judicial de archivar. Antes al contrario, refuerza la exigencia de apurar todas las diligencias de investigación útiles y razonablemente al alcance del órgano judicial para poder esclarecer con mayor seguridad los hechos denunciados, pues, como es elemental, si algo prueba el citado informe médico es la existencia de unas lesiones, bien que de origen y fecha desconocidas, y no en cambio, como sin embargo parecen indicar las resoluciones judiciales impugnadas, su carácter por completo extraño a los hechos denunciados y, por tanto, irrelevante.

4. Una vez comprobado, por las razones dichas, que las resoluciones impugnadas no contienen la motivación reforzada que con arreglo al art. 24.1 CE es exigible para poder acordar fundamentadamente el archivo de la causa, debemos verificar ahora si en el presente caso los órganos judiciales agotaron todos los medios razonables y eficaces de investigación a su alcance para desmentir o confirmar la credibilidad de la denuncia del recurrente. Pues, como antes hemos señalado, en ocasiones puede resultar justificada la decisión de archivar una causa cuando no existen ya otros medios de investigación adecuados para esclarecer los hechos denunciados.

Tampoco desde esta perspectiva de análisis se puede afirmar que la tutela judicial prestada haya cumplido en este

caso las exigencias del art. 24.1 CE. La falta de verosimilitud que los órganos judiciales afirman con fundamento en las razones que antes hemos examinado y, en particular, la aparente contradicción entre los dos informes médicos aportados a la causa penal bien pudo haber sido aclarada por el testimonio inmediato y directo de los facultativos intervinientes. Como también, de otra parte, en el contexto típico de escasez probatoria que es común a este tipo de casos, alguna utilidad podría haber tenido también la declaración de los agentes policiales que participaron en el cacheo y posterior traslado del recurrente al módulo de aislamiento.

En consecuencia, habida cuenta de que frente a la denuncia de malos tratos formulada por el recurrente no se produjo una investigación judicial eficaz, toda vez que se decidió archivar las diligencias abiertas cuando podía no haberse esclarecido suficientemente la realidad de los hechos denunciados y existían aún medios razonablemente disponibles para despejar las posibles dudas al respecto, procede otorgar el amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con el derecho a no ser sometido a tortura o tratos inhumanos o degradantes (art. 15 CE). El restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho exige, según razonamos en la STC 34/2008, de 25 de febrero (FJ 9) y ha solicitado por su parte el Fiscal, la anulación de los Autos impugnados y la retroacción de actuaciones para que se dispense al recurrente la tutela judicial demandada.

#### **FALLO**

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por don Santiago Vico Domínguez y, en consecuencia:

1.º Reconocer que ha sido vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), en relación con su derecho a no ser sometido a torturas ni a tratos inhumanos o degradantes (art. 15 CE).

2.º Restablecerle en la integridad de su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad de los Autos del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Aranjuez de 22 de julio y 8 de octubre de 2008, dictados en las diligencias previas núm. 1133-2008, y del Auto de la Sección vigésimo séptima de la Audiencia Provincial de Madrid de 27 de enero de 2010, dictado en el rollo de apelación núm. 901-2008, retro trayendo las actuaciones al momento anterior al dictado del primero de los Autos anulados para que el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Aranjuez proceda en términos respetuosos con los derechos fundamentales vulnerados.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a diecinueve de julio de dos mil diez.–Vicente Conde Martín de Hijas.–Elisa Pérez Vera.–Eugeni Gay Montalvo.–Ramón Rodríguez Arribas.–Pascual Sala Sánchez.–Firmado y rubricado.

---

### **Sentencia 41/2010, de 22 de julio de 2010**

#### **Pleno**

Cuestiones de inconstitucionalidad 2755-2007 y 7291-2008 (acumuladas). Planteadas por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Albacete en relación con el artículo 148.4 del Código penal en la redacción de la Ley Orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la

violencia de género. Supuesta vulneración de los principios de igualdad, de presunción de inocencia y de culpabilidad, de legalidad y de proporcionalidad penal: trato penal diferente en el delito de lesiones (SSTC 59/2008 y 45/2009). Votos particulares. («BOE» núm. 192 de 9 de agosto de 2010)

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Javier Delgado Barrio, doña Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Ramón Rodríguez Arribas, don Pascual Sala Sánchez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps, Magistrados, ha pronunciado

#### **EN NOMBRE DEL REY**

la siguiente

#### **SENTENCIA**

En las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas núms. 2755-2007 y 7291-2008, planteadas por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Albacete, respecto al art. 148.4 del Código penal en la redacción dada al mismo por el art. 36 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género. Han comparecido el Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado. Ha sido Ponente el Magistrado don Javier Delgado Barrio, quien expresa el parecer del Tribunal.

#### **I. Antecedentes**

1. El día 27 de marzo de 2007 tuvo entrada en este Tribunal, con el núm. 2755-2007, un escrito de la Magistrada del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Albacete al que se acompaña, junto al testimonio del procedimiento de juicio rápido núm. 82-2007, el Auto del citado Juzgado

de 8 de marzo de 2007 en el que se acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto al art. 148.4 del Código penal (CP) por su posible contradicción con los arts. 1.1, 9, 10, 14, 17, 24.2 y 25.1 CE.

Idéntico planteamiento realiza la misma Magistrada en otro procedimiento con número de registro 7291-2008 y Auto de cuestionamiento de 17 de diciembre de 2007 (procedimiento abreviado núm. 255-2007).

2. En los procedimientos señalados, tras la celebración del juicio oral, se acordó oír a las partes y al Ministerio Fiscal para que pudieran alegar sobre la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto al art. 148.4 CP por posible vulneración de los artículos de la Constitución ya reseñados.

A tal planteamiento se opusieron en ambos procedimientos el Ministerio Fiscal y las acusaciones particulares. Las representaciones de los acusados no hicieron alegaciones.

3. Los dos Autos de planteamiento cuestionan la constitucionalidad del art. 148.4 CP a partir de una interpretación del mismo según la cual el sujeto activo ha de ser necesariamente un varón y el sujeto pasivo sólo puede serlo una mujer, dado el tenor literal del precepto y el común origen político-criminal que comparte con preceptos como los arts. 153.1 y 171.4 CP, surgidos todos ellos, en su actual redacción, de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.

Las dudas respecto de la constitucionalidad del precepto formuladas por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Albacete se exponen en los Autos divididas en cuatro apartados:

a) En primer lugar, se plantea la posible contradicción del precepto con «el principio de igualdad, conectado con los

valores de la libertad, la dignidad de la persona y justicia (arts. 1.1, 10.1 y 14 CE)». Consideran los Autos que el art. 148.4 CP supone una «acción positiva» que, «válida en otros órdenes jurisdiccionales, como tradicionalmente ha sido el Derecho Laboral», no habría sido hasta ahora llevada al ámbito penal, y que supone «la discriminación negativa del varón». Según la argumentación del Juzgado, esta acción positiva se inserta además en un «Derecho Penal de autor frente al tradicional Derecho Penal del hecho»; presume, a partir de la dicción del art. 1.1 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, el «ejercicio de violencia de género por parte de los hombres hacia sus parejas con base en meros criterios estadísticos»; atribuye más valor a los bienes «integridad física o psíquica» y «libertad» de las mujeres que a los mismos bienes de los hombres; y, en fin, compromete doblemente la dignidad humana: la del hombre, «al que se configura como maltratador nato», y la de la mujer, «a quien se reputa en todo caso especialmente vulnerable».

b) En segundo término, los Autos aducen que también podría resultar vulnerado el derecho a la presunción de inocencia, conectado con el principio de culpabilidad (art. 24.2 CE), debido a la presunción, sin posibilidad de prueba en contrario, de que la violencia del varón hacia la mujer que es o fue su pareja constituye una manifestación de discriminación. Esta presunción la establecería el art. 1.1 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, «al desprenderse del mismo que toda violencia contra la mujer por parte de sus parejas o ex parejas es una manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres».

c) En tercer lugar, el Juzgado sostiene que la referencia típica a las «personas especialmente vulnerables» supone incluir en la disposición normativa un con-

cepto jurídico indeterminado que se opone a la exigencia de *lex certa* y, con ello, al principio de legalidad (art. 25.1 CE).

d) La última alegación se refiere al art. 9 CE y se desarrolla bajo la siguiente rúbrica: «Promoción de los poderes públicos de las condiciones para la libertad, la igualdad y seguridad jurídica. Interdicción de la arbitrariedad». Según los Autos, la promoción de las condiciones para la igualdad no sería posible a través de la pena, puesto que «no se alcanza a comprender cómo favorece la igualdad de oportunidades para la mujer [...] el castigo más severo de conductas como la enjuiciada cuando son cometidas por el hombre», y conduciría por exceso a una discriminación negativa, puesto que, en este caso, no se partía de una situación de desigualdad ante la ley y ante la Administración de Justicia. De igual modo, la «opción del legislador estableciendo categorías de penas distintas para hombres y para mujeres en idéntica situación ... podría considerarse contraria al valor justicia» y, por conexión con el mismo, al «principio de interdicción de la arbitrariedad».

En relación con este cuarto y último reproche, los Autos abundan en que la diferencia establecida en función del sexo de los sujetos activo y pasivo del tipo conlleva consecuencias jurídicas tanto en relación a la pena imponible como por lo que respecta a la posibilidad de aplicar alternativas a la prisión. Por un lado, la penalidad prevista para ese subtipo agravado es de dos a cinco años de prisión, frente a la que corresponde al tipo básico, que va desde los seis meses hasta los tres años de prisión. Por otro lado, en virtud del art. 88.1 CP la pena de prisión sólo podrá ser sustituida por la de trabajos en favor de la comunidad y no por la de multa, y al autor se le impondrá prescriptivamente la sujeción a programas específicos de reeducación, así como la prohibición de acudir a determinados lugares

y de aproximarse a la víctima. De igual modo, la suspensión de la pena en delitos por violencia de género se acompaña también de modo imperativo de las citadas condiciones, conllevando su incumplimiento automáticamente su revocación (art. 83.1.6 CP).

Una vez expuestas las dudas relativas a la constitucionalidad del precepto, la Magistrada firmante de los respectivos Autos de cuestionamiento procede a formular el juicio de relevancia, considerando que de las pruebas practicadas en el acto del juicio oral se infieren unos hechos a los que les sería aplicable el art. 148.4 CP, resultando imponible una pena de prisión mínima de dos años, a diferencia de lo que ocurriría si, en idénticas circunstancias, el sujeto activo hubiera sido la mujer y la víctima el hombre, caso éste en el que sería aplicable una pena mínima de seis meses (art. 147.1 CP). Frente a las calificaciones jurídicas formuladas por las acusaciones, considera la Magistrada que no procede la aplicación de la agravación por uso de armas prevista en el art. 148.1 CP y, con ella, la agravante de parentesco del art. 23 CP, sino que, al no quedar probado que se hubiera utilizado un arma, la calificación adecuada al caso sería la del tipo agravado del art. 148.4 CP.

Finalmente, en los Autos se argumenta que no cabe una interpretación conforme a la Constitución de la disposición impugnada «como posible límite de la duda de inconstitucionalidad». El intento de enlazar el tenor del art. 148.4 CP con lo dispuesto en el art. 1.1 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, no sólo sería muy forzado sino que, en cualquier caso, no superaría las barreras de inconstitucionalidad. Por un lado, exigir para la aplicación del art. 148.4 CP la concurrencia de un elemento subjetivo del injusto consistente en que el autor del delito (en todo caso, varón), actúe «en manifestación de la discriminación» y «de las relaciones de poder» en relación al sujeto pasivo

(mujer) supondría «someter a una violencia extrema a la norma penal», y por tanto cuestionable desde los principios de legalidad y taxatividad de las normas penales. Por otro lado, aun cuando tal exégesis de la disposición pudiera excluir del supuesto de hecho los casos en los que no se llegara a probar tal ánimo discriminatorio, salvando, por tanto, los principios de presunción de inocencia y de posibilidad de defensa, no permitiría excluir el reproche relativo al principio de igualdad, ya que el precepto cuestionado nunca se aplicaría si el sujeto activo fuese mujer y la víctima varón. Además, la consideración de la mujer como persona especialmente vulnerable y la consiguiente contemplación del abuso de superioridad como fundamento de la agravación por estar presente en todas las agresiones de los hombres hacia sus parejas, además de reprobable desde el principio de igualdad, implicaría el establecimiento de una presunción *iuris et de iure* que vulneraría el derecho a la presunción de inocencia. En suma, los Autos concluyen que «la única posibilidad de eliminación de la duda sobre la constitucionalidad de la norma vendría dada por la eliminación de cualquier referencia al sexo de los sujetos como criterio cualificativo de la agravación».

4. Las Secciones correspondientes de este Tribunal acordaron, mediante las providencias respectivas, admitir a trámite las cuestiones planteadas por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Albacete acerca de la constitucionalidad del art. 148.4 CP, así como dar traslado de las actuaciones recibidas, de conformidad con el art. 37.2 LOTC, al Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de sus Presidentes, al Gobierno, por conducto del Ministerio de Justicia, y al Fiscal General del Estado al objeto de que en el plazo de quince días pudieran personarse en el proceso correspondiente y formular las alegaciones que estimaren convenientes. En las mismas resoluciones se

acordó publicar la incoación de las cuestiones en el «Boletín Oficial del Estado».

5. El Presidente del Senado ha comunicado en los distintos procedimientos que la Mesa de la Cámara había acordado personarse en los mismos y dar por ofrecida su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC.

De igual modo, el Presidente del Congreso de los Diputados ha comunicado en los dos procedimientos el Acuerdo de la Mesa de la Cámara de personarse en ellos, poniendo a disposición del Tribunal las actuaciones que pudiera precisar.

6. El Abogado del Estado se personó en los distintos procedimientos en nombre del Gobierno, solicitando en sus escritos de alegaciones la desestimación de las cuestiones planteadas. Con carácter preliminar, el Abogado del Estado hace notar que el cuestionamiento del art. 148.4 CP se realiza en los Autos mediante la incorporación, en términos prácticamente idénticos, de las consideraciones efectuadas por el mismo Juzgado en el planteamiento de la cuestión de constitucionalidad núm. 8202-2005, respecto del art. 153 CP, denunciando las mismas infracciones constitucionales y llegando a deslizar en no pocos pasajes del Auto la cita del propio art. 153 CP.

a) Una vez señalado lo anterior, en el escrito de alegaciones se rechaza, en primer lugar, el reproche de discriminación y vulneración del derecho a la igualdad. Entiende el Abogado del Estado que el precepto cuestionado no introduce una discriminación positiva en beneficio de las mujeres, sino que trata de hacer frente a un problema social otorgando una tutela penal más intensa a las mujeres y otras personas vulnerables, entre las que pueden encontrarse personas de género masculino. En su escrito denuncia una fragmentación indebida el texto del precepto impugnado, que debe interpretarse en correlación con la agravación en casos de «víctima especialmente vulne-

able» que establece el apartado siguiente del art. 148 CP. Si se hace una lectura conjunta de ambos apartados, el reproche de discriminación pierde sentido, porque lo relevante deja de ser el sexo de agresor o víctima para serlo la particular situación de la víctima en el caso concreto. En relación con lo expuesto, entiende que hay una cierta contradicción en el Auto de planteamiento cuando hace depender la alegada discriminación hacia el varón de una lectura separada de los elementos del sexo y la vulnerabilidad, recogidos por ambos apartados citados del precepto, mientras que la también alegada lesión de la dignidad de la mujer se fundamenta precisamente en la agrupación de ambos elementos, en la medida en que lo que se denuncia es que el legislador presuponga la vulnerabilidad de la mujer en cuanto tal.

b) En segundo lugar, el Abogado del Estado también rechaza la alegada contradicción del precepto con el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE). Lo que el Juzgado estima como una presunción no sería sino una opción político-criminal del Legislador. Tal y como afirma el art. 1 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, esta forma de violencia contra las mujeres es manifestación de una actitud discriminatoria y desigualitaria, pero, a su juicio, esa actitud no es exigida como un elemento específico del tipo, que queda construido al margen de que pueda apreciarse una determinada actitud. En definitiva, el art. 1 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, no habría pasado a integrar propiamente el tipo penal, sino que constituiría más bien la explicación de la opción legislativa adoptada.

c) Por otra parte, destaca que los argumentos que abonan la denunciada incompatibilidad del precepto cuestionado con el art. 25.1 CE no guardan relación alguna con dicho precepto, de modo que esta alegación, o bien es mera reproducción de las realizadas en otros Autos res-

pecto del art. 153 CP, o bien supone reconocer una cierta «interconexión sistemática» entre los apartados cuarto y quinto del art. 148 CP.

7. En sus escritos de alegaciones presentados en los correspondientes procedimientos, el Fiscal General del Estado sostiene que la cuestión aparece como notoriamente infundada. Dado que el art. 148 CP «no establece de modo obligatorio la imposición de las penas en él previstas en los distintos supuestos contemplados en sus números uno a cinco, sino de un modo meramente facultativo esto es como mera posibilidad, pudiendo en todo caso castigarse los hechos de conformidad al artículo precedente, esto es, al artículo 147 del Código Penal en el que no se contempla ningún trato punitivo dispar en hombre y mujeres, la presente cuestión aparece como notoriamente infundada, dado que el precepto que se cuestiona no es de obligada imposición cabiendo que se sancionen los hechos de conformidad al artículo precedente, dando igual trato punitivo al hombre y a la mujer».

Subsidiariamente, considera que la norma cuestionada no vulnera el ordenamiento constitucional. Al respecto, manifiesta que el Auto de cuestionamiento reproduce los argumentos jurídicos que la misma Magistrada titular del Juzgado num. 2 de Albacete formuló en el Auto de 19 de octubre de 2005, mediante el cual promovió la cuestión de constitucionalidad núm. 8202-2005 sobre el art. 153.1 CP, por lo que el Fiscal se remite a las alegaciones que formuló en dicho procedimiento.

8. Mediante providencia de 24 de febrero de 2009 el Pleno de este Tribunal concedió un plazo de diez días al Abogado del Estado y al Fiscal General del Estado para que alegaran lo que estimaren conveniente en torno a la acumulación a la cuestión de inconstitucionalidad 2755-2007 de la seguida con el núm. 7291-

2008. Tanto el Abogado del Estado como el Fiscal General del Estado interesaron la acumulación, que fue acordada mediante Auto del Pleno de este Tribunal de 28 de abril de 2009.

9. Mediante providencia de 22 de julio se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 22 del mismo mes y año.

## II. Fundamentos jurídicos

1. En los procesos acumulados que se analizan, el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Albacete cuestiona la constitucionalidad del art. 148.4 CP, en su vigente redacción, dada por el art. 36 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, «en cuanto tipifica un subtipo agravado de violencia de género, respecto del tipo básico de lesiones del art. 147.1 CP», por considerarlo contrario a los arts. 1.1, 9.1, 9.2, 9.3, 10, 14, 17, 24.2 y 25.1 CE. El Fiscal General del Estado se opone a la admisión de las cuestiones por considerarlas notoriamente infundadas y subsidiariamente interesa su desestimación. El Abogado del Estado solicita la desestimación íntegra de las cuestiones acumuladas.

El art. 148.4 CP establece que las «lesiones previstas en el apartado 1 del artículo anterior podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado y al riesgo producido ... [s]i la víctima fuere o hubiese sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia».

2. Antes de abordar el examen de la cuestión de fondo se ha de resolver la duda de orden procesal planteada por el Fiscal General del Estado, quien considera que las cuestiones acumuladas deberían inadmitirse por ser notoriamente infundadas. A su juicio, la aplicación del

precepto cuestionado no es prescriptiva para el órgano judicial, de manera que a los hechos declarados probados podría aplicarse el tipo básico del delito de lesiones, recogido del art. 147 CP, sobre el que no se plantean dudas de constitucionalidad.

a) Con carácter preliminar, hemos de recordar que no existe impedimento para realizar un pronunciamiento de inadmisión de una cuestión de inconstitucionalidad en esta fase del proceso, puesto que, al carecer el trámite previsto en el art. 37.1 LOTC de carácter preclusivo, es posible apreciar mediante Sentencia la ausencia de los requisitos, tanto procesales como de fundamentación, requeridos para el válido planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad (SSTC 133/2004, de 22 de julio, FJ 1; 255/2004, de 23 de diciembre, FJ 2; y 224/2006, de 6 de julio, FJ 4; 166/2007, de 4 de julio, FJ 5; 59/2008, de 14 de mayo, FJ 2).

b) Una vez dicho esto, es preciso señalar que el motivo de inadmisión planteado no radica tanto en que la cuestión sea notoriamente infundada, cuanto en si satisface las exigencias que se derivan del denominado juicio de relevancia. En efecto, los reparos a la admisibilidad de la cuestión que suscita el Fiscal General del Estado y a los que se ha hecho referencia no atañen a la existencia o entidad de las dudas sobre la constitucionalidad del precepto formuladas por el Juzgado, sino más bien a la circunstancia de que el precepto cuestionado sea aplicable de manera facultativa a los hechos declarados probados, y, con ello, a la relevancia que pueda tener la validez de la disposición de cara a la resolución del caso, que es, junto con la relativa a la aplicabilidad de la norma a los hechos enjuiciados, una de las exigencias que se encuentran expresamente previstas en el art. 35.1 LOTC. Como recuerda la reciente STC 115/2009, de 18 de mayo, FJ 2, «la norma cuestionada debe superar el denominado ‘juicio de relevancia’, o lo



que es lo mismo, la justificación de la medida en que la decisión del proceso depende de su validez, habida cuenta que la cuestión de inconstitucionalidad, por medio de la cual se garantiza el control concreto de la constitucionalidad de la ley, no puede resultar desvirtuada por un uso no acomodado a su naturaleza y finalidad propias, lo que sucedería si se permitiera que se utilizase para obtener pronunciamientos innecesarios o indiferentes para la decisión del proceso en que la cuestión se suscita (SSTC 17/1981, de 1 de junio, FJ 1; y 141/2008, de 30 de octubre, FJ 6; AATC 42/1998, de 18 de febrero, FJ 1; 21/2001, de 30 de enero, FJ 1; 25/2003, de 28 de enero, FJ 3; 206/2005, de 10 de mayo, FJ 2; y 360/2006, de 10 de octubre, FJ 2).»

c) En cuanto al alcance del control realizado por el Tribunal Constitucional sobre el juicio de relevancia, de nuestra doctrina se deriva la necesidad de atender a los dos criterios siguientes. Por un lado, es a los órganos judiciales que plantean las cuestiones de inconstitucionalidad a quienes, prima facie, corresponde expresar el juicio de relevancia, de modo que el Tribunal Constitucional no puede sustituir o rectificar el criterio judicial salvo en los casos en los que éste sea manifiestamente irrazonable y resulte «evidente que la norma legal cuestionada no es, en modo alguno, aplicable al caso» (SSTC 76/1990, de 26 de abril, FJ 1; 337/1994, de 23 de diciembre, FJ 4; y 37/2002, de 14 de febrero, FJ 2), y en los supuestos en los que «de manera notoria, sin necesidad de examinar el fondo debatido y en aplicación de principios jurídicos básicos, se advierta que la argumentación judicial en relación con el juicio de relevancia carece de consistencia» (entre otras, SSTC 17/1981, de 1 de junio, FJ 1; 106/1986, de 24 de julio, FJ 1; 142/1990, de 20 de septiembre, FJ 1; 189/1991, de 3 de octubre, FJ 2; 174/1998, de 23 de julio, FJ 1; 63/2003, de 27 de marzo, FJ 2; y 51/2004, de 13

de abril, FJ 1)» (STC 81/2009, de 23 de marzo, FJ 3).

Por otro lado, también hemos manifestado que, en relación con la apreciación de los requisitos de admisibilidad vinculados al juicio de relevancia, procede seguir un criterio flexible «que se justifica por la conveniencia de que las cuestiones planteadas por los órganos judiciales encuentren, siempre que sea posible, solución por Sentencia con el objeto de contribuir a la depuración del Ordenamiento jurídico de preceptos presuntamente inconstitucionales, extendiendo así la fuerza vinculante de la Constitución gracias a la cooperación entre los órganos judiciales y el Tribunal Constitucional» (SSTC 203/1998, de 15 de octubre, FJ 2; 67/2002, de 21 de marzo, FJ 2; y 133/2004, de 22 de julio, FJ 1).

3. Atendiendo a tales parámetros de enjuiciamiento debemos rechazar la alegación del Fiscal General del Estado y considerar satisfecho el citado requisito de procedibilidad;

a) El Juzgado de lo Penal núm. 2 de Albacete argumenta en los Autos de cuestionamiento la inconstitucionalidad del precepto una vez que lo ha considerado aplicable al caso por entender que en los hechos declarados probados concurren todos los requisitos necesarios para ello, no sólo por satisfacer los elementos del tipo básico del delito de lesiones (art. 147 CP), sino también de la modalidad agravada recogida en el precepto cuestionado (art. 148.4 CP). Asimismo, según se ha expuesto en los antecedentes el órgano judicial desarrolla una argumentación específica dirigida a justificar que la constitucionalidad y, con ella, la validez de la disposición cuestionada son determinantes para la resolución del caso que tenía ante sí planteado.

b) Pues bien, frente al juicio de relevancia formulado por el órgano judicial no cabe oponer reproche de irrazonabilidad manifiesta o falta notoria de consis-

tencia, únicos supuestos en los que, como se ha afirmado, podría este Tribunal enmendar el criterio formulado por aquél a la hora de realizar el juicio de relevancia. En particular, no puede compartirse la tesis sostenida por el Fiscal General del Estado, referida a que la validez del precepto cuestionado no es relevante por ser de aplicación facultativa para el órgano judicial, de modo que éste, en consecuencia, podía haber optado por la aplicación del tipo básico del delito de lesiones. Por un lado, lo que el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Albacete está cuestionando es, precisamente, la constitucionalidad de la alternativa consistente en la aplicación al caso de la modalidad agravada que le ofrece el legislador para supuestos en los que se dieran sus elementos típicos. A ello debe añadirse, por otro lado, que la opción sugerida por el Ministerio público de no aplicar el precepto ante su eventual inconstitucionalidad no se adecua a la configuración del control de la validez de las leyes previsto en la Constitución, pues supondría poner en manos del juez ordinario la decisión última sobre la constitucionalidad de la norma, y, elevada a regla general, privaría a este Tribunal de la posibilidad de fiscalizar la constitucionalidad de todos aquellos preceptos cuya aplicación fuere facultativa para el Juez, consecuencia que se revela difícilmente sostenible. En definitiva, una vez que el órgano judicial ha considerado que el precepto es aplicable al caso y que su constitucionalidad es determinante para su resolución, declarar inadmisibile la cuestión planteada porque pudiera haber optado por una calificación jurídica distinta supondría en este caso, por no concurrir ninguno de los supuestos señalados, una indebida intromisión por parte de este Tribunal en el ejercicio de funciones que no le corresponden (art. 117.3 CE).

4. Una vez sentado lo anterior procede abordar las alegaciones formuladas en los Autos de interposición de las pre-

sentas cuestiones de inconstitucionalidad, para cuya correcta comprensión es preciso tener en cuenta las siguientes consideraciones:

a) La primera de las dudas vertidas por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Albacete respecto de la constitucionalidad del art. 148.4 CP se refiere a su eventual incompatibilidad con el principio de igualdad (art. 14 CE), por introducir una injustificada diferencia de trato por razón de sexo, que conlleva una discriminación para el varón al ver agravada la pena de dos a cinco años de prisión por el delito de lesiones cuando sea sujeto activo del hecho y éste se cause a una mujer que sea o haya sido su esposa o haya mantenido análoga relación de afectividad, frente a la pena más leve, de seis meses a tres años, que correspondería a la mujer por hechos idénticos cometidos sobre un varón.

b) Por otro lado, las quejas relativas a la vulneración de los arts. 1 y 10 CE, que fundan los Autos en que tal discriminación supondría una conculcación de los valores de la libertad, la dignidad de la persona y la justicia, deben entenderse tributarias de la primera y principal denuncia, quedando englobadas en ella a los efectos de su estudio conjunto. Lo mismo ocurre en el caso de la alegación relativa al art. 9 CE, tanto por lo que respecta a la supuesta «discriminación positiva» de la mujer respecto al varón, como en lo que atañe a la vulneración del principio de seguridad jurídica, que en los Autos se considera una derivación de la lesión del valor de la justicia como consecuencia del tratamiento diferente que la norma dispensa a los hombres y a las mujeres.

c) En segundo lugar, el art. 148.4 CP generaría, además, la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) y del principio de culpabilidad, al presumir, sin posibilidad de prueba en contrario, que toda acción lesiva del

varón hacia la mujer posee una finalidad discriminatoria, razón que justificaría la mayor gravedad de la conducta.

d) La queja relativa a la vulneración del principio de legalidad (art. 25.1 CE) se fundamenta en la indeterminación semántica de la expresión «personas especialmente vulnerables», si bien la misma no forma parte del precepto cuestionado, el art. 148.4 CP, sino del apartado siguiente, que, de modo independiente de la anterior, establece una agravación facultativa de la pena en caso de que las lesiones se ocasionen a personas que reúnan tal particular circunstancia y que convivan con el autor. Sin embargo, ni la constitucionalidad de este apartado quinto ha sido cuestionada por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Albacete, ni sus Autos contienen tampoco una argumentación específica dirigida a justificar su aplicabilidad y relevancia (art. 35.1 LOTC), motivos por los cuales no procede analizar el fondo de la alegación relativa a la vulneración del principio de legalidad (art. 25.1 CE).

e) En definitiva, al igual que hemos señalado en recientes pronunciamientos de este Tribunal en los que se han resuelto las dudas planteadas sobre la constitucionalidad de diversos preceptos penales incorporados al Código Penal, como el que ahora nos ocupa, por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género (así, las SSTC 59/2008, de 14 de mayo, u 81/2008, de 17 de julio, entre otras, que resuelven diversas cuestiones de inconstitucionalidad interpuestas respecto al primer inciso del art. 153.1 CP, precepto que recoge el delito de maltrato ocasional; la STC 45/2009, de 19 de febrero, en la que la posible objeción de constitucionalidad se dirigía al art. 171.4 CP, sobre el delito de amenazas leves; o la STC 127/2009, de 26 de mayo, respecto del delito de coacciones leves recogido en el art. 172.2 CP), son dos las dudas centrales de constitucionalidad

que formula aquí el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Albacete: la primera es si el precepto incorpora un tratamiento punitivo diferente de la misma conducta en función del sexo de los sujetos activo y pasivo que sería contrario al art. 14 CE y, por extensión, a los arts. 1.1, 9 y 10.1 CE; y la segunda es si el precepto contiene una presunción contraria al derecho a la presunción de inocencia y al principio de culpabilidad consistente en que las agresiones de los hombres a las mujeres que son o fueron su pareja constituyen una manifestación de discriminación. Procede a continuación analizar cada una de ellas.

5. En relación con la duda relativa a si el precepto cuestionado vulnera o no el derecho a la igualdad reconocido en el art. 14 CE, nuestro análisis debe partir de las siguientes consideraciones de alcance general;

a) Por un lado, hemos de comenzar «recordando que la duda se refiere a la selección legislativa de una determinada conducta para su consideración como delictiva con una determinada pena, y que esta labor constituye una competencia exclusiva del legislador para la que «goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática» (SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 6; 161/1997, de 2 de octubre, FJ 9; AATC 233/2004, de 7 de junio, FJ 3; 332/2005, de 13 de septiembre, FJ 4). Es al legislador al que 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» (SSTC 55/1996, FJ 6; 161/1997, FJ 9; 136/1999, de 20 de julio, FJ 23)». Por ello, nuestro análisis del precepto cuestionado «no puede serlo de su eficacia o de su bondad, ni alcanza a

calibrar el grado de desvalor de su comportamiento típico o el de severidad de su sanción. Sólo nos compete enjuiciar si se han respetado los límites externos que el principio de igualdad impone desde la Constitución a la intervención legislativa» (STC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 6; en idéntico sentido, SSTC 45/2009, de 19 de febrero, FJ 3; y 127/2009, de 26 de mayo, FJ 3).

b) Por otro lado, debe también precisarse que el canon de enjuiciamiento a aplicar es el propio del principio general de igualdad y no el de la prohibición de discriminación por razón de sexo, que es el que utiliza el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Albacete al expresar su duda, puesto que, tal y como hemos señalado en relación con otros preceptos del Código penal modificados por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, tampoco en el caso del art. 148.4 CP «constituye el del sexo de los sujetos activo y pasivo un factor exclusivo o determinante de los tratamientos diferenciados ... 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 posición subordinada» (STC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 7; en idéntico sentido, SSTC 45/2009, de 19 de febrero, FJ 3; y 127/2009, de 26 de mayo, FJ 3).

c) Finalmente, resta señalar que, desde la perspectiva que se deriva del principio general de igualdad, la constitucionalidad de la norma cuestionada exige «que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y que, para intro-

ducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas» (STC 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4). Al igual que ocurría en el caso de las Sentencias de este Tribunal a las que se ha hecho referencia, la aplicación de este canon de constitucionalidad al art. 148.4 CP exige verificar sucesivamente que la norma que incorpora la diferenciación persigue un fin legítimo, que el establecimiento de ese tratamiento diferenciado resulta adecuado para la satisfacción del citado fin y que las consecuencias que se derivan de la diferencia superan un control de proporcionalidad (SSTC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 7; 45/2009, de 19 de febrero, FJ 4; y 127/2009, de 26 de mayo, FJ 4).

6. El primero de los presupuestos de la razonabilidad de la diferenciación es el relativo a la legitimidad del fin que persigue la norma que la incorpora.

a) Al igual que hemos afirmado en resoluciones anteriores sobre otros preceptos del Código penal modificados por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de la exposición de motivos y del articulado de esta última se deduce que el art. 148.4 CP «tiene como finalidad principal prevenir las agresiones que en el ámbito de la pareja se producen como manifestación del dominio del hombre sobre la mujer en tal contexto; su pretensión así es la de proteger a la mujer en un ámbito en el que el legislador aprecia que sus bienes básicos (vida, integridad física y salud) y su libertad y dignidad mismas están insuficientemente protegidos. Su objetivo es también combatir el origen de un abominable tipo de violencia que se genera en un contexto de desigualdad y de hacerlo con distintas clases de medidas, entre ellas las penales» (SSTC 59/2008, de 14 de mayo, FJ

7; 45/2009, de 19 de febrero, FJ 4; y 127/2009, de 26 de mayo, FJ 4).

b) En esas mismas resoluciones hemos declarado que, «tanto en lo que se refiere a la protección de la vida, la integridad física, la salud, la libertad y la seguridad de las mujeres, que el legislador entiende como insuficientemente protegidos en el ámbito de las relaciones de pareja, como en lo relativo a la lucha contra la desigualdad de la mujer en dicho ámbito, que es una lacra que se imbrica con dicha lesividad, es palmaria la legitimidad constitucional de la finalidad de la ley, y en concreto del precepto penal ahora cuestionado, y la suficiencia al respecto de las razones aportadas por el legislador» (SSTC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 7; 45/2009, de 19 de febrero, FJ 4; y 127/2009, de 26 de mayo, FJ 4).

7. El segundo presupuesto de la razonabilidad de la diferenciación normativa cuestionada se refiere a la adecuación o funcionalidad de la medida que la incorpora respecto de la consecución del fin perseguido por el legislador, que se producirá si resulta razonable el entendimiento del legislador de que concurre un mayor desvalor en las lesiones cuando éstas son cometidas por un varón contra quien es o fue su mujer, o tenga o haya tenido análoga relación afectiva, pues sólo entonces resultará razonable que deba imponerse una pena más grave para prevenirlas.

Aplicando este criterio al precepto cuestionado también debemos considerar satisfecho este segundo requisito porque, de acuerdo con nuestra doctrina, «no resulta reprochable el entendimiento legislativo referente a que una agresión supone un daño mayor en la víctima cuando el agresor actúa conforme a una pauta cultural –la desigualdad en el ámbito de la pareja– generadora de gravísimos daños a sus víctimas y dota así consciente y objetivamente a su comportamiento de un efecto añadido a los propios del uso

de la violencia en otro contexto. Por ello, cabe considerar que esta inserción supone una mayor lesividad para la víctima: de un lado, para su seguridad, con la disminución de las expectativas futuras de indemnidad, con el temor a ser de nuevo agredida; de otro, para su libertad, para la libre conformación de su voluntad, porque la consolidación de la discriminación agresiva del varón hacia la mujer en el ámbito de la pareja añade un efecto intimidatorio a la conducta, que restringe las posibilidades de actuación libre de la víctima; y además para su dignidad, en cuanto negadora de su igual condición de persona y en tanto que hace más perceptible ante la sociedad un menosprecio que la identifica con un grupo menospreciado. No resulta irrazonable entender, en suma, que en la agresión del varón hacia la mujer que es o fue su pareja se ve peculiarmente dañada la libertad de ésta; se ve intensificado su sometimiento a la voluntad del agresor y se ve peculiarmente dañada su dignidad, en cuanto persona agredida al amparo de una arraigada estructura desigualitaria que la considera como inferior, como ser con menores competencias, capacidades y derechos a los que cualquier persona merece» (SSTC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 9; 45/2009, de 19 de febrero, FJ 4; y 127/2009, de 26 de mayo, FJ 4).

8. Además de la razonabilidad de la diferenciación, que se concreta en los dos presupuestos anteriores, el principio general de igualdad exige también que la misma no conduzca a consecuencias desproporcionadas que deparen que dicha razonable diferencia resulte inaceptable desde la perspectiva constitucional.

a) Con carácter general, es preciso tener en cuenta, por una parte, que este control de proporcionalidad que se deriva del art. 14 CE exige valorar «tanto la razón de la diferencia como la cuantificación de la misma: habrá de constatar la diferencia de trato que resulta de la norma

cuestionada y relacionarla con la finalidad que persigue» (STC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 10).

b) Por otra parte, el «baremo de esta relación de proporcionalidad ha de ser de «contenido mínimo», en atención de nuevo a la exclusiva potestad legislativa en la definición de los delitos y en la asignación de penas, y en convergencia con el baremo propio de la proporcionalidad de las penas (STC 161/1997, de 2 de octubre, FJ 12)», de manera que «[s]ólo concurrirá una desproporción constitucionalmente reprochable ex principio de igualdad entre las consecuencias de los supuestos diferenciados cuando quepa apreciar entre ellos un ‘desequilibrio patente y excesivo o irrazonable ... a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa’ (SSTC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 9; 161/1997, FJ 12; 136/1999, de 20 de julio, FJ 23)» (STC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 10).

c) Conviene recordar, en fin, que el presente es «un juicio de constitucionalidad, que es el único que nos compete, y que el mismo nada dice acerca de la oportunidad de la norma ni de su calidad, ni siquiera en términos de axiología constitucional» (SSTC 45/2009, de 19 de febrero, FJ 4; y 127/2009, de 26 de mayo, FJ 4).

9. A la vista de todo ello, la norma cuestionada tampoco ha de merecer reproche constitucional alguno en relación con esta tercera exigencia del principio de igualdad. El art. 148.4 CP establece una pena mínima de dos años de prisión que, ciertamente, supone una considerable agravación con respecto a la mínima de seis meses de prisión que prevé el tipo básico, recogido en el art. 147.1 CP; y su límite máximo se eleva hasta los cinco años, frente al máximo de tres años de prisión que contempla la modalidad básica de lesiones. Sin embargo, al igual

que hemos afirmado ante la agravación de falta a delito prevista en los arts. 171.4 CP para las amenazas leves y 172.2 CP para las coacciones leves, dicha diferencia no genera como consecuencia un «desequilibrio patente y excesivo o irrazonable» del tratamiento penal contemplado en ambos supuestos, en virtud de los tres motivos que a continuación se exponen.

a) En primer lugar, debe insistirse, siguiendo lo declarado en las ya citadas Sentencias, en la particular trascendencia de la finalidad de la diferenciación incorporada por la norma, que, como hemos señalado, se encuentra razonablemente encaminada a la tutela de la libertad, la integridad y la dignidad de las mujeres, que el legislador entiende insuficientemente protegidas en el ámbito de las relaciones de pareja, así como a combatir la desigualdad y neutralizar la subordinación a la que las mujeres han estado sometidas tradicionalmente en dicho ámbito (SSTC 59/2008, de 14 de mayo, FFJJ 8 y 10; 45/2009, de 19 de febrero, FJ 4; y 127/2009, de 26 de mayo, FJ 4).

b) En segundo lugar, ha de señalarse también que el art. 148.5 CP incorpora una modalidad agravada de lesiones, con idéntica pena que la anterior, para los casos en que la víctima sea persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, lo que permite, eventualmente, equiparar la respuesta penal dispensada a las lesiones realizadas por el varón hacia quien es o fue su pareja femenina a la prevista para otras lesiones graves acontecidas «en el seno de tales relaciones: las que reciba una persona especialmente vulnerable (hombre o mujer) que conviva con el autor o con la autora» (SSTC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 10; 45/2009, de 19 de febrero, FJ 4; y 127/2009, de 26 de mayo, FJ 4).

c) En tercer lugar, a los efectos del juicio de proporcionalidad no puede desconocerse la opción seguida por el legis-

lador de dejar al arbitrio del juez la aplicación de la agravante, siendo la misma, a tenor de su redacción típica, de imposición facultativa, debiendo atenderse para ello «al resultado causado y al riesgo producido». Ello supone que para la aplicación del art. 148.4 CP no sólo habrían de concurrir las circunstancias específicas descritas –que la víctima sea mujer que sea o haya sido pareja del autor–, sino que, junto a ello, sería preciso que los hechos expresaran un injusto cualificado, un mayor desvalor derivado ya de la intensidad del riesgo generado por la acción del autor, ya de la gravedad del resultado causado. Expresado en otros términos, la mayor gravedad de la pena en el precepto cuestionado no vendría dada exclusivamente por la existencia presente o pasada de una relación de pareja entre el sujeto activo hombre y la mujer, sino por la concurrencia añadida de una particular gravedad de la conducta para el bien jurídico protegido, pudiendo optar el juzgador por no imponer la agravación si, aun estando ante un supuesto de violencia de género, no se apreciara tal particular intensidad lesiva en el riesgo o en el resultado.

En definitiva, los tres motivos señalados conducen a descartar que las consecuencias derivadas del tratamiento diferenciado previsto por el art. 148.4 CP sean desproporcionadas y, por tanto, a rechazar la alegación relativa a su inconstitucionalidad por vulneración del derecho a la igualdad (art. 14 CE).

10. Esta conclusión ha de extenderse a otras alegaciones que, según se ha indicado ya, los Autos de promoción de las cuestiones de inconstitucionalidad hacen descansar en las consecuencias que se derivarían del tratamiento diferente que la norma dispensa a los hombres y a las mujeres en relación con otros preceptos.

a) Por una parte, una vez descartada la alegación relativa a la vulneración del derecho a la igualdad (art. 14 CE), cabe

hacer lo mismo, por los mismos motivos, respecto de la vulneración del art. 9 CE, y ello tanto por lo que se refiere a la supuesta «discriminación positiva» de la mujer respecto del varón, como por lo que respecta a la vulneración del principio de seguridad jurídica a raíz del carácter supuestamente discriminatorio del precepto impugnado.

b) Por otra parte, en el marco de la argumentación de la duda relativa al principio de igualdad (art. 14 CE), los Autos de cuestionamiento también aluden a la posible oposición del art. 148.4 CP a los valores relativos a la justicia y la dignidad de la persona (arts. 1.1 y 10.1 CE) en cuanto que presumiría que la mujer es en todo caso una persona especialmente vulnerable y el hombre «un maltratador nato». Esta objeción no puede ser acogida, no sólo porque ya se ha rechazado la lesión principal a la que se vincula, relativa al derecho a la igualdad, sino también porque no cabe acoger su presupuesto. Por un lado, el precepto cuestionado no cataloga a la mujer como persona especialmente vulnerable, ni presume que lo sea. Y, por otro lado, tampoco contiene consideración alguna acerca de la mayor agresividad de los hombres o de ciertos hombres. Según hemos afirmado recientemente en relación con otras disposiciones del Código penal modificadas a raíz de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, la disposición impugnada «[p]rocede, simple y no irrazonablemente, a apreciar la especial gravedad 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’ (STC 59/2008, FJ 9; STC 81/2008, de 17 de julio, FJ 5)» (STC 127/2009, de 26 de mayo, FJ 5).

11. Por último, tampoco podemos compartir que la previsión normativa analizada desconozca el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) y el principio de culpabilidad, puesto que,

frente a lo alegado en los Autos de promoción de estas cuestiones, el art. 148.4 CP no se sustenta en la existencia de una presunción legislativa de que en las agresiones del hombre hacia quien es o ha sido su mujer o su pareja femenina afectiva concurre una manifestación de discriminación, sino que, tal y como hemos señalado en relación con otros preceptos penales cuyo origen se encuentra en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, «[l]o que hace el legislador, y lo justifica razonablemente, es apreciar el mayor desvalor y mayor gravedad propios de las conductas descritas» (SSTC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 11; 81/2008, de 17 de julio, FJ 4; y 127/2009, de 26 de mayo, FJ 6).

De igual modo, tampoco cabe considerar que se castigue al concreto autor por hechos cometidos por otras personas, al modo de una culpa colectiva, ni tampoco cabe estimar la alegación, inserta en la duda sobre el principio de igualdad, relativa a que la medida penal cuestionada es propia de un «Derecho penal de autor». Tal y como afirmamos en la STC 59/2008, de 14 de mayo, para rechazar idéntica alegación, «que en los casos cuestionados el legislador haya apreciado razonablemente un desvalor añadido, porque el autor inserta su conducta en una pauta cultural generadora de gravísimos daños a sus víctimas y porque dota así a su acción de una violencia mucho mayor que la que su acto objetivamente expresa, no comporta que se esté sancionado al sujeto activo de la conducta por las agresiones cometidas por otros cónyuges varones, sino por el especial desvalor de su propia y personal conducta: por la consciente inserción de aquélla en una concreta estructura social a la que, además, él mismo, y solo él, coadyuva con su violenta acción» (FJ 11).

## FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Desestimar las cuestiones de inconstitucionalidad núms. 2755-2007 y 7291-2008.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a veintidós de julio de dos mil diez.—María Emilia Casas Baamonde.—Vicente Conde Martín de Hijas.—Javier Delgado Barrio.—Elisa Pérez Vera.—Eugeni Gay Montalvo.—Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.—Ramón Rodríguez Arribas.—Pascual Sala Sánchez.—Manuel Aragón Reyes.—Pablo Pérez Tremps.—Firmado y rubricado.

*Voto particular que formula el Magistrado don Javier Delgado Barrio respecto de la Sentencia de 22 de julio de 2010, dictada en las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas núms. 2755-2007 y 7291-2008 y al que se adhiere don Vicente Conde Martín de Hijas*

La indicada Sentencia reitera la doctrina establecida por este Tribunal a partir de la STC 59/2008, de 14 de mayo, dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 5939-2005, por lo que, puesto que mantengo mi discrepancia, me remito al Voto particular que formulé respecto de esta última.

Y en este es mi parecer, del que dejo constancia con el máximo respeto a mis compañeros.

Madrid, a veintidós de julio de dos mil diez.—Javier Delgado Barrio.—Vicente Conde Martín de Hijas.—Firmado y rubricado.

*Voto particular que formula el Magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez a la Sentencia del Pleno de 22 de julio de*



*2010 que resuelve las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas núms. 2755-2007 y 7291-2008, sobre el art. 148.4 del Código penal, en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre*

Haciendo uso de la facultad atribuida por el art. 90.2 LOTC expreso en este Voto particular mi discrepancia con la Sentencia aprobada por el Pleno, en la medida en que aplica la doctrina fijada en las SSTC 59/2008, de 14 de mayo; 45/2009, de 19 de febrero; y 127/2009, de 26 de mayo, a las que formulé Voto particular («Boletín Oficial del Estado» de 4 de junio de 2008, 14 de marzo de 2009 y 20 de junio de 2009).

Sostuve entonces y reitero ahora que nuestra cultura jurídica se asienta en buena medida en principios forjados por la Revolución francesa. El art. 1 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 26 de agosto de 1789 proclama que «Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos»; su art. 6 declara que «La ley es la expresión de la voluntad general ... Debe ser igual para todos, tanto cuando proteja como cuando castigue. Todos los ciudadanos son iguales ante sus ojos»; y su art. 9 añade, en fin, que «todo hombre se presume inocente mientras no sea declarado culpable».

Estos principios son reconocibles en la Constitución española, cuyo art. 10.1 destaca la dignidad de la persona como fundamento de nuestro sistema constitucional; el art. 14 consagra el principio/derecho de igualdad; y el art. 24.2 reconoce el derecho a la presunción de inocencia.

¿Respetan estos principios el art. 148.4 del Código penal?. La posición que expreso en el presente Voto particular exige diferenciar tres niveles de enjuiciamiento, referidos a la compatibilidad de la Constitución con una sanción agravada de la violencia de género, la constituciona-

lidad de la concreta fórmula empleada por el legislador en el art. 148.4 CP y los fundamentos que acoge la Sentencia para declarar la constitucionalidad del precepto cuestionado.

1. Constitucionalidad de la punición agravada de la violencia de género.

No admite discusión la existencia de una forma específica de violencia que viene denominándose violencia de género, así como tampoco el que la sociedad se muestra justamente indignada y alarmada ante la constante sucesión de actos violentos protagonizados por quienes actúan creyéndose con derecho a disponer de la vida de su pareja. Ello demanda un tratamiento penal específico, cauces procesales ágiles y medidas cautelares eficaces. Más aún, es necesario transmitir a las víctimas de esta violencia que, todos en general y las instituciones en particular, estamos comprometidos en erradicarla.

En las dos últimas décadas el legislador español ha venido aprobando diversas medidas penales con el propósito de prevenir y sancionar esta modalidad de violencia y, a mi juicio, no se incurre en inconstitucionalidad por incorporar una penalidad agravada para combatirla, porque lo relevante no son las concretas consecuencias físicas de la agresión sino su inserción en un proceso que provoca la subordinación de la mujer, la desestabilización de la personalidad y del equilibrio psíquico de la víctima, extendiendo sus efectos sobre el desarrollo integral de los hijos menores que puedan convivir con la mujer maltratada. Por tanto, sostengo la constitucionalidad de las medidas penales que proporcionen un tratamiento diferenciado y agravado de la violencia de género.

2. Problema de taxatividad que suscita la fórmula empleada por el legislador en el art. 148.4 CP.

La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, señala en su art. 1.1 que consti-

tuye su objeto actuar contra la violencia que, «como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia».

Sin embargo, en el art. 148.4 CP ese elemento finalista no se ha incorporado al texto finalmente aprobado por el legislador –y los trabajos parlamentarios permiten entender que tal omisión ha sido deliberada– por lo que el precepto, aplicado en sus propios términos, sólo atiende al hecho objetivo de que se cause una lesión que menoscabe la integridad corporal o la salud física o mental y requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico, cualquiera que sea la causa y el contexto de dicha acción. Esta falta de identidad entre la redacción dada al precepto cuestionado y el propósito declarado por la Ley que lo introduce en el Código penal, genera una duda razonable acerca de cuál sea la conducta tipificada por el legislador, duda que ya por sí misma es incompatible con el imperativo de taxatividad –*lex certa*– que deriva del art. 25.1 CE, puesto que el principio de legalidad penal, cuando se proyecta sobre la función legislativa, obliga a configurar las leyes sancionadoras llevando a cabo el

máximo esfuerzo posible para garantizar la seguridad jurídica, es decir, para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo prohibido y prever, así, las consecuencias de sus acciones (por todas, STC 283/2006, de 9 de octubre, FJ 5).

3. La interpretación del precepto que la Sentencia estima conforme con la Constitución.

Si nos adentramos en el verdadero sentido y alcance de la Ley Orgánica 1/2004,

de 28 de diciembre, se advierte que lo que se pretende combatir a través de la tutela penal que dispensa es un tipo de comportamiento social identificado como machismo, cuando se manifiesta, en este caso, a través de una agresión. Si lo que hubiera que someter a comparación fueran las agresiones que hombre y mujer pueden realizarse recíprocamente, ciertamente habría que concluir que el art. 148.4 CP lesiona el art. 14 CE. Pero si se advierte que lo sancionado es el sexismo machista (cuando se traduce en la conducta agresiva) es cuando se comprende que estamos ante un delito especial que sólo puede ser cometido por el varón y del cual sólo puede ser víctima la mujer. En este sentido, no me parece que lesionara el principio de igualdad que el legislador configurase círculos concéntricos de protección (sexismo violento, intimidatorio o coactivo contra cualquier mujer, en el ámbito familiar o doméstico y contra la pareja) puesto que los efectos de la acción punible se prolongan e irradian con diferente intensidad en cada uno de estos ámbitos.

Sin embargo, lo que a mi juicio resulta incompatible con el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) es la presunción adversa de que toda agresión cometida por un varón contra su pareja o ex pareja sea siempre una manifestación de sexismo que deba poner en actuación la tutela penal reforzada del art. 148.4 CP.

Esta cuestión capital sólo obtiene una respuesta elusiva en la Sentencia, cual es entender que el legislador no presume un mayor desvalor en la conducta descrita de los varones sino que «lo que hace el legislador ... es apreciar el mayor desvalor y mayor gravedad propios de las conductas descritas» (FJ 11). Obsérvese que, para la Sentencia, no es el Juez quien en cada caso debe apreciar el desvalor o constatar la lesividad de la conducta, sino que es el legislador quien lo ha hecho ya. Lo cierto es que una lectura atenta o repetida de la Sentencia pone de manifiesto

que, desde la perspectiva de la misma, el art. 148.4 CP contiene una definición de violencia de género que parte de entender, como dato objetivo, que los actos violentos que ejerce el hombre sobre la mujer con ocasión de una relación afectiva de pareja constituyen siempre actos de poder y superioridad frente a ella, con independencia de cuál sea la motivación o la intencionalidad, porque lo relevante es que el autor inserta su conducta en una pauta cultural (FJ 11), lo que implica un especial desvalor de la acción, que justifica la punición agravada. En realidad, para la Sentencia, aunque formalmente lo niegue, el autor del referido delito debe ser sancionado con arreglo al plus de culpa derivado de la situación discriminatoria creada por las generaciones de varones que le precedieron, de cuyas consecuencias penales no puede desprenderse aun cuando la agresión cometida obedezca a motivos distintos o aunque su concreta relación de pareja no se ajuste al patrón sexista que se trata de erradicar.

A mi juicio, esta presunción es incompatible con los principios del Derecho penal moderno, que ha desarrollado criterios de atribución de responsabilidad «concretos», por el hecho propio y no por hechos ajenos. Entiendo que el principio de culpabilidad resulta infringido cuando indiscriminadamente se aplica el referido art. 148.4 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 esa situación de dominación.

4. La posición jurídica de la mujer como sujeto pasivo del delito tipificado en el art. 148.4 CP.

La Sentencia, quizá sin quererlo, se suma a un superado Derecho penal paternalista que promueve una concepción de la mujer como «sujeto vulnerable» que, por el solo hecho de iniciar una relación afectiva con un varón, incluso sin

convivencia, se sitúa en una posición subordinada que requiere de una específica tutela penal, equiparada a la que el mismo art. 148.5 CP dispensa a la «persona especialmente vulnerable». Este enfoque resulta inaceptable en la sociedad actual, que no admite el viejo rol de la mujer como «sexo débil» que históricamente le colocaba en una posición equivalente a la de los menores e incapaces, de quienes se presume una posición de debilidad sin posibilidad de prueba en contrario. Esta perspectiva resulta contraria al art. 10.1 de la Constitución, que consagra la dignidad de la persona como uno de los fundamentos de nuestro sistema constitucional y cuya noción se halla en la base del concepto de derechos fundamentales (STC 119/2001, de 24 de mayo, FJ 4), debiéndose recordar que la dignidad de la persona, que encabeza el título I de la Constitución, constituye un primer límite a la libertad del legislador (STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 3).

No en vano todas las reformas penales realizadas desde la década de los años ochenta han procurado la apertura de los tipos penales a modalidades de comisión en las que el sexo de los sujetos no fuera relevante. Así, desde la reforma penal de la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, no existe la agravante de «desprecio de sexo», justificándose su eliminación durante los debates parlamentarios de abril de 1983 en la necesidad de «acabar con el mito de la debilidad de la mujer» porque hombres y mujeres nacen y viven radicalmente iguales en derechos, como proclama el art. 14 de nuestra Constitución y, como creo, es norma esencial –diría que de «orden público»– en cualquier ámbito de nuestro ordenamiento jurídico. Al tiempo, resulta profundamente injusto considerar que todas las mujeres tienen el mismo riesgo de opresión, como si sólo el sexo incidiera en el origen del maltrato, cuando lo cierto es que las condiciones socio-económicas

desempeñan un papel que la Sentencia silencia.

5. Expreso, por último, mi deseo de que estas sentencias no marquen el inicio en nuestro ordenamiento del cumplimiento del sueño de Mezger: dos Derechos penales; un Derecho penal para la generalidad, en el que, en esencia, seguirán vigentes los principios que han regido hasta ahora. Y, junto a él, un Derecho penal completamente diferente, para grupos especiales de determinadas personas.

Madrid, a veintidós de julio de dos mil diez.–Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.– Firmado y rubricado.

*Voto particular que formula el Magistrado don Ramón Rodríguez Arribas, respecto a la Sentencia del Pleno de fecha 22 de Julio de 2010 dictada en las cuestiones de inconstitucionalidad núms. 2755-2007 y 7291-2008*

*En el ejercicio de la facultad que nos confiere el art. 90.2 de LOTC y con el pleno respeto a la opinión de la mayoría, expreso mi discrepancia con la Sentencia que fundo en las siguientes consideraciones:*

Único.–Parto de la base de que la cuestión planteada ante este Tribunal por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Albacete, respecto al art. 148.4, del Código penal, por su posible contradicción con los arts. 1.1, 9, 10, 14, 17, 24.2 y 25.1 CE, en la redacción dada por la Ley 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, está formulada con gran rigor jurídico y asentada en sólidos argumentos, hasta el punto de que si la interpretación del precepto, que se hace razonablemente en el correspondiente Auto, fuera la única posible, conduciría inexorablemente a la declaración de inconstitucionalidad; conclusión a la que también llega la Sentencia de la mayoría.

Discrepo abiertamente del Fallo de la Sentencia en cuanto a la desestimación de las cuestiones de inconstitucionalidad núms. 2755-2007 y 7291-2008, en sentido contrario, remitiéndome al Voto particular que formulé en la cuestión de inconstitucionalidad 5939-2005, concretamente en los ordinales 2 a 4.

Madrid, a veintidós de julio de dos mil diez.–Ramón Rodríguez Arribas.–Firmado y rubricado.

---

## Sentencia 42/2010, de 26 de julio de 2010

### Sala Segunda del Tribunal Constitucional

Recurso de amparo 5266-2005. Promovido por don José María de la Fuente Izquierdo respecto a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictada en relación con expediente de recuperación de oficio de un espacio público. Supuesta vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la prueba: desestimación de la impugnación de la denegación presunta en vía administrativa del recurso extraordinario de revisión basada en que no concurre ninguno de los motivos habilitantes y en la condición de acto de trámite de la resolución cuya revocación se postulaba; falta de agotamiento por no haber impugnado la providencia que declaraba cerrado el período de prueba. («BOE» núm. 195 de 12 de agosto de 2010)

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Vicente Conde Martín de Hijas, doña Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo, don Ramón Rodríguez Arribas y don Pascual Sala Sánchez, Magistrados, ha pronunciado

## EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

### SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 5266-2005, promovido por don José María de la Fuente Izquierdo, representado por la Procuradora de los Tribunales doña Adela Gilsanz Madroño y asistido por el Letrado don Felipe Alonso Prieto, contra la Sentencia de 26 de mayo de 2005, de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Ramón Rodríguez Arribas, quien expresa el parecer de la Sala.

#### I. Antecedentes

1. Mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el día 12 de julio de 2005, Adela Gilsanz Madroño, Procuradora de los Tribunales y de José María de la Fuente Izquierdo, interpuso recurso de amparo contra la resolución judicial que figura en el encabezamiento de esta Sentencia.

2. Los hechos en los que se fundamenta la demanda de amparo son, sucintamente expuestos, los que siguen:

a) El demandante de amparo, miembro de determinada comunidad de propietarios obligada, por ejecución sustitutoria, a satisfacer los gastos derivados de retirada de elementos existentes en espacio público recuperado de oficio, interpuso, en fecha 6 de octubre de 2000 recurso extraordinario de revisión al amparo del artículo 118.1.1 Ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LPC), contra Decreto del Concejal-Presidente de la Junta Municipal de Distrito de Barajas de 17 de julio de 1998, por el que se acordaba el inicio de expe-

diente de recuperación de oficio de determinados terrenos, concediendo trámite de audiencia a quienes se considerasen afectados. La solicitud de revisión se basaba inicialmente en error de hecho en la resolución impugnada, que resultaba de los propios documentos incorporados al expediente, en concreto del acta notarial de compromiso de cesión y del Acuerdo de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento, de los que se concluía que la cesión no había sido tal, sino un mero compromiso, lo que implicaba, a su vez, la falta de título que legitimara la posesión pública de la calle recuperada.

Igualmente ponía de manifiesto que al expediente existía una licencia de parcelación, no de reparcelación, y que los terrenos recuperados venían siendo pacíficamente poseídos por los vecinos. A dicho motivo se añadió, mediante posterior escrito de fecha 7 de diciembre de 2000, de ampliación, el previsto en el art. 118.1.2 de la precitada 30/1992, por entender el demandante que habían aparecido dos nuevos documentos que evidenciaban el error de la resolución recurrida, en concreto información de titularidad de la Gerencia municipal de urbanismo, según la cual no constaba documento alguno acreditativo de la titularidad municipal de las porciones de suelo interesadas, y respuesta a consulta sobre inventario de bienes municipales, según la cual no constaba ninguna finca de tal naturaleza en las direcciones señaladas.

b) Transcurrido el plazo de tres meses expresamente previsto por el art. 119.3 LPC para entender desestimada la revisión administrativa, el demandante interpuso recurso contencioso-administrativo, presentándose, en fecha 15 de abril de 2002 y tras los trámites procedimentales oportunos, demanda donde se razonaba la posibilidad de existencia de calles y elementos comunes de propiedad particular en urbanizaciones privadas así como la llevanza de obras de conservación por los vecinos, para concluir que el

Ayuntamiento no ostentaba título válido ni había acreditado la posesión administrativa reivindicada, por lo que se solicitaba la nulidad del Decreto impugnado y el restablecimiento de la zona ajardinada y calle en la posesión de la comunidad de propietarios que habría sufrido la recuperación de oficio. Por medio de otrosí, se solicitaba el recibimiento del pleito a prueba.

c) Por Auto de 18 de junio de 2003 se recibió el pleito a prueba, proponiéndose por la parte recurrente documental pública y privada, testifical y pericial, que fue admitida en su totalidad salvo esta última, que se admitió «sin carácter de pericial», como consta en la providencia de admisión, de 24 de junio de 2004.

d) La prueba admitida se practicó en los términos interesados, con la salvedad de la documental señalada como tercera en el escrito de proposición, consistente en libranza de certificado acreditativo de que a fecha de emisión del Decreto de 17 de julio de 1998, no constaba en el expediente 121/96/0044 informe del Jefe de la Sección de inventario de bienes municipales inmuebles, por el que las fincas afectadas por la recuperación de oficio –calle Doblada y franja de terreno sita frente a los núms. 176 a 182 y 202 a 210 de la Avda. de Logroño– no constarían en el inventario de bienes municipales.

e) Cerrado el periodo de prueba por providencia de 16 de febrero de 2005, y no recurrida dicha providencia, por las partes se presentaron sendos escritos de conclusiones, señalándose por providencia de 12 de mayo de 2005, tampoco recurrida, el día 26 de ese mismo mes para la diligencia de votación y fallo, fecha en que se procedió a los mismos, así como al dictado de la Sentencia impugnada, desestimatoria del recurso contencioso.

En la sentencia dictada, y tras manifestar que el pleito no se había recibido a prueba, se razonaba cómo el concreto

acto recurrido, individualizado imperativamente en el escrito de interposición, no era otro que el Decreto de 17 de julio de 1998, contraído exclusivamente a acordar el inicio de expediente de recuperación de oficio y a dar trámite de alegaciones a los afectados por el expediente de recuperación de oficio, por lo que dicho acto no era de los que ponía fin al procedimiento ni decidía sobre el fondo, lo que se llevó a cabo por Decreto de 9 de abril de 1999, desestimado en alzada por Decreto de 27 de mayo de 1999, «frente al cual debió en su momento interponerse el correspondiente recurso contencioso-administrativo».

Sigue razonando la Sentencia, a su fundamento jurídico tercero y en consonancia con la elección por el recurrente de mecanismo de la revisión, que en su recurso administrativo, si bien hace referencia al art. 118.1.1 LPC, «ni siquiera señala de qué documento o documentos se deriva el error de hecho ni justifica dicho error, por lo que en ningún caso podía triunfar dicho motivo» (sic). Respecto al segundo supuesto del 118.1 LPC, –que aparezcan documentos de valor esencial para la resolución del asunto que evidencien el

error de la resolución recurrida– niega su concurrencia, al considerar que el carácter público del inventario de bienes municipales impide considerar como fecha de comienzo del plazo de interposición de la revisión administrativa la recepción de la notificación de su contenido, debiendo comenzarse a computar dicho plazo «desde el momento en que el conocimiento del inventario pudo ser tenido por el recurrente», so pena de dejar el comienzo de dicho plazo a la voluntad de cada recurrente, que podría solicitar certificación del contenido de cualquier archivo público en cualquier momento y sin sujeción a plazo alguno.

3. En la demanda de amparo, el recurrente denuncia vulneración de los de-

rechos a obtener una resolución sobre el fondo del asunto y a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa, como consecuencia, respectivamente, de errores de la Sala cuando concluye, en la Sentencia impugnada, que el recurrente no habría señalado los documentos de que se derivaba el error que, a su vez, serviría de base a la revisión administrativa ex art. 118.1.1 LPC, no justificándolo tampoco, cuando tanto el acta notarial de compromiso de cesión como el acuerdo de la Comisión de Gobierno, de 30 de noviembre de 1967, estaban incorporados al expediente y sí se habrían individualizado. Del mismo modo, imputa también error a la reflexión que hace el Tribunal sobre las certificaciones inventariales aportadas como ampliación del recurso, al considerar que no son documentos «aparecidos» con posterioridad, puesto que dichos inventarios son públicos y la obtención de certificación de los mismos es ajena al supuesto previsto en el art. 118.1.2 LPC, no aceptando la interpretación amplia del precepto postulada por la recurrente.

La denuncia de vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa se postula de la falta de práctica de prueba previamente propuesta y admitida por la Sala, cual es la documental señalada como tercera en el escrito de proposición y consistente en libranza de certificado acreditativo de que a fecha de emisión del Decreto de 17 de Julio de 1998, no constaba en el expediente 121/96/0044 informe del Jefe de la Sección de inventario de bienes municipales inmuebles, por el que las fincas afectadas por la recuperación de oficio –calle Doblada y franja de terreno sita frente a los núms. 176 a 182 y 202 a 210 de la Avda. de Logroño– no constarían en el inventario de bienes municipales. Tras señalar la propuesta y admisión de dicha prueba por la Sala, pone de manifiesto su falta de práctica, la mención a dicha omisión en el escrito de conclusiones y la

relevancia de dicho medio de prueba en el sentido del fallo, para concluir la lesión del derecho fundamental.

4. Por providencia de 24 de junio de 2008 la Sección Cuarta de este Tribunal acordó, de conformidad con lo que disponía el art. 50.3 LOTC en su redacción anterior a la modificación introducida por la Ley Orgánica 6/2007 de 24 de mayo, conceder a la parte recurrente y al Ministerio Fiscal plazo común por diez días para alegaciones sobre la posible existencia de alguna causa de inadmisibilidad del recurso.

5. Evacuado el citado trámite de alegaciones por la parte recurrente y el Ministerio Fiscal, la Sala Segunda de este Tribunal, mediante providencia de 25 de noviembre de 2008 acordó admitir a trámite la demanda de amparo y, de conformidad con lo dispuesto en el art. 51 LOTC, dirigir atenta comunicación a la Junta municipal del distrito de Barajas del Ayuntamiento de Madrid, a efectos de que en el plazo de diez días remitieran fotocopia del expediente administrativo relativo al Decreto de 17 de julio de 1998, dirigiendo igual comunicación a la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid a fin de que emplazase a quienes hubieran sido parte en este procedimiento, con excepción de la parte recurrente en amparo, por constar las actuaciones seguidas ante la jurisdicción ya en el presente recurso.

Igualmente, se acordó la formación de pieza para la tramitación de expediente de suspensión, dando plazo común de tres días a recurrente y Ministerio Fiscal para alegaciones sobre la misma de acuerdo al 56 LOTC, tras las que, mediante Auto de 12 de enero de 2009, se denegó dicha suspensión por falta de alegación de las razones objetivas que justificaban la medida y tras comprobar el carácter eminentemente patrimonial de

las consecuencias de la ejecución de la resolución recurrida.

6. Por diligencia de ordenación de fecha 6 de febrero de 2009, se tuvo por personado y parte a la Letrada del Ayuntamiento de Madrid, dando vista de las actuaciones a las partes personadas y al Ministerio Fiscal por plazo común de 20 días para presentación en su caso de alegaciones conforme determina el art. 52.1 LOTC.

7. Mediante escrito registrado el 11 de marzo de 2009, la Procuradora de los Tribunales doña Adela Gilsanz Madroño, en nombre del demandante, presentó escrito de alegaciones en similares términos a los de la demanda de amparo.

8. Por escrito registrado el 13 de marzo de 2009, la Letrada del Ayuntamiento de Madrid solicitó la denegación del amparo por considerar que el recurso de revisión originario que se interpuso en vía administrativa en realidad hacía alegaciones de legalidad ordinaria, ajenas al objeto de la revisión ex art. 118.1 LPC, lo que implicaba la inexistencia de error patente alguno en la Sentencia impugnada. Igualmente, y en relación con la pretendida lesión del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, sostiene la defensa del Ayuntamiento la inexistencia de indefensión material consecuencia de la falta de práctica de la prueba documental, ante el carácter público del inventario municipal de bienes y el propio objeto del recurso de revisión, cuyo carácter tasado habría impedido en todo caso la estimación de la pretensión principal, que debiera haberse conocido mediante un recurso ordinario de jurisdicción plena, lo que determina la invariabilidad del sentido del fallo de revisión, por la independencia de éste del objeto de la litis tal y como fue planteada por la recurrente, es decir, en términos de legalidad ordinaria.

9. El Fiscal formuló sus alegaciones en escrito presentado el 18 de marzo de

2009 en el Registro General de este Tribunal. En el mismo, y tras detallar el íter administrativo y procesal de las actuaciones, interesa la estimación parcial del recurso y el otorgamiento del amparo en lo que respecta exclusivamente a la lesión del derecho a obtener una resolución motivada sobre el fondo de sus pretensiones. Razona al respecto el Fiscal que si bien en el recurso de revisión no se designaron con carácter independiente los documentos que fundamentan la causa del 118.1.1 LPC, y la posterior demanda contencioso-administrativa no habría precisado tampoco de manera directa los documentos a los efectos de dicho art. 118, a lo largo de sendos recursos sí constarían designados numerosos documentos en los que el demandante sustenta su derecho, como por ejemplo el acta notarial de compromiso de cesión (que no de cesión efectiva) de los terrenos cuestionados o el informe jurídico del Ayuntamiento sobre la falta de formalización de escritura pública de cesión. Concluye por ello el Fiscal que al considerar el Tribunal Superior de Justicia que no se habían señalado los documentos a que se refiere el art. 118.1.1 LPC, dicha Sala incurrió en un error de hecho que, a su vez, implicaba una falta de motivación impeditiva de la valoración de la cuestión de fondo y, por ende, lesiva del derecho a obtener una resolución motivada sobre el fondo de las pretensiones.

Por el contrario, interesa el Fiscal la denegación del amparo en lo que respecta a la denuncia referida al 118.1.2 de la citada Ley 30/1992 llevada a cabo con ocasión de la solicitud de ampliación del recurso administrativo de revisión, al considerar ajustados al canon del art. 24.1 CE los razonamientos de la sentencia referidos a la imposibilidad de aceptar las certificaciones del inventario de bienes municipales, al tratarse de un registro público del que se pueden interesar certificaciones en cualquier mo-



mento, posibilidad contraria a la necesidad de respeto del plazo de tres meses para la revisión, plazo que, de aceptar como dies a quo el de recepción de la certificación, quedaría abierto a la voluntad y discrecionalidad de todo justificable.

En lo que respecta al derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, el Fiscal, tras poner de manifiesto el error en que incurre la sentencia al consignar que el pleito no se recibió a prueba cuando efectivamente existió fase de prueba, pero con las incidencias expresadas, interesa igualmente la denegación del amparo, al entender que en la demanda de amparo no aparece suficientemente acreditado que la falta de práctica de la prueba resultara decisiva en términos de defensa, pues la falta de constancia de inscripción de los terrenos discutidos en el inventario de bienes municipales ya estaba acreditada por oficio de 30 de octubre de 2000, razón por la que ninguna circunstancia nueva añadía a lo ya existente en el recurso.

10. Por providencia de 22 de julio de 2010, se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 26 del mismo mes y año.

## II. Fundamentos jurídicos

1. Se dirige la presente demanda de amparo contra la Sentencia de 26 de mayo de 2005, de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, desestimatoria de recurso contencioso-administrativo deducido a su vez contra desestimación por silencio de recurso extraordinario de revisión en vía administrativa interpuesto contra Decreto del Concejal-Presidente de la Junta municipal de distrito de Barajas de 17 de julio de 1998, que acordaba el inicio de expediente de recuperación de oficio de determinados terrenos, concediendo trámite

de audiencia a quienes se considerasen afectados.

El demandante denuncia la vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a obtener una resolución de fondo, así como a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, como consecuencia, respectivamente, de error de hecho del Tribunal al considerar que la parte no había señalado los documentos que, a su vez, evidenciaban el error sustento de la posibilidad extraordinaria de la revisión administrativa; igualmente denunciaba error e irrazonabilidad en la motivación de la Sentencia relativa a la inidoneidad de los certificados del inventario municipal como documentos de los previstos en el supuesto del art. 118.1.2 LPC. Por último, basa la lesión del derecho constitucional a utilizar los medios de prueba pertinentes en la falta de práctica de prueba documental propuesta y admitida, así como en su carácter determinante en el sentido de la Sentencia impugnada.

Por su parte, la Letrada del Ayuntamiento de Madrid interesa la denegación del amparo por considerar debidamente motivada la Sentencia en todos sus extremos, al haberse utilizado por la parte la revisión administrativa como medio para hacer alegaciones de mera legalidad ordinaria y ajenas, por ello, al carácter extraordinario de la revisión. Respecto a la prueba no practicada, manifiesta su innecesariedad y falta e inexistencia de lesión material consecuencia del carácter público del inventario de bienes municipales.

El Fiscal, por el contrario, si bien sostiene la inexistencia de vulneración del derecho a la prueba y la razonabilidad de la motivación referida al 118.1.2 LPC, solicita el otorgamiento del amparo en lo que respecta al error de hecho en que incurre el Tribunal al considerar que el recurrente no individualizó debidamente

los documentos que, al tenor del art. 118.1.1, evidenciarían el error de hecho del acto administrativo firme, por lo que, independientemente de su sentido, interesa el dictado de resolución expresa sobre la cuestión de fondo.

2. Con carácter previo al examen sustantivo, y si bien la demanda denuncia y desarrolla en primer lugar la lesión del derecho a obtener una resolución sobre el fondo de sus pretensiones como consecuencia de error patente, se constata, en los términos que se examinarán, la posible concurrencia de una causa de inadmisión parcial del presente recurso que obliga, por razones de técnica procesal, a examinar en primer lugar la lesión del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa. Dicha técnica resolutoria es posibilitada, entre otras, por lo reiterado al FJ 2 de la STC 187/2008, de 30 de diciembre, donde decíamos que «los defectos insubsanables de que pueda estar afectada la demanda no resultan subsanados porque haya sido inicialmente admitida a trámite, pudiendo abordarse por este Tribunal de oficio el examen de los presupuestos de viabilidad de la demanda de amparo en fase de sentencia y llegar, en su caso, a la declaración de inadmisión del recurso o del motivo del recurso afectado por dichos defectos (SSTC 29/2004, de 4 de marzo, FJ 2; 85/2004, de 10 de mayo, FJ 2; 160/2005, de 20 de junio, FJ 2; 230/2006, de 17 de julio, FJ 2; 350/2006, 11 de diciembre, FJ 2; 353/2006, 18 de diciembre, FJ 2; 1/2008, de 14 de enero, FJ 2 y 73/2008, de 23 de junio, FJ2)».

Por lo expuesto, y en relación con la pretendida vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, consecuencia de la falta de emisión, por el funcionario competente, de certificación sobre la falta de inclusión de los inmuebles controvertidos en el inventario de bienes municipales, se ha de resaltar que contra la providencia de 16 de febrero de 2005, mediante la

que «transcurrido el periodo probatorio, se cierra el periodo de prueba», dando traslado a la demandante para conclusiones, no se interpuso por la recurrente el preceptivo recurso de súplica, no obstante la mención expresa a dicha posibilidad en la providencia examinada. Así, y notificada esta providencia a la Procuradora de la recurrente en fecha 1 de marzo de 2005, se presentó directamente escrito de conclusiones en fecha 15 de marzo, es decir, transcurrido en todo caso el plazo legal de cinco días para haber podido interponer el recurso de súplica, lo que determina que la parte no agotó la vía judicial debidamente, por mucho que haga mención en su escrito de conclusiones a la falta de práctica de la documental segunda y tercera, mención que expresamente incluye en estas conclusiones a efectos de «dejar constancia» para una posible solicitud de ampliación de plazo «para formular conclusiones respecto de la mencionada prueba documental». Dicha mención está alejada del propósito del recurso de súplica que se hubiera debido interponer, único medio idóneo a los efectos de denunciar y obtener la reparación, por la jurisdicción ordinaria, de la posible lesión del derecho a utilizar los medios de prueba para la defensa y, con ello, dar la oportunidad a la Sala de justicia de sanar la vulneración constitucional. Máxime cuando se constata que el momento de consumación de la lesión denunciada en materia de prueba no es otro que el de cierre de dicha fase, habida cuenta que hasta el dictado de la providencia de cierre, el órgano jurisdiccional podría haber acordado la práctica de la documental admitida en cualquier momento del plazo que, para la práctica de las pruebas, establece el art. 60.4 Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA), sin perjuicio de lo establecido en su último inciso. Pero una vez declarado cerrado expresamente dicho periodo, surge la lesión invocada y, en consecuencia, la necesidad, ex art. 44.1 a)

LOTIC, de impugnar dicho cierre mediante el cauce procesal adecuado, el recurso de súplica, sede oportuna para llevar a cabo la denuncia formal del derecho constitucional al ser reacción, por lo expuesto, al conocimiento primero de la vulneración.

Todo lo razonado determina la plena aplicación al caso de la doctrina plasmada al respecto, por todas, en la precitada STC 187/2008, de 30 de diciembre, FJ 2, donde reiterábamos que «el requisito del agotamiento de la vía judicial exigido por el art. 44.1 a) LOTIC es una condición de admisibilidad del recurso de amparo, que responde a la finalidad de preservar el carácter subsidiario del mismo, evitando que el acceso a esta jurisdicción constitucional se produzca per saltum, es decir, sin brindar a los órganos judiciales la oportunidad de pronunciarse y, en su caso, remediar la lesión invocada como fundamento del recurso de amparo constitucional (por todas, SSTC 59/2007, de 26 de marzo, FJ 2; 228/2007, de 5 de noviembre, FJ 2 ó 73/2008, de 23 de junio, FJ 3)».

A dicha conclusión sobre el defectuoso agotamiento abunda, igualmente, el hecho de que tampoco se recurriera en súplica la providencia de 12 de mayo de 2005, señalando fecha para votación y fallo y debidamente notificada a la representación procesal de la recurrente el 18 de mayo, con lo que la falta de denuncia se habría podido dar en dos ocasiones, no llegándose siquiera a solicitar la ampliación del escrito de conclusiones que se puso de manifiesto en las conclusiones originarias, y dictándose la Sentencia impugnada ocho días después.

Procede, así, concluir la inadmisión del motivo de amparo referido a la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, ante la constatación del defectuoso agotamiento de la vía judicial por incum-

plirse la necesaria subsidiariedad del recurso de amparo.

3. Concluida la inadmisión de dicho motivo de amparo, y abordando el concreto examen de la vulneración del derecho a obtener una resolución sobre el fondo de las pretensiones, se ha de examinar si la resolución judicial al respecto es, per se, susceptible de lesionar este derecho sin necesidad de abundar en el examen de la efectiva concurrencia o no de las circunstancias habilitantes de la revisión, examen en principio ajeno al presente amparo por constituir, precisamente, uno de los posibles objetos del recurso contencioso-administrativo deducido ante la jurisdicción ordinaria, en los términos y con las peculiaridades derivadas del caso que más adelante se explicarán. Esto es así pues es constante nuestra jurisprudencia que dice que no se lesiona dicho derecho cuando la desestimación, en este caso consecuencia de la apreciación de que no concurre circunstancia de revisión alguna, es debidamente razonada. Así, decíamos por todas al FJ 3 de la STC 65/2009, de 9 de marzo, que «el derecho a obtener de los Jueces y Tribunales una resolución razonada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en el proceso se erige en un elemento esencial del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva que, no obstante, se satisface también cuando se obtiene una resolución de inadmisión si concurre causa legal para ello y así se aprecia razonadamente por el órgano judicial» (entre otras muchas, SSTC 8/1998, de 13 de enero, FJ 3; 115/1999, de 14 de junio, FJ 2; 122/1999, de 28 de junio, FJ 2; 157/1999, de 14 de septiembre, FJ 2; 167/1999, de 27 de septiembre, FJ 2; y 108/2000, de 5 de mayo, FJ 3).

El fundamento jurídico tercero de la Sentencia impugnada dice literalmente que «el recurrente en el recurso administrativo [de revisión] hace referencia al supuesto primero del art. 118 pero ni si-

quiera señala de que documento se deriva el error de hecho ni justifica dicho error por lo que en ningún caso podía triunfar dicho motivo» (sic). La lectura de dicho razonamiento arroja que existen no una, sino dos causas para el rechazo de la pretensión, verbigracia: a) la falta de individualización del documento que evidenciaría el error de hecho en la resolución administrativa y, b) la falta de justificación de que dicho error, fue decisivo en el fallo «por lo que en ningún caso podía triunfar dicho motivo». Y es esta última mención a la imposibilidad «en ningún caso» la que obliga a la consideración conjunta de sendas causas para concluir la inexistencia de la lesión constitucional aducida, habida cuenta de que, si bien la eventual apreciación aislada del razonamiento sobre falta de individualización documental podría sustentar la infracción denunciada por posible error fáctico del Tribunal Superior de Justicia, el párrafo esgrime no uno, sino dos motivos de denegación que no pueden examinarse independientemente, debiendo ser considerados conjuntamente como consecuencia del último inciso del razonamiento. Inciso que, a su vez, implicaría la necesidad de error en las dos circunstancias aducidas por la jurisdicción para que surgiera lesión de relevancia constitucional, por lo que basta la correcta concurrencia de una u otra circunstancia, en este caso la falta de justificación del error de hecho y del nexo con los documentos incorporados, para justificar la inexistencia de lesión material como consecuencia del error denunciado y, consecuentemente, concluir la desestimación de este motivo de amparo.

Por lo expuesto, no se entiende necesario atender a la concurrencia o no de un posible error de hecho del Tribunal sentenciador, sino que el examen de la propia dicción del fundamento jurídico tercero examinado, al no incorporar una, sino dos causas impeditivas del examen de fondo en sede de revisión administra-

tiva, priva de su carácter esencial y determinante a si la parte ha señalado efectivamente o no los documentos que evidenciarían la necesidad de revisar la resolución administrativa firme pues, en todo caso, el Tribunal entiende que la parte no cumplió la carga, también propia de la revisión administrativa, de justificar que, efectivamente, el órgano administrativo habría incurrido en el primer error denunciado por vía de revisión administrativa, pretendidamente habilitante de la revisión del Decreto de inicio de la recuperación, «por lo que en ningún caso podía triunfar dicho motivo». Y es esta constatación de que el Tribunal Superior razona expresamente cómo, bien por una razón –falta de señalamiento de los documentos reputados esenciales– bien por otra –indebida explicación del error que se deriva de los mismos–, no cabía la revisión, la que priva del necesario carácter determinante a un error de hecho que, aun de concurrir, no habría variado la conclusión de la sentencia, por lo que debe decaer el motivo invocado en relación con el art. 118.1.1 LPC y en aplicación de nuestra jurisprudencia plasmada, por todas, en la STC 167/2008, de 15 de diciembre, en cuyo fundamento jurídico segundo reiterábamos que «sobre el error patente con relevancia constitucional existe ya una abundante y consolidada doctrina de este Tribunal, que sintetizan, entre otras, las más recientes SSTC 221/2007, de 8 de octubre (FJ 3); 4/2008, de 21 de enero (FJ 3), y 21/2008, de 31 de enero (FJ 2).

Conforme a esta doctrina constitucional, para poder apreciar un error de este tipo es necesario que concurra que el error sea determinante de la decisión adoptada, esto es, que constituya el soporte único o básico de la resolución (ratio decidendi), de modo que, constatada su existencia, la fundamentación jurídica de la resolución judicial pierda el sentido y alcance que la justificaba, y no pueda conocerse cuál hubiese sido su

sentido de no haberse incurrido en el error».

En suma, el Tribunal incurre efectivamente en error, al afirmar que el recurrente no señaló, en su escrito de revisión, los documentos de que derivaba el error de hecho en la resolución administrativa impugnada, pero tal error judicial no reviste la intensidad exigida por nuestra jurisprudencia como para sustentar la lesión constitucional denunciada, tanto por la excepcionalidad de la figura de la revisión administrativa –tasada y por motivos limitados– como porque el Tribunal Superior de Justicia de Madrid –dentro de sus legítimas facultades jurisdiccionales– aprecia que el recurrente, en su escrito solicitando dicha revisión, no cumplió la obligación de explicitar en qué modo del documento señalado resultaba la existencia de error de hecho administrativo, centrandó más bien dicho escrito en alegaciones propias de recursos ordinarios que en lograr la convicción del órgano resolutorio sobre la concurrencia de la excepcionalidad habilitante de la revisión. Lo que se evidencia en la propia Sentencia impugnada, en cuyo fundamento jurídico tercero la Sala de Justicia observa que «la vía elegida [por el recurrente] es la interposición de un recurso de revisión», cuando por éste «debió en su momento interponerse el correspondiente recurso contencioso-administrativo». Como concluye el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en las últimas líneas del mentado fundamento jurídico tercero, «estas alegaciones podrían haber fundamentado la interposición de un recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses siguientes a su notificación contra el acto de referencia pero no sirven para fundamentar un recurso de revisión que, por interponerse contra un acto que ha causado estado, tiene sus motivos tasados por el ordenamiento jurídico».

4. Establecido que la decisión del Tribunal Superior de Justicia de Madrid no cercena en el extremo explicado el

derecho a obtener una resolución de fondo, se ha de proseguir con la diversa consideración que demandante y jurisdicción dan a las informaciones del inventario municipal aportadas con el escrito de ampliación de la revisión administrativa al amparo del art. 118.1.2, y cuya emisión equivaldría, según el recurrente, a la «aparición» a que hace referencia el art. 118.1.2 LPC (también invocado administrativa y judicialmente), mientras que para la jurisdicción, el carácter público del mismo implica una posibilidad constante y mantenida en el tiempo de su conocimiento, que impide configurar como dies a quo el de recepción de la certificación o respuesta. Una intelección contraria a ésta implicaría hacer depender el inicio de dicho plazo de la voluntad del recurrente, que con la mera petición de una certificación a un registro público ostentaría el control del inicio de dicho cómputo, por lo que no se puede entender que «aparecieran» dichos documentos, que no son, como se razona en la Sentencia, sino certificaciones de lo expuesto en un inventario de pública, y por ende continua, consulta.

Dicho razonamiento, como pone de manifiesto el Fiscal, conlleva una respuesta fundada sobre el fondo de la cuestión (que satisface el derecho a obtener una respuesta sobre el fondo de la litis), consistente en considerar adecuada la desestimación de la revisión administrativa, en este caso al razonar cómo los documentos aportados con la ampliación no pueden considerarse de los previstos y considerados por el art. 118.1.2 LPC, al tratarse de documentos públicos, a constante disposición de los administrados interesados. Otra intelección llevaría a posibilitar la revisión por el mero hecho de solicitar un certificado de registro público en cualquier momento posterior a la resolución administrativa desestimatoria, conculcando la excepcionalidad de todo procedimiento de revisión mediante

una actividad eminentemente tendente a sortear el espíritu del art. 118.1.2 LPC.

5. Es así que la Sala entra efectivamente en el fondo al enjuiciar la existencia de sendas vulneraciones de los dos primeros apartados del art. 118.1 LPC, no obstante el objeto estricto del recurso contencioso-administrativo, que no sería sino la desestimación presunta de un recurso extraordinario de revisión deducido contra un acto no susceptible de recurso contencioso-administrativo por ser de trámite y que, de constituir el objeto mediato del proceso contencioso-administrativo, se convierte en el objeto inmediato, por causa del carácter presunto de la desestimación, distinto al supuesto de desestimación expresa con la consecuente creación de una nueva resolución de fondo, distinta a la impugnada, y como consecuencia igualmente de la individualización, que hace el propio recurrente del acto a impugnar en su escrito de interposición al amparo del art. 45.1 LJCA.

La Sentencia impugnada, así, no sólo examina la concurrencia efectiva o no de los supuestos que habilitarían la posibilidad de revisión, sino que trasciende el examen de los mismos dando una respuesta también sobre el fondo de la pretensión contenciosa al negar el carácter de recurrible al Decreto impugnado, por ser de trámite. El propio recurrente reconoce expresamente en la demanda de amparo el carácter de acto de trámite de dicho Decreto impugnado, así como que el mismo es anterior a la resolución definitiva del expediente de recuperación, si bien intenta justificar la naturaleza calificada del mismo y la necesidad de acudir a un criterio amplio al respecto, intentando subsumir el supuesto en el art. 72.2 LJCA como si se tratara de medidas cautelares adoptadas, abundando en la justificación del carácter privado de los terrenos recuperados al existir placas de propiedad privada y otras acreditaciones, propias y privativas de la jurisdicción or-

dinaria, mas dicha alegación es también expresamente resuelta en la Sentencia impugnada, lo que no hace sino abundar a la existencia de efectiva resolución sobre el fondo, hasta el punto de que este último razonamiento implica la inexistencia de lesión material, consecuencia, así, de que en todo caso el acto originario tenía, por no ser recurrible, vedado el acceso a la jurisdicción.

6. La concurrencia de sendos argumentos, sobre la naturaleza no impugnabile de acto de trámite del Decreto recurrido en su día en revisión, y sobre la improcedencia misma de este instrumento de impugnación excepcional, conllevan que no se ha vulnerado el derecho a obtener una resolución de fondo, como consecuencia también de la propia naturaleza presunta –y que, por ello, nada nuevo añade– del acto impugnado, lo que determina la desestimación de este motivo de amparo.

Procede, pues, decretar la inadmisión del recurso de amparo en lo que respecta a la lesión del derecho a utilizar los medios pertinentes para la defensa ante el defectuoso agotamiento de la vía judicial, desestimando la concurrencia de lesión del derecho a obtener una resolución sobre el fondo del asunto.

## FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Inadmitir el presente recurso de amparo en lo que respecta a la lesión del derecho a utilizar los medios pertinentes para la defensa, desestimándolo en todo lo demás.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a veintiséis de julio de dos mil diez.–Vicente Conde Martín de Hijas.–Elisa Pérez Vera.–Eugeni Gay Montalvo.–Ramón Rodríguez Arribas.–Pascual Sala Sánchez.–Firmado y rubricado.

---

### **Sentencia 31/2010, de 28 de junio de 2010**

publicada en el suplemento al «Boletín Oficial del Estado» núm. 172, de 16 de julio de 2010. Corrección de errores en la, del Tribunal Constitucional, («BOE» núm. 192 de 9 de agosto de 2010)

Por providencia de 23 de julio de 2010 en recurso de inconstitucionalidad 8045-2006, promovido por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados en relación con determinados preceptos de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, y de conformidad con lo previsto en el art. 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con el art. 80 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, el Pleno del Tribunal Constitucional ha acordado rectificar el siguiente error material advertido en la STC 31/2010, de 28 de junio, fundamento jurídico núm. 104, párrafo cuarto: Donde dice: «en los FF JJ 3 y 4 de la STC 234/2004, de 2 de diciembre», debe decir: «en los FF JJ 3 y 4 de la STC 243/2004, de 16 de diciembre».

---

### **Sentencia 43/2010, de 26 de julio de 2010**

#### **Sala Primera**

Recurso de amparo 1503-2008. Promovido por don Roger Edward Cordery y

doña Mary-Ann Cordery frente al Auto del Juzgado de Primera Instancia de Arzúa que desestimó la solicitud de nulidad de actuaciones en juicio ejecutivo. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión: juicio ejecutivo celebrado sin emplazar a los titulares registrales del bien inmueble que fue objeto de subasta y adjudicación a un tercero. («BOE» núm. 195 de 12 de agosto de 2010)

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, don Javier Delgado Barrio, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps, Magistrados, ha pronunciado

#### **EN NOMBRE DEL REY**

la siguiente

#### **SENTENCIA**

En el recurso de amparo núm. 1503-2008, promovido por don Roger Edward Cordery y doña Mary-Ann Cordery, representados por la Procuradora de los Tribunales doña Silvia Barreiros Teijeiro y asistidos por el Abogado don Francisco Javier Tajés Sendón, contra el Auto de 8 de enero de 2008, dictado por el Juzgado de Primera Instancia de Arzúa, que desestimó la solicitud de nulidad de actuaciones promovida en el juicio ejecutivo núm. 250-1997. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha comparecido el Banco Español de Crédito, S.A., representado por la Procuradora de los Tribunales doña Inmaculada Ibáñez de la Cadinere y asistido por la Abogada doña Marta Pérez Vázquez. Ha sido Ponente la Presidenta doña María Emilia Casas Baamonde, quien expresa el parecer de la Sala.

## I. Antecedentes

1. Mediante escrito que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el día 25 de febrero de 2008, la Procuradora de los Tribunales doña Silvia Barreiros Teijeiro, en nombre y representación de don Roger Edward Cordery y doña Mary-Ann Cordery, interpuso recurso de amparo contra la resolución judicial que se cita en el encabezamiento.

2. Los hechos en los que tiene su origen el presente recurso y relevantes para su resolución son, sucintamente expuestos, los siguientes:

a) Los demandantes de amparo adquirieron por compraventa el día 22 de julio de 2004 una vivienda sita en la c/ Sufrimiento de la Villa, núm. 2 de la localidad de Muros, que figura inscrita a su nombre en el Registro de la Propiedad de Muros el día 18 de agosto de 2004.

b) Con anterioridad, en el año 1997 el Banco Español de Crédito había interpuesto ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Arzúa demanda de juicio ejecutivo, que se tramitó con el núm. 250/1997, procedimiento en el que la citada vivienda fue embargada y subastada, siendo adjudicada por Auto de 1 de diciembre de 2000 a un tercero, quien posteriormente la vendió en el año 2001.

Un demandado en aquel juicio ejecutivo interpuso recurso de amparo por defectos en los actos de comunicación procesal, al haberse procedido a la notificación edictal de la postura ofrecida en la tercera subasta cuando constaba otro domicilio en las actuaciones. En dicho proceso constitucional se otorgó el amparo (STC 40/2005, de 28 de febrero), ordenándose la nulidad y retroacción de actuaciones, a fin de que se volviera a efectuar dicha notificación al deudor de manera respetuosa con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

Si bien el demandante había solicitado en el procedimiento de amparo la suspensión de la ejecución de las resoluciones recurridas o, subsidiariamente, la adopción de alguna medida cautelar, todo ello le fue denegado por Auto de 12 de enero de 2004, en el que el Tribunal rechazó la anotación preventiva de la demanda de amparo, al no figurar la finca inscrita en el Registro de la Propiedad, de modo que la falta de diligencia del demandante de amparo «le impide ahora beneficiarse de la protección de dicho Registro y, en definitiva, la que le priva de obtener la tutela cautelar en esta vía de amparo, sin que sea admisible que este Tribunal supla ahora esa omisión con la adopción de las otras medidas solicitadas por el actor, en cuanto supondrían la imposición de restricciones sobre facultades dominicales o de obligaciones personales a terceros adquirentes que no han tenido ninguna relación con el procedimiento» (ATC 7/2004, de 12 de enero).

c) El día 19 de julio de 2005, la representación procesal del demandante de amparo en el recurso resuelto por nuestra STC 40/2005 comunicó al Juzgado que el bien objeto de subasta había sido inscrito en el Registro de la Propiedad de Muros a favor de doña Mary Ann Cordery y don Roger Edward Cordery, solicitando al Juzgado que se practicara también con ellos la notificación prevista en el art. 1506 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) de 1881.

El Juzgado, en cumplimiento de la Sentencia del Tribunal Constitucional, el día 20 de enero de 2006 procedió a la notificación al deudor de la postura ofrecida en la tercera subasta, pero no realizó notificación alguna a los titulares registrales. Y, habiendo presentando el deudor un mejor postor, acordó abrir nueva licitación, conforme al art. 1507 LEC entre éste y el primer adjudicatario, mediante diligencia de ordenación de fecha 3 de abril de 2006.



Según consta en el acta de la subasta celebrada el día 20 de septiembre de 2006 (folio 530 de las actuaciones), abierto el acto el primer adjudicatario manifestó que en ese momento ya no era el dueño del referido inmueble, abriéndose por el Secretario judicial un plazo de cinco días para alegaciones.

Por providencia de 10 de noviembre de 2006 el Juzgado ordenó abrir nueva licitación entre el mejor postor y el primer adjudicatario. Este último, a través de dos escritos dirigidos al Juzgado de fecha 1 y 4 de diciembre de 2006, expuso que el bien adquirido en subasta había sido objeto de una cadena de transmisiones, acompañando nota simple informativa del Registro de la Propiedad de Muros en la que constaban como titulares registrales desde el año 2004 los actuales demandantes de amparo, destacando que se trata de terceros hipotecarios protegidos por la fe pública registral en virtud del art. 34 de la Ley hipotecaria (LH). Por ello, insta al Juzgado a suspender la subasta, localizar a los nuevos adquirentes y darle audiencia para evitar su indefensión.

d) El Juzgado, mediante providencia de 13 de diciembre de 2006, acordó no haber lugar a lo solicitado y estar a lo acordado en la providencia de 10 de noviembre de 2006. El día 8 de enero de 2007 se celebró la subasta, a la que compareció solamente el mejor postor presentado por el deudor, al que se le adjudicó el bien mediante Auto de 2 de mayo de 2007, en el que se ordenó expedir el oportuno mandamiento al Registro de la Propiedad. El día 26 de octubre de 2007 se da posesión del inmueble al mejor postor, todo ello sin realizar notificación alguna a los titulares registrales.

e) Según se pone de manifiesto en la demanda de amparo, cuando los recurrentes –cuya residencia habitual se encuentra en el Reino Unido– regresaron a España, y encontrándose en la vivienda

litigiosa, recibieron la visita de dos agentes de la Guardia Civil, quienes les comunicaron que esa propiedad se había subastado y adjudicado a un tercero. Ello motivó que promovieran incidente de nulidad de actuaciones ante el Juzgado, al amparo del art. 241 LOPJ, alegando la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por cuanto debió haberseles comunicado la existencia del procedimiento al ser los titulares registrales del inmueble subastado y no hacerlo les generó indefensión. Acompañan a su escrito certificación registral del historial de la citada finca.

Mediante Auto de 8 de enero de 2008, el Juzgado de Primera Instancia de Arzúa acordó no haber lugar a la nulidad solicitada, argumentando que la retroacción del procedimiento se había llevado a cabo en la forma ordenada en la Sentencia dictada por el Tribunal Constitucional, es decir, procediendo a la notificación del demandado en el proceso ejecutivo y demandante en el recurso de amparo estimado por nuestra STC 40/2005. A lo cual se añade, a mayor abundamiento, que no todo defecto procesal implica nulidad por el carácter excepcional del incidente de nulidad, cuya estimación debe evitarse en la medida de lo posible por razones de economía procesal, todo ello sin perjuicio de que, habida cuenta de que sin ser parte en el procedimiento éste les afectó, nada impide que los recurrentes entablen el procedimiento declarativo que corresponda en orden a la defensa de sus intereses y en el que hacer valer la condición de tercero hipotecario alegada.

f) En la demanda de amparo se pone de manifiesto que por el adjudicatario de la vivienda se interpuso juicio verbal para obtener la tutela sumaria de la posesión, que se tramitó con el núm. 358/2007, habiendo dictado el Juzgado de Primera Instancia de Muros Sentencia desestimatoria de la demanda, por lo que los recu-

rrentes continúan en posesión, uso y disfrute del inmueble objeto de subasta.

3. Los recurrentes fundamentan su demanda de amparo en la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE). Sostienen que se ha subastado un bien que ya no estaba en el patrimonio del deudor ejecutado, sino que pertenecía a los demandantes de amparo, titulares registrales del inmueble y con la condición de terceros hipotecarios, como le constaba al Juzgado al habérselo comunicado tanto uno de los deudores ejecutados como el primer adjudicatario de la vivienda. Pese a todo, el Juzgado no procedió a notificarles la existencia del juicio ejecutivo, produciéndose la subasta sin que conocieran la existencia del procedimiento ni fueran parte del mismo, lo que les privó de su derecho a ser oídos y les impidió el ejercicio del derecho de defensa de sus legítimos derechos e intereses sobre el citado inmueble, lo que es incomprensible a la vista del conocimiento que tenía el Juzgado. Citan, entre otras, la STC 29/2003, de 13 de febrero, en la que se otorgó el amparo en un supuesto similar al presente (en el que se acordó el lanzamiento de la vivienda de un tercero adquirente extranjero y residente fuera de España, cuyo título estaba inscrito en el Registro de la Propiedad, sin oírle ni permitirle comparecer en el proceso, pese a haber advertido de su existencia la ejecutante) y cuya doctrina consideran aplicable a este caso.

Los argumentos empleados en el Auto que resuelve el incidente de nulidad de actuaciones resultan inadmisibles, pues el Tribunal Constitucional no decretó la nulidad de las transmisiones del inmueble litigioso y el carácter excepcional de la nulidad de actuaciones y las razones de economía procesal que se esgrimen ceden ante la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

Por todo ello, solicitan el otorgamiento del amparo declarando la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y la anulación del Auto de 8 de enero de 2008, así como la retroacción de las actuaciones al momento anterior a la celebración de la subasta entre el primer adjudicatario y el que luego resultó serlo, al efecto de que se les comunique la existencia del procedimiento de manera respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

Mediante otrosí en la propia demanda de amparo se solicita que se deje en suspenso la ejecución del Auto de 2 de mayo de 2007, recaído en el procedimiento ejecutivo núm. 250-1997, por el que se adjudica el inmueble a un tercero.

4. Por providencia de 8 de enero de 2009, la Sección Segunda de este Tribunal acordó la admisión a trámite de la demanda y, a tenor de lo dispuesto en el art. 51 LOTC, requerir al Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Arzúa, para que el plazo de diez días remitiera testimonio del juicio ejecutivo núm. 250-1997, interesándose al tiempo que se emplazara a quienes fueron parte en el procedimiento, a excepción de los recurrentes en amparo, para que en el plazo de diez días pudieran comparecer en este proceso constitucional.

5. Por otra providencia de la misma fecha se acordó la apertura de la correspondiente pieza separada para la tramitación del incidente de suspensión, concediéndose un plazo común de tres días a los recurrentes y al Ministerio Fiscal para que formularan alegaciones sobre el particular, conforme a lo previsto en el art. 56 LOTC. Evacuado dicho trámite, mediante Auto de 23 de febrero de 2009 la Sala Primera acordó acceder a la suspensión solicitada y ordenar la anotación preventiva de la demanda de amparo en el Registro de la Propiedad.

6. A través de diligencia de ordenación de la Secretaría de justicia de la Sala

Primera de 18 de junio de 2009 se tienen por recibidos los testimonios de las actuaciones y por personada y parte a la Procuradora doña Inmaculada Ibáñez de la Cadiniere, en nombre y representación del Banco Español de Crédito, S.A. En la misma diligencia se dio vista de las actuaciones a las partes personadas y al Ministerio Fiscal por término de veinte días, dentro de los cuales podrían presentar las alegaciones que estimasen pertinentes, conforme a lo establecido en el art. 52.1 LOTC.

7. La representación procesal de los demandantes de amparo formuló sus alegaciones mediante escrito que tuvo su entrada en el Registro de este Tribunal el día 17 de julio de 2009, en el que sustancialmente se afirma y ratifica en el escrito de la demanda.

Se comunica además que la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de A Coruña ha dictado sentencia en el recurso de apelación interpuesto por el adjudicatario de la subasta contra la dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Muros en el juicio verbal civil núm. 358/07, confirmando la Sentencia de instancia excepto en lo relativo a la imposición de costas, por lo que los recurrentes continúan en la posesión del inmueble.

8. El día 2 de septiembre de 2009 presentó sus alegaciones el Ministerio Fiscal, interesando la estimación del recurso por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), con anulación de la resolución recurrida y retroacción de las actuaciones al momento anterior a la subasta del inmueble, para que los demandantes puedan comparecer a defender sus intereses.

Tras recordar que el derecho a la tutela judicial efectiva obliga al órgano judicial a establecer la relación jurídica procesal de forma que tengan acceso al proceso quienes pueden ver en él lesionados sus intereses, considera el Fiscal, con cita de la STC 29/2003, de 13 de febrero, que en

el presente caso el Juzgado no actuó con la diligencia debida en orden a procurar la intervención en el proceso de los demandantes de amparo, para que pudieran comparecer en el mismo y defender sus intereses, pese a haber sido advertido de su existencia y de que eran los titulares registrales de la vivienda subastada. Por ello, los recurrentes no pudieron comparecer en un proceso en el que resultaban afectados sus intereses (pues se subastaba un bien de su propiedad), causando indefensión constitucionalmente relevante.

Sostiene también el Fiscal que los argumentos esgrimidos por el Juez en el Auto que desestima la petición de nulidad de actuaciones no pueden asumirse, además de sorprender el hecho de que el Juzgado no dé argumento alguno acerca de las razones de la no citación de los demandantes de amparo a la subasta. El primero de ellos (que se dio cumplimiento a la Sentencia del Tribunal Constitucional 40/2005 notificando el proceso a quien entonces fue recurrente en amparo) porque nada tiene que ver con la indefensión que ahora se denuncia; y el segundo (razones de economía procesal), porque la economía procesal no puede imponerse a costa de una lesión de un derecho fundamental.

9. Por providencia de 22 de julio de 2010 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 26 del mismo mes y año.

## II. Fundamentos jurídicos

1. El presente recurso de amparo se dirige contra el Auto de 8 de enero de 2008, dictado por el Juzgado de Primera Instancia de Arzúa, que desestimó la petición de nulidad de actuaciones promovida por los demandantes de amparo en el juicio ejecutivo núm. 250-1997.

En la demanda de amparo se imputa a la resolución recurrida la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial

efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), al no declarar la nulidad de las actuaciones en el citado procedimiento, en el que se procedió a subastar y adjudicar una vivienda que figuraba inscrita a nombre de los recurrentes en el Registro de la Propiedad, sin notificarles la existencia del Juicio Ejecutivo, ni permitirles comparecer en el mismo, lo que les privó de su derecho a ser oídos y les impidió el ejercicio del derecho de defensa de sus legítimos derechos e intereses sobre el citado inmueble. El Ministerio Fiscal interesa la estimación del recurso por entender que concurre la vulneración denunciada.

2. Este Tribunal ha declarado reiteradamente que el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) garantiza a todos los que puedan resultar afectados por la decisión que se dicte en un proceso judicial el derecho a conocer su existencia, a fin de que tengan la posibilidad de intervenir en él, ser oídos, y ejercer la defensa de sus derechos e intereses legítimos.

Esta necesidad de promover la defensa, en la medida de lo posible, mediante la debida contradicción, impone a los órganos judiciales un especial deber de diligencia que, en palabras de la STC 56/2001, de 26 de febrero, FJ 2, «tiene especial importancia en el proceso de ejecución». En concreto, y por lo que respecta a la posibilidad de intervenir en un proceso de ejecución, hemos afirmado que el derecho a la tutela judicial efectiva habilita a quienes ostenten algún derecho o interés legítimo que pueda verse afectado por los actos de ejecución a comparecer y actuar en el procedimiento, aunque no hubieran sido parte en el proceso principal, y a este fin los arts. 270 LOPJ y 260.2 LEC exigen que las resoluciones judiciales se notifiquen no sólo a las partes procesales, sino también a las personas a quienes se refieran o puedan parar perjuicio (SSTC 229/2000, de 2 de octubre, FJ 3; 56/2001, de 26 de febrero, FJ 2).

Incluso en relación con el procedimiento sumario ejecutivo del art. 131 de Ley hipotecaria, caracterizado por la extraordinaria fuerza ejecutiva del título, si bien hemos afirmado que la existencia de dicho procedimiento no se opone al derecho de defensa de los terceros, porque queda abierta la vía del juicio declarativo en defensa de sus derechos (STC 158/1997, de 2 de octubre, FJ 6), también hemos sostenido que en tales supuestos nuestra doctrina exige que los terceros poseedores, en el momento de ser requeridos para el desalojo y lanzamiento, puedan exhibir su título ante el Juez, cuya eficacia sólo a efectos de la ejecución éste habrá de valorar, «lo que impone dar la oportunidad a quien alega la existencia de un título que evitaría la desposesión de aducir la existencia de un derecho que, en apariencia, pueda subsistir». Y para ello hemos exigido siempre que se posibilite el conocimiento de la decisión, «lo que debemos extender con mayor razón a quienes ostentan la posesión en concepto de dueños y además están protegidos por la fe pública registral» (STC 29/2003, de 13 de febrero, FJ 8). En aplicación de esa doctrina, en la citada Sentencia –cuya doctrina invocan como aplicable al caso tanto los recurrentes como el Ministerio Fiscal, aunque no se trate en éste de un procedimiento del art. 131 LH, sino de un juicio ejecutivo ordinario– se otorgó el amparo a la adquirente a título oneroso de una vivienda, cuyo título había sido inscrito en el Registro de la Propiedad y que, por tanto, estaba protegido por el principio recogido en el art. 34 LH, tras haber acordado el órgano judicial su lanzamiento sin requerimiento previo de desalojo y sin oírla, pese a haber sido advertido de su existencia por la ejecutante. Afirmamos en aquel caso que ello «provoca la indefensión de la demandante de amparo, pues contra el mandato contenido en el art. 24.1 CE de promover la defensa mediante la correspondiente contradicción, y sin perjuicio del pronunciamiento que pueda

recaer, de lo que se resuelva sobre la posesión y sobre la posible reserva de las acciones que puedan corresponder a los implicados, conforme acertadamente mantiene el Ministerio Fiscal, el órgano judicial acordó el lanzamiento del propietario y poseedor legítimo de una vivienda sin tan siquiera permitirle comparecer a defender su derecho en un procedimiento contradictorio» (FJ 9).

En definitiva, de nuestra doctrina se desprende con absoluta claridad que la interdicción de la indefensión consagrada en el art. 24.1 CE impone a los órganos judiciales el deber de velar por que quienes ostenten algún derecho o interés legítimo en un proceso de ejecución, aunque no hayan sido parte en el proceso principal, puedan comparecer y ser oídos en el mismo para garantizar su defensa, sin perjuicio del pronunciamiento que pueda recaer y de la posible existencia de otras acciones que puedan corresponder a los afectados.

3. La aplicación de la doctrina expuesta al caso enjuiciado, a la luz de las concretas circunstancias del mismo, conduce directamente a la estimación del presente recurso de amparo.

Como se ha hecho constar con mayor detalle en los antecedentes de esta resolución, el órgano judicial tuvo conocimiento de la existencia de adquirentes a título oneroso de la vivienda objeto de ejecución, cuyo título estaba inscrito en el Registro de la Propiedad y protegido por el principio recogido en el art. 34 LH, desde el momento en que se lo comunicó el deudor ejecutado, el día 19 de julio de 2005. Pese a ello, el Juzgado se limitó a notificar al deudor la postura ofrecida en la tercera subasta –dando con ello cumplimiento a la STC 40/2005, de 28 de febrero– y a abrir nueva licitación entre el mejor postor presentado por el deudor y el primer adjudicatario. Posteriormente, tanto al abrirse el acto de la subasta como en dos escritos posteriores, el adjudica-

tario manifestó que ya no era el propietario de la vivienda, adjuntando nota simple del Registro de la Propiedad de Muros en la que constan como titulares registrales desde el año 2004 los demandantes de amparo y solicitando la suspensión de la subasta y que se localizara y diera audiencia a los nuevos adquirentes para evitar su indefensión.

Sin embargo, y pese a lo anterior, el Juzgado acordó celebrar la subasta, adjudicar el inmueble al mejor postor presentado por el deudor y darle posesión del mismo, sin realizar notificación alguna a los titulares registrales, ni siquiera haberlo intentado al menos, y en defecto de otro domicilio conocido –dado que los demandados residen habitualmente en el extranjero– en el de la vivienda objeto de subasta que constaba a su nombre en el Registro de la Propiedad, «como medio más razonable y previsible» (STC 76/2006, de 13 de marzo, FJ 4) de conseguir que los titulares registrales del inmueble llegaran a tener conocimiento, tanto del juicio ejecutivo, como de la subasta que iba a celebrarse sobre el bien de su propiedad.

En definitiva, y como afirma el Ministerio Fiscal, el órgano judicial no actuó con la diligencia debida en orden a procurar que los demandantes de amparo pudieran tener conocimiento y comparecer en un proceso ejecutivo en el que resultaban afectados sus intereses (pues se subastó y adjudicó un bien de su propiedad), pese a haber sido advertido de su existencia y de que eran los titulares registrales de la vivienda subastada. Y dicho comportamiento del órgano judicial causó indefensión constitucionalmente relevante, pues les privó de su derecho a ser oídos y les impidió el ejercicio del derecho de defensa de sus legítimos derechos e intereses sobre el citado inmueble, sin que exista dato alguno en las actuaciones del que se desprenda que los recurrentes conocieran la existencia del procedimiento ejecutivo o que no

hayan actuado con la diligencia debida en orden a facilitar su comparecencia en el citado proceso.

4. Por otra parte, cuando los recurrentes –extranjeros cuya residencia habitual se encuentra en el Reino Unido– regresaron a España y tuvieron conocimiento de que la vivienda se había subastado y adjudicado a un tercero e interpusieron incidente de nulidad de actuaciones ante el Juzgado, al amparo del art. 241 LOPJ, alegando la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), el órgano judicial acordó no haber lugar a la nulidad solicitada, con una argumentación constitucionalmente inaceptable.

Como argumento principal, el Juez afirma que se limita a llevar a cabo la retroacción del procedimiento ordenada por la Sentencia dictada por el Tribunal Constitucional, es decir, procediendo a la notificación al deudor y a la celebración de nueva subasta. Pero ese argumento –como destaca el Ministerio Fiscal– no da respuesta a la queja de indefensión que le plantean los demandantes de amparo, puesto que la STC 40/2005 no tenía en cuenta –porque no podía hacerlo– la existencia de terceros adquirentes de la vivienda a título oneroso, por lo que el cumplimiento de lo en ella ordenado (la notificación al deudor) no es razón suficiente para excluir cualquier otra denuncia de indefensión. El segundo argumento, esgrimido a mayor abundamiento, consiste en afirmar el carácter excepcional del incidente de nulidad y que su estimación debe evitarse en la medida de lo posible por razones de economía procesal, todo ello pese a reconocer que el procedimiento afectó a los intereses de los recurrentes, remitiéndoles al procedimiento declarativo que corresponda en orden a la defensa de sus intereses y en el que hacer valer la condición de tercero hipotecario alegada.

Pues bien, tal forma de argumentar –además de no reparar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión sufrida por los recurrentes–, resulta abiertamente incompatible con el papel que el incidente de nulidad de actuaciones (art. 241 LOPJ) desempeña en el sistema de tutela de los derechos fundamentales, una cuestión jurídica relevante y sobre la que el Tribunal considera necesario hacer una última consideración.

5. La presente demanda de amparo ha sido promovida tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTC), una regulación que incorpora como novedad relevante la exigencia que impone el art. 50.1 b) LOTC para la admisión del recurso: que el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su «especial trascendencia constitucional».

Como afirmamos en la STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2, en el citado requisito «se plasma la opción del legislador, en el ejercicio de la habilitación que constitucionalmente le confiere el art. 161.1 b) CE, en relación con su art. 53.2, por una nueva configuración del recurso de amparo, toda vez que, en principio, tras la reforma llevada a cabo la mera lesión de un derecho fundamental o libertad pública tutelable en amparo ya no será por sí sola suficiente para admitir el recurso, pues es imprescindible, además, su «especial trascendencia constitucional», frente a la configuración por la que esencialmente se caracterizaba en su anterior regulación, en tanto que recurso orientado primordialmente a reparar las lesiones causadas en los derechos fundamentales y libertades públicas del demandante susceptibles de amparo». «De esta forma se configura por el legislador el sistema de garantías de los derechos fundamentales encomendado a los Jueces

y Tribunales como guardianes naturales y primeros de dichos derechos (STC 227/1999, de 13 de diciembre, FJ 1), a los que confiere un mayor protagonismo en su protección (ampliación del incidente de nulidad de actuaciones), y culminado por el Tribunal Constitucional que, además de garante último, es su máximo intérprete (arts. 53.2 y 123 CE y 1.1 LOTC).»

En efecto, ese mayor protagonismo que han de asumir los Jueces y Tribunales ordinarios en la protección de los derechos y libertades fundamentales se refuerza mediante una nueva regulación ampliada del incidente de nulidad de actuaciones. En virtud de la disposición final primera de Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, se modifica el párrafo primero del art. 241.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que queda redactado en los siguientes términos: «No se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente, quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución, siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario».

Por tanto, y de conformidad con la regulación vigente en el momento en que se dicta el Auto de 8 de enero de 2008, el Juzgado de Primera Instancia núm.1 de Arzúa debía haber tenido en cuenta que se estaba denunciando la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) por quienes hasta ese momento no habían podido comparecer en el proceso y no contaban con ningún otro recurso en ese procedimiento ejecutivo para denunciarla; que, por tanto, el incidente de nulidad de actua-

ciones era un instrumento idóneo para la tutela del derecho fundamental en cuestión, y que su resolución debía tener presente que –de no tener el caso trascendencia constitucional– se trataría de la última vía que permitiría la reparación de la vulneración denunciada. Sin embargo, y lejos de asumir su papel como garante de los derechos fundamentales, el Juzgado no ofrece respuesta a la queja de indefensión que se le formula y afirma que se trata de un recurso de carácter excepcional «cuya estimación debe evitarse por razones de economía procesal, si es posible», remitiendo a los recurrentes al procedimiento declarativo que corresponda en orden a la defensa de sus intereses, sin tomar en consideración la jurisprudencia de este Tribunal respecto de las exigencias que la interdicción de la indefensión consagrada en el art. 24.1 CE impone a los órganos judiciales en los procesos de ejecución. Un modo de razonar incompatible con el papel que en la nueva configuración del recurso de amparo se asigna a los Jueces y Tribunales en la defensa de los derechos fundamentales a través de la nueva regulación del incidente de nulidad de actuaciones. Como afirman tanto los recurrentes como el Ministerio Fiscal, las razones de economía procesal no pueden esgrimirse válidamente como argumento para no reparar la vulneración de un derecho fundamental a través de este mecanismo procesal.

## FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por don Roger Edward Cordery y doña Mary-Ann Cordery y, en consecuencia:

1.º Reconocer el derecho de los recurrentes a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE).

2.º Declarar la nulidad del Auto de 8 de enero de 2008, dictado por el Juzgado de Primera Instancia de Arzúa, que desestimó la solicitud de nulidad de actuaciones promovida en el juicio ejecutivo núm. 250-1997, así como de todas las resoluciones judiciales y actos procesales dictados en el citado procedimiento a partir del momento en que el órgano judicial acordó abrir nueva licitación por providencia de 10 de noviembre de 2006.

3.º Retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior a dictarse esta última resolución, a fin de que se notifique a los demandantes la existencia del procedimiento ejecutivo y éstos puedan comparecer y ser oídos en el mismo.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a veintiséis de julio de dos mil diez.–María Emilia Casas Baamonde.–Javier Delgado Barrio.–Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.–Manuel Aragón Reyes.–Pablo Pérez Tremps.–Firmado y rubricado.

---

### **Sentencia 44/2010, de 26 de julio de 2010**

#### **Sala Primera del Tribunal Constitucional**

Recurso de amparo 7077-2009. Promovido por doña Mónica Oltra Jarque, don Enric Xavier Morera Catalá, don Josep María Pañella Alcacer y doña Mireia Mollá Herrera respecto a diversos acuerdos de la Mesa de las Cortes Valencianas que inadmiten a trámite diferentes

iniciativas parlamentarias. Vulneración del derecho a la participación política en condiciones de igualdad: inadmisión de preguntas parlamentarias y de proposición no de ley sin motivación (STC 74/2009). («BOE» núm. 195 de 12 de agosto de 2010)

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, don Javier Delgado Barrio, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps, Magistrados, ha pronunciado

#### **EN NOMBRE DEL REY**

la siguiente

#### **SENTENCIA**

En el recurso de amparo núm. 7077-2009, promovido por doña Mónica Oltra Jarque, don Enric Xavier Morera Catalá, don Josep María Pañella Alcacer y doña Mireia Mollá Herrera, representados por el Procurador de los Tribunales don José Antonio Sandín Fernández y asistidos por la Abogada doña Mónica Oltra Jarque, contra cinco acuerdos de la Mesa de las Cortes Valencianas, uno de fecha 24 de marzo de 2009, tres de fecha 28 de abril de 2009 y el último de fecha 16 de junio de 2009, que desestiman los recursos de reposición interpuestos contra resoluciones de dicha Mesa por las que se inadmiten a trámite diversas preguntas parlamentarias y una proposición no de ley. Han intervenido la Mesa de las Cortes Valencianas, representada por su Letrado Mayor, y el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Manuel Aragón Reyes, quien expresa el parecer de la Sala.

#### **I. Antecedentes**

1. Mediante escrito que tuvo entrada en el registro general de este Tribunal el



día 30 de julio de 2009, don José Antonio Sandín Fernández, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de doña Mónica Oltra Jarque, don Enric Xavier Morera Catalá, don Josep María Pañella Alcacer y doña Mireia Mollá Herrera, Diputados del Grupo Parlamentario de las Cortes Valencianas Esquerra Unida – Bloc – Verds – IR: Compromís (en adelante Compromís), interpuso recurso de amparo contra las resoluciones parlamentarias a las que se ha hecho mención en el encabezamiento de esta Sentencia.

2. Los hechos en los que tiene su origen el presente recurso y relevantes para su resolución son, sucintamente expuestos, los siguientes:

a) El 10 de febrero de 2009 doña Mónica Oltra Jarque, diputada del Grupo Parlamentario Compromís, presentó ante la Mesa de las Cortes Valencianas una serie de siete preguntas dirigidas al Consejo de Gobierno para su contestación por escrito. Versaban todas ellas sobre la contaminación por unos vertidos con residuos tóxicos en el municipio de Mislata por parte de una determinada fábrica de papel y la actuación de los poderes públicos al respecto.

Mediante resolución de 17 de febrero de 2009 la Mesa de las Cortes Valencianas acordó no admitir a trámite ninguna de las referidas preguntas (núms. RE 30.183 a 30.185 y 30.199 a 30.202) por considerar, en aplicación del art. 153.2 del Reglamento de las Cortes valencianas (RCV), que el contenido de las mismas se refiere a persona física o jurídica que no tiene una trascendencia pública dentro del ámbito de la Comunidad Autónoma.

El recurso de reposición presentado por la diputada doña Mónica Oltra Jarque solicitando la reconsideración de dicha resolución, fue desestimado por resolución de 24 de marzo de 2009 (notificada el 30 de abril), con el mismo fundamento.

b) El 9 de marzo de 2009 don Enric Xavier Morera Catalá, diputado del Grupo Parlamentario Compromís, presentó ante la Mesa de las Cortes Valencianas una serie de catorce preguntas parlamentarias dirigidas a cada una de las distintas Consejerías del Consejo de Gobierno para su contestación por escrito. Versaban acerca de si esas Consejerías habían realizado algún tipo de contrato al amparo de la vigente Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, o de la anterior Ley de contratos de las Administraciones públicas, con una serie de empresas (relacionadas con la investigación judicial sobre el conocido como «caso Gürtel»).

Mediante resolución de 24 de marzo de 2009 la Mesa de las Cortes Valencianas acordó no admitir a trámite ninguna de las referidas preguntas (núms. RE 32.943 a 32.956) por considerar, en aplicación del art. 153.2 RCV, que el contenido de las mismas se refiere a persona física o jurídica que no tiene una trascendencia pública dentro del ámbito de la Comunidad Autónoma.

El recurso de reposición presentado por el diputado don Enric Xavier Morera Catalá solicitando la reconsideración de dicha resolución fue desestimado por resolución de 28 de abril de 2009 (notificada el 21 de mayo), con el mismo fundamento.

c) El 24 de marzo de 2009 don Enric Xavier Morera Catalá, diputado del Grupo Parlamentario Compromís, presentó ante la Mesa de las Cortes Valencianas una pregunta parlamentaria dirigida al Consejero de Economía, Hacienda y Empleo del Consejo de Gobierno para su respuesta por escrito. Versaba sobre el pago de facturas de la Consejería a la misma serie de empresas enumeradas en las anteriores preguntas (empresas relacionadas con la investigación judicial sobre el conocido como «caso Gürtel»).

Mediante resolución de 31 de marzo de 2009 la Mesa de las Cortes Valencianas acordó no admitir a trámite la referida pregunta (núm. RE 33.488) por considerar, en aplicación del art. 153.2 RCV, que el contenido de la misma se refiere a persona física o jurídica que no tiene una trascendencia pública dentro del ámbito de la Comunidad Autónoma.

El recurso de reposición presentado por el diputado don Enric Xavier Morera Catalá solicitando la reconsideración de dicha resolución fue desestimado por resolución de 28 de abril de 2009 (notificada el 21 de mayo), con el mismo fundamento.

d) El 12 de marzo de 2009 doña Mireia Mollá Herrera, diputada del Grupo Parlamentario Compromís, presentó ante la Mesa de las Cortes Valencianas una serie de siete preguntas parlamentarias dirigidas al Consejo de Gobierno para su contestación por escrito. Versaban sobre las contrataciones y adjudicaciones de licencias de radio y televisión en el territorio valenciano y sobre el plan de emergencia exterior del polígono El Serrallo, de Castellón.

Mediante resolución de 24 de marzo de 2009 la Mesa de las Cortes Valencianas acordó no admitir a trámite ninguna de las referidas preguntas (núms. RE 33.164 a 33.169 y 33.180) por considerar, en aplicación del art. 153.2 RCV, que el contenido de las mismas se refiere a consultas de índole estrictamente jurídica.

El recurso de reposición presentado por la diputada doña Mireia Mollá Herrera solicitando la reconsideración de dicha resolución fue desestimado por resolución de 28 de abril de 2009 (notificada el 21 de mayo), con el mismo fundamento.

e) El 15 de mayo de 2009 don Josep María Pañella Alcacer, diputado del Grupo Parlamentario Compromís y portavoz adjunto de este grupo, presentó

ante la Mesa de las Cortes Valencianas una proposición no de ley que proponía el reconocimiento público de don Francesc Bosch i Morata, que fuera Consejero de cultura del Consejo Provincial de Valencia durante la Segunda República, como una figura asimilable a la de Consejero preautonómico.

Mediante resolución de 19 de mayo de 2009 la Mesa de las Cortes Valencianas acordó no admitir a trámite la referida proposición no de ley (núm. RE 38.169), por considerar que el contenido de la iniciativa no es propio de una proposición no de ley.

El recurso de reposición presentado por el diputado don Josep María Pañella Alcacer solicitando la reconsideración de dicha resolución fue desestimado por resolución de 16 de junio de 2009 (notificada el 6 de julio), con cita de los arts. 161 y 163 RCV, y reiterando que el contenido no era propio de una proposición no de ley, por lo que en caso de que prosperara no sería posible articular el control de su cumplimiento conforme al art. 151.4 RCV.

3. Los recurrentes alegan en su demanda de amparo la vulneración del derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos a través de sus representantes (art. 23.1 CE) y del derecho de acceso en condiciones de igualdad a los cargos públicos (art. 23.2 CE). Complementariamente invocan la lesión del derecho a no sufrir discriminación (art. 14 CE), si bien admiten que esta queja puede entenderse subsumida en la vulneración de los derechos garantizados por el art. 23 CE.

Consideran los diputados recurrentes que la formulación de preguntas al Consejo de Gobierno y la presentación de proposiciones no de ley suponen el ejercicio de facultades que forman parte del núcleo esencial de la función representativa, que les han sido limitadas de modo arbitrario por la Mesa de las Cortes Valen-

cianas mediante las resoluciones impugnadas, que incurren en absoluta falta de motivación y en infracción de los preceptos del actual Reglamento de las Cortes Valencianas (RCV), que entró en vigor el 1 de enero de 2007, que regulan las preguntas parlamentarias y la presentación de proposiciones no de ley.

En concreto se considera que la Mesa ha realizado una interpretación extensiva e inconstitucional del art. 153.2 RCV. Este precepto establece las excepciones al derecho de los parlamentarios a presentar preguntas y literalmente dispone: «No será admitida la pregunta de exclusivo interés de quien la formula o de cualquier otra persona singularizada, ni la que suponga consulta de índole estrictamente jurídica. Tampoco serán admitidas aquellas preguntas que se refieran a persona física o jurídica que no tenga una trascendencia pública en el ámbito de la Comunitat Valenciana». A juicio de los recurrentes el art. 153.2 RCV está previsto para preguntas que resulten por completo ajenas a la competencia de la Cámara, pero no puede ser invocado en supuestos, como los presentes, en los que las preguntas formuladas versaban todas sobre la actuación del Gobierno valenciano, de modo que ni se referían a entidades privadas o ajenas a la Comunidad Autónoma, ni a cuestiones puramente jurídicas. Consideran los recurrentes que con ello restringe de manera ilegítima su derecho a realizar preguntas (art. 152 RCV), que es independiente de la libertad de los miembros del Consejo de Gobierno de contestar como deseen a las mismas.

De igual modo consideran los recurrentes que la inadmisión de la proposición no de ley vulnera los arts. 160 y 161 RCV, pues la decisión de inadmisibilidad de esta iniciativa no puede quedar sometida a la discrecionalidad de la Mesa, que la rechazó sin motivación alguna, dejando a los diputados recurrentes en la más absoluta indefensión.

La demanda de amparo cita diversa doctrina de este Tribunal en respaldo de su pretensión; así, se trae a colación la doctrina constitucional conforme a la cual el rechazo arbitrario o inmotivado de las iniciativas parlamentarias lesiona directamente el derecho fundamental consagrado en el art. 23.2 CE (STC 203/2001, de 15 de octubre, por todas); asimismo se invoca la STC 40/2003, de 27 de febrero, respecto a la ilegitimidad de que las Cámaras parlamentarias realicen un examen de oportunidad política de las iniciativas parlamentarias y la necesidad de una interpretación restrictiva de las normas que supongan una limitación de los derechos de los parlamentarios; y en especial se invoca la STC 74/2009, de 23 de marzo, que los diputados recurrentes consideran directamente aplicable al asunto objeto del presente recurso de amparo.

La demanda de amparo expone las razones por las que los recurrentes consideran que el asunto planteado reviste especial trascendencia constitucional a los efectos previstos en los arts. 49.1 in fine y 50.1 b) LOTC. En este sentido los recurrentes vienen a justificar la especial trascendencia constitucional del recurso en la importancia de los derechos en juego, en que en los asuntos parlamentarios no existe una vía jurisdiccional previa al recurso de amparo y en que resulta afectado no sólo el derecho fundamental de los diputados sino también el de los ciudadanos a los que representan, y por tanto la vulneración de estos derechos afecta a la calidad de la democracia.

Concluye la demanda instando el otorgamiento del amparo y que, en consecuencia, se declare la nulidad de las resoluciones impugnadas, se reconozcan los derechos contenidos en el art. 23 CE, y se restablezca a los recurrentes en la integridad de sus derechos, declarando la obligación de la Mesa de las Cortes Valencianas de motivar sus decisiones y limitar el examen de los escritos presen-

tados para su calificación a las cuestiones técnico-formales que establece el RCV.

4. Por providencia de 27 de abril de 2010 la Sala Primera de este Tribunal acordó la admisión a trámite de la demanda de amparo y, a tenor de lo dispuesto en el art. 51 LOTC, dirigir atenta comunicación al Presidente de las Cortes Valencianas a fin de que en el plazo de diez días remitiera testimonio de los expedientes correspondientes a las resoluciones recurridas de la Mesa de las Cortes Valencianas, acompañándose a dicha comunicación copia de la demanda de amparo para conocimiento de la Mesa, a efectos de su personación en el presente proceso constitucional.

5. Mediante escrito del Letrado Mayor de las Cortes Valencianas, en representación de las mismas, registrado en este Tribunal el día 19 de mayo de 2010, la Mesa de las Cortes Valencianas se personó en el presente recurso de amparo.

6. Mediante diligencia de ordenación de 24 de mayo de 2010 el Secretario de Justicia de la Sala Primera de este Tribunal acordó tener por personado y parte en la representación que ostenta al Letrado de las Cortes Valencianas y dar vista de las actuaciones recibidas a las partes y al Ministerio Fiscal para presentar alegaciones en plazo común de veinte días, conforme a lo dispuesto en el art. 52.1 LOTC.

7. El Letrado Mayor de las Cortes Valencianas formuló alegaciones mediante escrito registrado en el Tribunal Constitucional el día 25 de junio de 2010. Sostiene que la demanda carece manifiestamente de contenido constitucional por deducirse contra diversas decisiones y actos sin valor de ley de la Mesa de las Cortes Valencianas a los que no cabe imputar la pretendida lesión de los derechos fundamentales garantizados por el art. 23 CE, puesto que la Mesa actuó en ejercicio legítimo de sus competencias y en cumplimiento de lo dispuesto en el RCV. El

Letrado Mayor expone que el derecho fundamental garantizado en el art. 23.2 CE es de configuración legal, de modo que compete a los Reglamentos parlamentarios fijar y ordenar los derechos y atribuciones de los parlamentarios. Aun así no todo acto parlamentario que infrinja la legalidad afecta al derecho fundamental. En esta ocasión está en juego el ejercicio por la Mesa de las Cortes Valencianas de las funciones de calificación y tramitación de los escritos que se le dirigen. Conforme a la STC 208/2003 el ejercicio de dicha función no puede suponer un juicio de mera oportunidad política, pero sí consistir en la verificación liminar de la conformidad a Derecho de la pretensión deducida, junto a un juicio de calificación sobre la idoneidad o procedencia del procedimiento parlamentario elegido. Esto es, a juicio del Letrado Mayor de las Cortes Valencianas, lo que la Mesa realizó en esta ocasión. La licitud de no admitir a trámite una iniciativa de contenido manifiestamente contrario a Derecho ha sido ya admitida por la jurisprudencia constitucional. Así ha sucedido en su opinión en esta ocasión, en la que la Mesa determinó la existencia de causas de inadmisión por ser las iniciativas manifiestamente contrarias a Derecho (ATC 125/2005).

Concretamente en relación con las distintas preguntas formuladas por los diputados recurrentes, la inadmisión se fundamenta –en la mayoría de los supuestos– en la innegable falta de trascendencia pública de las personas jurídicas (empresas privadas) a las que se refieren las preguntas, debiendo tenerse en cuenta que los recurrentes podían haber acudido a la vía de información prevista en el art. 12 RCV, evitando en un caso la posible publicidad perjudicial para una empresa (en el caso de los vertidos en el municipio de Mislata) y en otros la afectación a informaciones sujetas a investigación judicial, incluso bajo secreto sumarial (en el caso de las preguntas relacionadas con el

conocido como «caso Gürtel»); en fin, por lo que toca a las preguntas que versaban sobre las contrataciones y adjudicaciones de licencias de radio y televisión en el territorio valenciano y sobre el plan de emergencia exterior del polígono El Serrallo, de Castellón, la inadmisión obedece a que dichas preguntas suponían consultas de índole estrictamente jurídica.

Y por lo que se refiere a la inadmisión de la proposición no de ley, el Letrado Mayor de las Cortes Valencianas considera que no existe lesión de los arts. 160 y ss RCV, pues esta iniciativa no se ajusta a lo que dichos preceptos establecen para la admisión de este instrumento parlamentario, que no es otro que el de obligar políticamente al Consejo de Gobierno, instándole a llevar a cabo una determinada actuación política, con los consiguientes mecanismos de control parlamentario. El contenido de la proposición no de ley inadmitida se dirigía, sin embargo, al Parlamento valenciano para que este mismo efectuara un reconocimiento de un personaje histórico, reconocimiento más propio de una declaración institucional que de un instrumento de impulso político como la proposición no de ley.

En conclusión, el Letrado Mayor sostiene que la Mesa de las Cortes Valencianas ha actuado en todo caso con respeto al RCV y que no ha existido vulneración alguna de los derechos de representación de los diputados recurrentes. Por todo ello concluye interesando la desestimación del presente recurso de amparo.

8. El Ministerio Fiscal presentó su escrito de alegaciones el 6 de julio de 2010. Tras resumir los antecedentes del caso y efectuar precisiones de orden procesal, el Fiscal señala, en primer lugar, que la supuesta lesión del derecho a la igualdad del art. 14 CE que también invocan los recurrentes ha de entenderse incluida en

la del derecho fundamental garantizado en el art. 23.2 CE, conforme a reiterada doctrina de este Tribunal.

Por lo que se refiere a la vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 23 CE, el Fiscal comienza por traer a colación la doctrina sentada en las SSTC 38/1999, de 22 de marzo, 107/2001, de 23 de abril, 203/2001, de 15 de octubre, 177/2002, de 14 de octubre, 40/2003, de 27 de febrero, y 74/2009, de 23 de marzo, en relación con la potestad de las Mesas de las Cámaras para calificar y admitir o no a trámite las iniciativas parlamentarias. Según el Fiscal, la aplicación de esta doctrina al presente caso debe conducir al otorgamiento del amparo solicitado.

Entiende el Fiscal que las preguntas inadmitidas perseguían el control de la actuación del Gobierno, que integra la esencia de la actividad parlamentaria, careciendo de concreción y fundamento las respuestas denegatorias dadas por la Mesa de las Cortes Valencianas, por lo que difícilmente pueden calificarse de motivadas, ya que se limitan a transcribir el enunciado del art. 153.2 RCV, sin explicitar por qué procede su aplicación al caso concreto, pese a que nada permite deducir que la concurrencia de la causa de inadmisibilidad prevista en dicho precepto fuese tan evidente que no necesitase más explicación, pues, en efecto, del tenor literal de las preguntas consideradas no se desprende a primera vista que se refieran a persona física o jurídica que no tenga una trascendencia pública en el ámbito de la Comunidad Autónoma ni que tuvieran una índole estrictamente jurídica.

De lo anterior se desprende, según el Fiscal, que la Mesa de las Cortes Valencianas ha incumplido la citada doctrina de este Tribunal, pues inadmitir o rechazar la tramitación de las preguntas de los diputados recurrentes con el argumento de que afectan a personas que no

tienen trascendencia pública o porque se refieren a consultas de índole estrictamente jurídica, sin mayor explicación, supone una interpretación no estricta de preceptos que limitan derechos de los parlamentarios y no constituye respuesta suficiente sobre el motivo del rechazo, de modo que cabe apreciar vulneración del derecho garantizado por el art. 23.2 CE por falta de motivación expresa, suficiente y adecuada de los acuerdos de la Mesa. A lo que cabe añadir que la decisión de motivar esas decisiones se contempla expresamente en los arts. 34.2 y 153.5 del vigente RCV.

Por lo que se refiere a la inadmisión de la proposición no de ley, el Fiscal, tras examinar la regulación contenida en el RCV y recordar la naturaleza de este instrumento parlamentario conforme a la doctrina de este Tribunal (STC 40/2003, de 27 de febrero, por todas), conforme a la cual cualquier rechazo arbitrario o no motivado por la Mesa de una proposición no de ley causa la lesión del derecho del parlamentario que la formula a desarrollar sus funciones sin impedimentos ilegítimos, concluye que en el presente caso, al igual que sucede con las preguntas inadmitidas, el contenido lacónico y estereotipado de las resoluciones de la Mesa de las Cortes Valencianas que inadmiten la proposición no de ley que proponía el reconocimiento público de don Francesc Bosch i Morata, evidencia un vicio de falta de motivación que impide conocer las razones por las que la Mesa consideró que la iniciativa en cuestión era inadmisibles, por lo que ha de entenderse también en este caso vulnerado el derecho reconocido por el art. 23.2 CE.

Por todo ello interesa el Fiscal que se otorgue a los diputados recurrentes el amparo solicitado, declarando vulnerado su derecho a ejercer las funciones representativas (art. 23.2 CE), anulando las resoluciones impugnadas y ordenando a la Mesa, para el pleno restablecimiento del derecho vulnerado (pues, a diferencia de

lo sucedido en otras ocasiones, las resoluciones impugnadas han sido adoptadas en la presente legislatura valenciana, aún no finalizada), que resuelva de nuevo sobre la admisión a trámite de las preguntas parlamentarias formuladas por los diputados recurrentes y de la proposición no de ley presentada en la forma más respetuosa con el derecho afectado.

9. La representación procesal de los demandantes de amparo no presentó alegaciones.

10. Por providencia de 22 de julio de 2010 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 26 del mismo mes y año.

## II. Fundamentos jurídicos

1. Como ha quedado expuesto en los antecedentes, la demanda de amparo se dirige, de una parte, contra cuatro resoluciones de la Mesa de las Cortes Valencianas (una de 17 de febrero, dos 24 de marzo, y una de 31 de marzo, todas ellas de 2009), que rechazaron admitir a trámite las preguntas formuladas por tres diputados del Grupo Parlamentario Compromís, así como contra las resoluciones (una de 24 de marzo, tres de 28 de abril, y la última de 16 de junio, todas ellas de 2009) que, con igual fundamentación, las ratificaron en reposición. De otra parte se dirige también la demanda contra la resolución de la Mesa de las Cortes Valencianas de 19 de mayo de 2009, ratificada en reposición por otra de 16 de junio de 2009, que rechaza la admisión a trámite de una proposición no de ley formulada por otro diputado del mismo Grupo Parlamentario.

La unidad argumental de la demanda, al razonar conjuntamente sobre la restricción continuada a los diputados adscritos a un mismo grupo parlamentario de las diversas facultades de control político del Gobierno autonómico mediante el rechazo inmotivado de sus iniciativas de

control parlamentario, aconseja resolver conjuntamente las distintas vulneraciones alegadas del derecho fundamental garantizado por el art. 23.2 CE, como ya hiciéramos en la STC 74/2009, de 23 de marzo, FJ 2, sin perjuicio de que, como entonces, a la vista de la especial naturaleza de cada una de las iniciativas parlamentarias rechazadas (preguntas parlamentarias y proposiciones no de ley), sea también aconsejable su análisis por separado.

2. En la demanda de amparo se aduce que las resoluciones impugnadas lesionan el derecho de los recurrentes a ejercer en condiciones de igualdad los cargos públicos (art. 23.2 CE), en conexión con el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos a través de sus representantes (art. 23.1 CE), así como el derecho a la igualdad y a no sufrir discriminación (art. 14 CE), argumentando que la formulación de preguntas al Ejecutivo autonómico y la presentación de proposiciones no de ley suponen el ejercicio de facultades que forman parte del núcleo esencial de la función representativa, que les han sido limitadas de modo arbitrario por la Mesa de las Cortes Valencianas mediante las resoluciones impugnadas, que incurrir en absoluta falta de motivación, pues aun cuando se remiten formalmente a motivos de inadmisión previstos en el Reglamento de las Cortes Valencianas (RCV), ocultan, en verdad, un control de oportunidad que está vedado a la Mesa de la Cámara y restringe ilegítimamente las facultades de los recurrentes en cuanto parlamentarios.

El Letrado Mayor de las Cortes Valencianas solicita la desestimación del recurso de amparo, entendiendo que la Mesa ejerció legítimamente sus facultades de calificación de las iniciativas parlamentarias y aplicó correctamente las normas del RCV que regulan la tramitación de las preguntas y las proposiciones no de ley, por lo que no cabe imputar a

la actuación de la Mesa la pretendida lesión de los derechos fundamentales garantizados por el art. 23 CE.

Por su parte el Ministerio Fiscal considera que las resoluciones impugnadas de la Mesa de las Cortes Valencianas incurrir en falta de motivación expresa, suficiente y adecuada, que impide conocer las razones por las que la Mesa considera que las iniciativas rechazadas incurrir en la causa de inadmisión invocada del RCV, lo que resulta contrario al art. 23.2 CE, por lo que interesa la estimación del recurso de amparo, en los términos que han quedado expresados en los antecedentes de la presente Sentencia.

3. Entrando ya en el examen de las quejas que se formulan en la demanda de amparo, hay que señalar, en primer término, que, como señala el Ministerio Fiscal, y vienen a admitir los propios recurrentes, la invocación del derecho a la igualdad y a no sufrir discriminación (art. 14 CE) debe entenderse subsumida en el derecho garantizado por el art. 23.2 CE, pues es doctrina reiterada de este Tribunal que el art. 23.2 CE especifica el derecho a la igualdad en el acceso a las funciones y cargos públicos, siendo éste, por tanto, el precepto que debe ser considerado de modo directo para apreciar si el acto, resolución o norma objeto del proceso constitucional ha quebrantado ese derecho, a no ser que el tratamiento diferenciado controvertido se deba a alguno de los criterios expresamente mencionados en el art. 14 CE (por todas, SSTC 75/1983, de 3 de agosto, FJ 3; 50/1986, de 23 de abril, FJ 4; 191/2007, de 10 de septiembre, FJ 3; 39/2008, de 10 de marzo, FJ 4; y 74/2009, FJ 3), lo que no acontece en el presente caso.

En cuanto al análisis de las alegadas lesiones de los derechos garantizados por el art. 23 CE, conviene recordar que, como hemos señalado en reiteradas ocasiones, existe una directa conexión entre el derecho de participación política de

los cargos públicos representativos (art. 23.2 CE) y el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos (art. 23.1 CE), puesto que «puede decirse que son primordialmente los representantes políticos de los ciudadanos quienes dan efectividad a su derecho a participar en los asuntos públicos. De suerte que el derecho del art. 23.2 CE, así como, indirectamente, el que el art. 23.1 CE reconoce a los ciudadanos, quedaría vacío de contenido, o sería ineficaz, si el representante político se viese privado del mismo o perturbado en su ejercicio» (SSTC 38/1999, de 22 de marzo, FJ 2; 107/2001, de 23 de abril, FJ 3; 203/2001, de 15 de octubre, FJ 2; 177/2002, de 14 de octubre, FJ 3; y 40/2003, de 27 de febrero, FJ 2).

En fin, sentadas las precisiones que anteceden, debe advertirse que para el mejor análisis de las alegadas lesiones del derecho a la participación política (art. 23.2 CE) es preciso diferenciar entre los diversos actos de la Mesa de las Cortes Valencianas impugnados para su examen separado. En tal sentido conviene abordar de un lado los acuerdos de la Mesa que rechazan preguntas parlamentarias y de otro el acuerdo de la Mesa que rechaza admitir a trámite una proposición no de ley, para lo cual habrá de tenerse presente la doctrina constitucional sentada en esta materia.

4. Por lo que se refiere a las resoluciones de la Mesa de las Cortes Valencianas que inadmitieron a trámite diversas preguntas de los diputados recurrentes dirigidas a Consejeros del Gobierno autonómico valenciano contienen todas similar argumentación, escueta, que justifica la decisión en que el contenido de las preguntas se refería «a persona física o jurídica que no tiene una trascendencia pública dentro del ámbito de la comunidad autónoma» (en tres de las resoluciones), o que el contenido de las mismas «se refiere a

consulta de índole estrictamente jurídica» (en una de las resoluciones). De ese modo, la Mesa hacía referencia, citándolo, al art. 153.2 del RCV vigente en el momento de los hechos (el actual RCV entró en vigor el 1 de enero de 2007), que literalmente establece: «No será admitida la pregunta de exclusivo interés de quien la formula o de cualquier otra persona singularizada, ni la que suponga consulta de índole estrictamente jurídica. Tampoco serán admitidas aquellas preguntas que se refieran a persona física o jurídica que no tenga una trascendencia pública en el ámbito de la Comunitat Valenciana». Este precepto, a su vez, viene a regular el ejercicio del derecho reconocido explícitamente en el art. 152 RCV: «Los diputados y diputadas podrán formular preguntas al Consell y a cada uno de sus miembros». Los recursos de reposición que pretendían la reconsideración de dichas resoluciones de inadmisión fueron desestimados con idéntico fundamento.

Conforme a nuestra doctrina, el derecho fundamental contenido en el art. 23.2 CE es un derecho de configuración legal, en el sentido de que compete a los Reglamentos parlamentarios fijar y ordenar los derechos y atribuciones que a los representantes políticos corresponden. Una vez creados, quedan integrados en el status propio del cargo, con la consecuencia de que podrán sus titulares, al amparo del art. 23.2 CE, reclamar su protección cuando los consideren ilegítimamente constreñidos o ignorados por actos del poder público, incluidos los provenientes del propio órgano en el que se integren (por todas, STC 208/2003, de 1 de diciembre, FJ 4; 141/2007, de 18 de junio, FJ 3; y 169/2009, de 9 de julio, FJ 3).

Por esta razón, para apreciar la existencia de una vulneración de los derechos fundamentales de los representantes políticos contenidos en el art. 23.2 CE, es necesario que se haya producido una res-



tricción ilegítima de los derechos y facultades que les reconocen las normas que resulten en cada caso de aplicación. Sin embargo, la vulneración del derecho fundamental no se produce con cualquier acto que infrinja el status jurídico aplicable al representante, «pues a estos efectos sólo poseen relevancia constitucional los derechos o facultades atribuidos al representante que pertenezcan al núcleo de su función representativa» (SSTC 38/1999, FJ 2; 107/2001, FJ 3; y 141/2007, FJ 3).

De este modo, para apreciar que existe vulneración de los derechos fundamentales de los parlamentarios contenidos en el art. 23.2 CE, en el sentido al que se refiere la presente demanda de amparo, es necesario que se haya producido una restricción ilegítima de los derechos que les reconocen las normas internas de la Cámara. A este respecto ya hemos tenido ocasión de señalar que la facultad de formular preguntas al Consejo de Gobierno pertenece al núcleo de la función representativa parlamentaria, pues la participación en el ejercicio de la función de controlar la acción del Consejo de Gobierno y de su Presidente y el desempeño de los derechos y facultades que la acompañan constituyen manifestaciones constitucionalmente relevantes del *ius in officium* del representante (SSTC 225/1992, de 14 de diciembre, FJ 2; 107/2001, FJ 4; y 74/2009, FJ 3). Así, la inadmisión de las preguntas en cuestión, si bien prevista excepcionalmente en el art. 153.2 RCV, supone una limitación de los derechos y facultades que integran el estatuto constitucionalmente relevante de los representantes políticos cuya primera exigencia constitucional es la de que tal limitación aparezca suficientemente motivada (SSTC 38/1999, FJ 2; y 74/2009, FJ 3), como, por otra parte, exige el propio RCV en su art. 153.5, que establece que: «La Mesa calificará el escrito y admitirá la pregunta, si se ajusta a lo establecido en el presente capítulo. La no admisión

de una pregunta tendrá que ser decidida por la Mesa mediante resolución motivada que exponga razonadamente los fundamentos jurídicos en que se base».

Por ello, en el presente asunto, corresponde a este Tribunal controlar que en los supuestos en que los acuerdos de la Mesa de las Cortes Valencianas sean contrarios a la admisibilidad de las preguntas, tales resoluciones incorporen una motivación expresa, suficiente y adecuada, en aplicación de las normas a las que está sujeta la Mesa en el ejercicio de su función de calificación y admisión de los escritos y documentos de índole parlamentaria, pues en ausencia de motivación alguna no sería posible determinar si el rechazo de la iniciativa de control al Gobierno entraña en sí misma el desconocimiento de la facultad que se ha querido ejercitar, ni si se manifiesta desprovista de razonabilidad en atención al fin institucional propio de la función que quiso ejercerse y los motivos aducidos para impedir su ejercicio (SSTC 161/1988, de 20 de septiembre, FJ 9; 107/2001, FJ 7; 203/2001, FJ 4; 177/2002, FJ 10; y 74/2009, FJ 3).

En el presente caso no cabe duda de que las resoluciones impugnadas, incluidas aquellas que resuelven los recursos de reposición, difícilmente pueden calificarse de motivadas; se limitan a transcribir el enunciado del correspondiente inciso del art. 153.2 RCV sin especificar por qué procede su aplicación al caso concreto, pese a que, como bien señala el Ministerio Fiscal, nada permite deducir que la concurrencia de la citada causa de inadmisibilidad fuese tan evidente que no necesitase explicación ulterior. Efectivamente, del tenor literal de las iniciativas parlamentarias no se desprende a primera vista que traten absolutamente sobre personas jurídicas sin trascendencia pública en el ámbito de la Comunidad Autónoma o sobre cuestiones de índole estrictamente jurídica. Así, algunas de las preguntas versaban sobre contaminación por unos vertidos con re-

siduos tóxicos en el municipio de Mislata por parte de una determinada fábrica de papel y la actuación de los poderes públicos al respecto; otras pretendían conocer si se habían celebrado contratos públicos entre las Consejerías del Ejecutivo valenciano y una serie de empresas relacionadas con la investigación judicial sobre el conocido como «caso Gürtel», así como sobre el posible pago de facturas por la Consejería de Economía, Hacienda y Empleo a la misma serie de empresas; en fin, otras preguntas versaban sobre las contrataciones y adjudicaciones de licencias de radio y televisión en el territorio valenciano y sobre el plan de emergencia exterior del polígono El Serrallo, de Castellón. En suma, el contenido lacónico y estereotipado de las resoluciones impugnadas, carente, en estos casos, de cualquier tipo de justificación argumentada e individualizada, pone en evidencia un vicio de falta de motivación que impide conocer las razones por las que la Mesa considera que las iniciativas rechazadas incurren en la causa de inadmisión prevista en el art. 153.2 RCV, por lo que resulta obligado concluir que se ha vulnerado el derecho fundamental de los recurrentes garantizado por el art. 23.2 CE, lo que conlleva el necesario otorgamiento en este punto del amparo solicitado.

En efecto, en el presente caso, como en el enjuiciado en la STC 74/2009, la falta de motivación de las resoluciones impugnadas hace difícil juzgar las razones que llevaron a la Mesa de las Cortes Valencianas a inadmitir las preguntas, pero del tenor literal de éstas se deduce una innegable vinculación con la actividad de control del Gobierno que integra la esencia de la actividad parlamentaria (STC 161/1988, FJ 6). Así, la obligación de interpretar las normas parlamentarias del modo más favorable al ejercicio de los derechos y facultades de los representantes (STC 141/2007, FJ 5) habría obligado, en principio, a su ad-

misión a trámite si bien la falta de fundamentación de las resoluciones parlamentarias, que no puede ser subsanada mediante las alegaciones realizadas por el Letrado Mayor en el presente recurso de amparo, impide ahondar en este momento en el control material de las mismas, por el necesario respeto a las facultades que integran la autonomía parlamentaria (STC 74/2009, FJ 3).

5. Resta por analizar la resolución de la Mesa de las Cortes Valencianas de 19 de mayo de 2009, confirmada por la de 16 de junio de 2009 con cita de los arts. 161 y 163 RCV, por la que se acordó no admitir a trámite la proposición no de ley presentada por uno de los diputados recurrentes que proponía el reconocimiento público de don Francesc Bosch i Morata, que fuera Consejero de cultura del Consejo Provincial de Valencia durante la Segunda República, por considerar que el contenido de la iniciativa no es propio de este instrumento.

Conforme a la doctrina de este Tribunal (SSTC 40/2003, FJ 7; y 78/2006, de 13 de marzo, FJ 3), las proposiciones no de ley «se configuran como un instrumento para poner en marcha la función de impulso político y control del Gobierno, pero, también, como una vía adecuada para forzar el debate político y obligar a que los distintos Grupos de la Cámara y esta misma tengan que tomar expresa posición sobre un asunto o tema determinado, por lo que, en razón de esta doble naturaleza, las Mesas de las Cámaras, en tanto que órganos de administración y gobierno interior, han de limitar sus facultades de calificación y admisión a trámite al exclusivo examen de los requisitos reglamentariamente establecidos. De lo contrario, no sólo estarían asumiendo bajo un pretendido juicio técnico una decisión política que sólo al Pleno o a las Comisiones de las Cámaras corresponde, sino, además, y desde la óptica de la representación democrática, estarían obstaculizando la posibilidad de que se ce-

lebre un debate público entre las distintas fuerzas políticas con representación parlamentaria, cuyos efectos representativos ante los electores se cumplen con su mera existencia, al margen, claro está, de que la iniciativa, en su caso, prospere».

En el caso que nos ocupa resulta que, como ha quedado expuesto, la resolución de inadmisión se limita a indicar como fundamento de la decisión que «el contenido no es propio de una proposición no de ley». Y al resolver el recurso de reposición contra esta resolución la Mesa se limitó a citar los arts. 161 y 163 RCV y a reiterar que el contenido no era propio de una proposición no de ley, por lo que en caso de que prosperara no sería posible articular el control de su cumplimiento conforme al art. 151.4 RCV.

Pues bien, ni la cita del art. 161 RCV, que regula el trámite de admisión de las proposiciones no de ley que pueden presentar por escrito a la Mesa de las Cortes Valencianas «los grupos parlamentarios o un diputado o diputada con la firma de otros cuatro» (art. 160 RCV), ni la del art. 163 RCV (que establece que «el control del cumplimiento de las proposiciones no de ley aprobadas se realizará conforme a lo establecido en el artículo 151.4 de este reglamento, salvo que la propia resolución prevea otro procedimiento de control»), permiten conocer las razones que llevaron a la Mesa de las Cortes Valencianas a entender que el contenido de la proposición no de ley no era propio de este instrumento normativo, por lo que ha de concluirse que la inadmisión, en los términos en los que se ha producido, carece de motivación suficiente conforme a las exigencias de nuestra doctrina, sin que esta deficiencia haya sido subsanada con ocasión de resolver el recurso de reposición presentado contra la decisión de inadmisión. Con esta forma de actuación la Mesa de las Cortes Valencianas no ha satisfecho, por tanto, la exigencia de motivar expresa, suficiente y adecuadamente la

aplicación que ha efectuado en este caso de las normas con las que ha contrastado la iniciativa, que se ha traducido en una limitación del ejercicio de un derecho de que los grupos parlamentarios puedan formular proposiciones no de ley, que, como hemos dicho, se integra en el estatuto constitucionalmente relevante de los representantes políticos, por lo que ha de declararse vulnerado el derecho fundamental de los recurrentes garantizado por el art. 23.2 CE, lo que conlleva el necesario otorgamiento del amparo solicitado también en este punto.

6. Las anteriores conclusiones conducen necesariamente, como ha quedado expuesto, al otorgamiento del amparo solicitado contra todas las resoluciones impugnadas de la Mesa de las Cortes Valencianas, si bien es necesario precisar el alcance de nuestro fallo. Como advierte el Ministerio Fiscal, a diferencia de lo sucedido en otras ocasiones, en que la adopción de los acuerdos impugnados tuvo lugar en una legislatura ya finalizada al dictarse nuestra Sentencia, por lo que no cabía adoptar en el fallo de nuestra Sentencia una medida destinada al pleno restablecimiento del derecho vulnerado (por todas, SSTC 107/2001, FJ 10; 203/2001; 177/2002, FJ 11; 40/2003, FJ 9; y 74/2009, FJ 5), en el presente caso las resoluciones impugnadas han sido adoptadas en una legislatura aún no finalizada, lo que permite un pronunciamiento destinado a conseguir el pleno restablecimiento del derecho fundamental a la participación política (art. 23.2 CE) de los diputados recurrentes en amparo, tal como estos interesan.

## FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por doña Mónica Oltra Jarque, don Enric Xavier Morera Catalá, don Josep María Pañella Alcacer y doña Mireia Mollá Herrera y, en su virtud:

1.º Reconocer su derecho a la participación política en condiciones de igualdad

2.º Declarar la nulidad de las resoluciones impugnadas de la Mesa de las Cortes Valencianas, esto es: de la resolución de 17 de febrero de 2009, que inadmite a trámite las preguntas parlamentarias con números de registro RE 30.183 a 30.185 y 30.199 a 30.202, así como de la resolución de 24 de marzo de 2009, que la confirma en reposición; de la resolución de 24 de marzo de 2009, que inadmite a trámite las preguntas con números de registro RE 32.943 a 32.956, así como de la resolución de 28 de abril de 2009, que la confirma en reposición; de la resolución de 31 de marzo de 2009, que inadmite a trámite la pregunta con número de registro RE 33.488, así como de la resolución de 28 de abril de 2009, que la confirma en reposición; de la resolución de 24 de marzo de 2009, que inadmite a trámite las preguntas parla-

mentarias con números de registro RE 33.164 a 33.169 y 33.180, así como de la resolución de 28 de abril de 2009, que la confirma en reposición; y de la resolución de 19 de mayo de 2009, que inadmite a trámite la proposición no de ley con número de registro RE 38.169, así como de la resolución de 16 de junio de 2009, que la confirma en reposición.

3.º Retrotraer las actuaciones al momento anterior al de dictarse las mencionadas resoluciones de inadmisión de 17 de febrero, 24 de marzo (dos), 31 de marzo y 19 de mayo de 2009, a fin de que la Mesa de las Cortes Valencianas, con respeto al derecho fundamental reconocido, resuelva de nuevo sobre la admisión a trámite de las preguntas parlamentarias y de la proposición no de ley presentadas por los diputados recurrentes.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a veintiséis de julio de dos mil diez.–María Emilia Casas Baamonde.–Javier Delgado Barrio.–Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.–Manuel Aragón Reyes.–Pablo Pérez Tremps.–Firmado y rubricado.

## AUTOS

### **Pleno. Auto 54/2010, de 19 de mayo de 2010**

Inadmite a trámite por notoriamente infundada la cuestión de inconstitucionalidad 7668-2009, planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 12 de Barcelona en relación con el artículo 31.4 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en cuanto que supedita la autorización de residencia temporal a la

ausencia de antecedentes penales. («BOE» núm. 192 de 9 de agosto de 2010)

Tribunal Constitucional. Pleno

Excms. Srs.: doña María Emilia Casas Baamonde, don Guillermo Jiménez Sánchez, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Javier Delgado Barrio, doña Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Ramón Rodríguez Arribas, don Pascual Sala Sánchez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps.

Núm. de Registro: 7668-2009

Asunto: Cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 12 de Barcelona.

Sobre: Artículo 31.4 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, por posible vulneración del art. 39 de la Constitución Española.

## AUTO

### I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en el Tribunal el día 14 de septiembre de 2009, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 12 de Barcelona plantea cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 31.4 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante, LOEx), por posible vulneración del art. 39 CE, acompañándose testimonio de las actuaciones (procedimiento abreviado núm. 717-2007) y el Auto de promoción de 1 de septiembre de 2009.

2. Los antecedentes de la cuestión son los siguientes:

a) Con fecha 27 de diciembre de 2007, la representación procesal de don J.N.P.B., de nacionalidad ecuatoriana, interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución del Subdelegado del Gobierno en Barcelona desestimatoria del recurso de reposición interpuesto contra la previa resolución del mismo órgano por la que se deniega la solicitada autorización de trabajo y residencia por arraigo social [art. 45.2 b) del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre] por incumplimiento del requisito de carecer de antecedentes penales.

b) El día 2 de junio de 2009, el órgano judicial, una vez celebrada la vista oral y en trámite de dictar Sentencia,

dictó providencia por la que se daba traslado a las partes y al Ministerio Fiscal, por plazo de diez días, a fin que formularan alegaciones sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad referida al art. 31 LOEx, «en los términos absolutos en que se establece el requisito de ausencia de antecedentes penales a los efectos de obtención de autorización de residencia temporal en cualquiera de sus modalidades, haciendo imposible por tanto la residencia de extranjeros aún en situaciones como la que se plantea en este proceso en que el afectado es padre de un menor de nacionalidad española, o presuntamente española, con la consiguiente afectación del derecho a la familia no sólo del afectado sino también de su hijo».

El recurrente manifestó su parecer favorable al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. El Abogado del Estado indicó que, al no señalarse el precepto constitucional que se entendía infringido, no se cumplían los requisitos de los arts. 163 CE y 35 LOTC. El Ministerio Fiscal interpuso recurso de súplica señalando que en la providencia no se indicaba el precepto constitucional que el órgano judicial entendía vulnerado. Tras dar traslado a las partes del recurso de súplica interpuesto, a los efectos de que alegasen lo que conviniera a su derecho, el órgano judicial dictó Auto el 16 de julio de 2009, en el que, estimando el recurso de súplica, señalaba que el precepto constitucional que se entendía vulnerado era el art. 39 CE y concedía un nuevo plazo de diez días para que el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal se pronunciasen sobre la cuestión planteada. Ambos entendieron que no procedía el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad por no apreciar vulneración del art. 39 CE.

c) Finalmente, el órgano judicial dictó el Auto de 1 de septiembre de 2009 planteando la cuestión de inconstitucionalidad.

3. En cuanto al contenido del Auto de promoción, importa destacar lo siguiente:

Comienza señalando los antecedentes de hecho del caso, exponiendo que la denegación de la autorización solicitada se basó en el incumplimiento de uno de los requisitos señalados legal y reglamentariamente para el otorgamiento de la autorización de residencia y trabajo solicitada, como es la carencia de antecedentes penales. Tras hacer referencia a las posturas de las partes en torno al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, indica que la situación de hecho acreditada en el proceso es que el actor solicitó autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales de arraigo social, en cuanto que, además de acreditar la estancia en España durante el período de tiempo exigido, ha presentando una oferta de trabajo y está casado con una residente legal en España con la que tiene un hijo de nacionalidad española. El solicitante cumpliría así, en su parecer, los requisitos exigidos por el art. 45.2 b) del Real Decreto 2393/2004 con la única excepción de la carencia de antecedentes penales pues consta una condena penal por un delito de violencia habitual a una pena de siete meses y quince días de prisión con la pena accesorio de prohibición de acercamiento a su cónyuge durante un año y prohibición del derecho a la tenencia y porte de armas durante dos años.

Los fundamentos jurídicos del Auto se inician señalando la repercusión material de la Sentencia que debe dictarse aludiendo, en realidad, a las concretas circunstancias del caso en las que consta que el recurrente lleva varios años residiendo en España sin autorización mientras que su esposa reside legalmente en España y el hijo de ambos ha nacido en nuestro país, teniendo nacionalidad española tal como se ha acreditado en el curso del proceso. Así señala que la Sentencia que debe dictarse afectaría no solo al

recurrente sino también a su familia y, particularmente, a su hijo.

Tras lo anterior el Auto acomete la tarea de formular el juicio de relevancia indicando que la denegación de la autorización solicitada se ha basado en la existencia de antecedentes penales, razón por la cual estima que el art. 31.4 LOEx, precepto legal que establece la exigencia de carecer de antecedentes penales, repercute de forma directa e inmediata en la Sentencia que ha de dictarse por cuanto este precepto exige en todo caso la ausencia de antecedentes penales como un requisito indispensable para la obtención de la autorización temporal de residencia en cualquiera de sus modalidades.

En lo que respecta a la afectación del que denomina derecho a la familia del actor y los derechos del padre respecto de su descendencia el órgano judicial afirma que el art. 39 CE impone a los poderes públicos la obligación de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y asimismo establece la obligación de los padres de prestar asistencia a sus hijos durante la minoría de edad y cuando legalmente proceda. Señala también que el derecho de las personas a la familia se consagra en numerosos textos internacionales que hacen referencia a ese derecho a la relación familiar citando al respecto el art. 8 del convenio de Roma para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de 4 de noviembre de 1950 y el art. 23 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos de 19 de diciembre de 1976, ratificado por Instrumento de 13 de abril de 1977. De lo expuesto deriva, a su juicio, que el recurrente, independientemente de su condición nacional, tiene derecho a la familia y a la relación paterno-filial lo que se correspondería con un correlativo deber de respeto y protección por parte de los poderes públicos, de forma que al Estado le resultaría exigible una posición activa de protección y defensa del de-

recho a la familia y a la relación paterno-filial. En relación con lo anterior señala la necesidad de que en el proceso sea tenida en consideración tanto la perspectiva paterna, centrada en la necesidad de ejercer la patria potestad, entendida como un haz de derechos y deberes, así como la posición y defensa del hijo del recurrente a la vista de que, conforme al art. 39.2 CE, la protección integral de los hijos es un deber de los poderes públicos, protección específicamente reenviada a lo dispuesto en los acuerdos internacionales por el apartado cuatro del mismo precepto constitucional. Señala, además, que el menor ostenta un derecho a mantener la relación paterna el cual no puede ser considerado solamente como un principio rector puesto que su reconocimiento por los acuerdos internacionales a los que reenvía el art. 39.4 CE hace que se configure como un derecho subjetivo en cuya virtud tendría derecho a mantener una relación de convivencia con ambos padres mientras que, por su condición de español, tiene derecho a permanecer en su país. Por ello, el órgano judicial estima que imponer al menor la disyuntiva entre el derecho a la relación paterno-filial y el derecho a residir en el propio país supone coartar la libertad de elección puesto que ambos valores son igualmente esenciales.

A continuación indica que el precepto de cuya constitucionalidad duda, el art. 31.4 LOEx, exige en todo caso la ausencia de antecedentes penales como requisito indispensable para conceder cualquier autorización de residencia temporal, exigencia que responde a la finalidad de preservar la seguridad interna, evitando que se instalen en el país personas que supongan un riesgo para lo cual se lleva a cabo una identificación entre posesión de antecedentes penales y riesgo para la seguridad. Así, la existencia de cualquier antecedente impone necesariamente la denegación de la autorización y sitúa al extranjero ante la obliga-

ción de abandonar el territorio o ser expulsado, sea cual sea su situación personal. De esta forma, el órgano judicial entiende que el precepto deviene inconstitucional al impedir, de forma absoluta, la ponderación de otros valores constitucionales que, como los expresados anteriormente, han de ser tenidos en cuenta en la decisión a adoptar. En el caso se enfrentarían el derecho del recurrente a la familia desde una situación de arraigo probada, el cual se ve confrontado con la existencia de un solo antecedente penal, antecedente que produce el efecto de negar al recurrente su derecho a la familia y condena a su hijo a prescindir de una relación directa con su padre o bien a abandonar su país.

Por ello, el órgano judicial estima que la situación que impone el art. 31.4 LOEx resulta inconstitucional en el presente caso al desconocer, sin posibilidad de interpretación o ponderación, el derecho del menor español.

4. Por providencia de la Sección Tercera de este Tribunal Constitucional, de fecha 27 de octubre de 2009, se acordó oír al Fiscal General del Estado para que, en el plazo de diez días, alegara lo que considerara conveniente acerca de la admisibilidad de la presente cuestión de inconstitucionalidad, en relación con el cumplimiento de los requisitos procesales (art. 35.2 LOTC) y por si fuese notoriamente infundada.

5. El 23 de noviembre de 2009 el Fiscal General del Estado presentó su escrito de alegaciones en el que, tras poner de manifiesto el incorrecto desarrollo del trámite del art. 35.2 LOTC, interesa la inadmisión de la cuestión por entenderla notoriamente infundada.

Al respecto, tras exponer los antecedentes del caso y sintetizar las argumentaciones contenidas en el Auto de planteamiento, se plantea, en primer lugar la concurrencia de óbices procesales. Así, el Fiscal General del Estado indica que la

cuestión se ha planteado en el momento procesal oportuno si bien advierte la existencia de deficiencias en relación con el trámite de audiencia regulado en el art. 35.2 LOTC, respecto a las cuales señala que es necesario dilucidar si pudieran afectar a la finalidad y sentido del trámite en cuestión conforme el mismo ha sido entendido por la doctrina constitucional. En tal sentido, constata que la providencia por la que se abre dicho trámite, amén de no precisar el inciso cuestionado, no menciona el precepto constitucional que considera vulnerado, lo que provocó la reacción tanto del Abogado del Estado como del Ministerio Fiscal, el cual interpuso recurso de súplica, mientras que la representación procesal del demandante presentó alegaciones apoyando la iniciativa judicial. Estimado el recurso de súplica el órgano judicial señaló que el precepto constitucional vulnerado era el art. 39 CE, ordenando emplazar de nuevo al Abogado del Estado y al Fiscal, sin que la subsanación del defecto se produjera respecto de la representación procesal del solicitante, extremo éste último que lleva al Ministerio público a plantearse que el trámite de audiencia se haya llevado a cabo de forma correcta sin perjuicio de señalar también que en el escrito de alegaciones presentado por el recurrente ya se refería al art. 39 CE, lo que, a su juicio, podría modular la consecuencia de la inadmisión por esta causa. Finalmente en cuanto al juicio de relevancia señala que ha sido adecuadamente formulado por lo que, aparte del ya indicado incorrecto desarrollo del trámite del art. 35.2 LOTC, no advierte la falta de otras condiciones procesales para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad ahora suscitada.

En cuanto al fondo del asunto el Fiscal General del Estado considera que se trata de uno de esos supuestos en los que, sin excesivo esfuerzo argumental, es posible concluir que las dudas de constitucionalidad están manifiestamente infundadas,

lo que permitiría, en aplicación de la consolidada doctrina constitucional al respecto, rechazar la misma mediante Auto en el trámite de admisión. Señala el Fiscal que el eje central sobre el que el órgano judicial hace gravitar las dudas de constitucionalidad es que el precepto, al establecer sin excepciones el requisito de la ausencia de antecedentes penales para la obtención de cualquiera de las modalidades de autorización inicial de residencia temporal, conculca el art. 39 CE en la medida en que éste impone a los poderes públicos la obligación de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y viene a plasmar un derecho subjetivo a la familia y a la relación paterno-filial en el sentido de derecho de convivencia padre-hijo que se vería impedido en casos como el subyacente. Estima que dicha argumentación parte de premisas erróneas y no se corresponde con la realidad jurídico-constitucional del diseño patrio de protección de los derechos, intereses y valores en juego en casos como el que sirve de base al planteamiento de la presente cuestión.

En tal sentido indica, en primer lugar, que el art. 39 CE se encuentra ubicado en el Capítulo III del Título I de la Constitución, entre los llamados principios rectores de la política social y económica, cuya garantía constitucional es precisada por el art. 53.3 CE, lo que determina que el mismo se encuentre en el tercer nivel de garantías diseñado por este último precepto constitucional, extremo relevante en el supuesto de colisión con otros intereses, bienes y derechos protegidos constitucionalmente. Igualmente recuerda la doctrina de la STC 236/2007, de 7 de noviembre, en torno al reagrupamiento familiar, doctrina sentada en el enjuiciamiento de la constitucionalidad de varios preceptos de la LOEx y en la que se señala que la Constitución no reconoce un derecho a la vida familiar en los mismos términos en que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha



interpretado el art. 8.1 CEDH, doctrina que entiende de utilidad para situar la entidad de la cuestión en sus justos términos.

En segundo lugar, señala que la referencia del órgano proponente al derecho a la familia y su incidencia en el proceso subyacente en función de lo dispuesto en el art. 10.2 y, para los niños, en el 39.4, ambos de la Constitución, ha de modularse a la vista de que los tratados o convenios internacionales no se convierten en sí mismos en canon de constitucionalidad de los concretos preceptos recurridos.

En tercer lugar recalca que el planteamiento argumental de que la norma cuestionada impide absolutamente la vida familiar y, más concretamente, la relación paterno-filial con lo que entraría en contradicción con el derecho del menor a residir en España y que ello implica una infracción constitucional del art. 39, es manifiesta y notoriamente infundado. Al respecto indica que la falta de autorización de residencia temporal no determina la expulsión ya que es manifiesto que la situación de residencia irregular en España puede ser sancionada con una multa y que la imposición de la sanción de expulsión no depende de la absoluta discrecionalidad de la Administración, sino que ésta se encuentra condicionada por la existencia de una conducta tipificable como infracción grave y por la concurrencia de los criterios establecidos en la LOEx, de modo que cabe la valoración de diversas circunstancias que pueden llevar a que la sanción de mayor impacto, la expulsión, no se produzca de forma que la norma cuestionada no conlleve automática ni necesariamente la ruptura de la convivencia. Además, indica que, aunque así fuera, no cabe afirmar que el principio de protección a la familia o el pretendido derecho subjetivo a la familia y a la relación paterno-filial o a la convivencia deba ser entendido con un carácter absoluto de manera que no puede

concebirse un derecho incondicional de cualquier persona a convivir con la familia y menos a que esa convivencia se desarrolle en España, pues la efectividad del ejercicio de la potestad jurisdiccional, del ius puniendi y de los fines de la pena y del derecho a la seguridad que ostentan las personas tendrían una clara primacía sobre el mantenimiento a ultranza y sin modulaciones de la convivencia familiar.

En cuanto al concreto precepto cuestionado considera que el mismo establece una limitación razonable y proporcionada que halla su razón de ser en necesidades de seguridad individual y colectiva, así como de paz social y orden público interno ya que quien ha cometido un delito ha quebrantado normas esenciales de convivencia ciudadana y cabe que un Estado establezca normas de cautela y protección de la seguridad de sus ciudadanos y residentes legales precisamente fundamentadas en lograr un orden de clima y convivencia social y ciudadana en condiciones de paz y seguridad. Asimismo señala que los supuestos legales y fácticos en los que la convivencia familiar o la relación paterno-filial ceden ante otros derechos o intereses jurídicamente protegidos son numerosos citando al respecto los procesos civiles de separación, nulidad y divorcio o de regulación de las medidas consecuencia de la ruptura de parejas de hecho. También resalta que la convivencia no ha de darse necesariamente en territorio español por lo que la carencia de autorización para la residencia en España no determina inexorablemente la imposibilidad de ejercitar un derecho de comunicación y visitas que posibilite un contacto regular.

Finalmente, el Fiscal General del Estado resalta que, por lo que respecta al caso concreto subyacente, tampoco cabe dejar de mencionar que el extranjero en cuestión había atentado precisamente contra un miembro de la familia, la madre del menor, y una previa medida de aleja-

miento había sido impuesta judicialmente en el proceso penal, rompiendo durante su período de mantenimiento la convivencia, tanto con la esposa como con el hijo español menor de edad, quiebra ya concretada del derecho a la convivencia que no parece preocupar al órgano proponente. A su juicio resulta realmente paradójico que se argumente en relación al supuesto concreto que la aplicación de lo dispuesto en el art. 31.4 LOEx determina una vulneración del derecho a la familia de un agresor precisamente condenado por delito de maltrato familiar o de género producido en el seno de la familia nuclear, circunstancia que no necesariamente ha de llevar a la proscripción del contacto con el menor pero tampoco parece que en tales condiciones pueda afirmarse que el derecho a proyectar sobre los hijos los valores propios merezca un respeto irrestricto.

Por todo ello, el Fiscal General del Estado estima que la norma cuestionada no vulnera el art. 39 CE y, en consecuencia, interesa que, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 37.1 LOTC, se dicte Auto por el que se acuerde la inadmisión de la presente cuestión de inconstitucionalidad por entender que es notoriamente infundada.

## II. Fundamentos jurídicos

1. La presente cuestión de inconstitucionalidad se plantea en relación con el art. 31.4 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEx), por posible vulneración del art. 39 CE en cuanto que dicho precepto exige la carencia de antecedentes penales en España como requisito para autorizar la residencia temporal de un extranjero.

Dicho requisito se establecía en el art. 31.4 LOEx, dedicado a regular la denominada situación de residencia temporal que autoriza para residir en España du-

rante un período superior a noventa días e inferior a cinco años. Sin embargo, durante la pendencia de este proceso el artículo único.Treinta y tres de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la LOEx, ha modificado la numeración de este art. 31 de forma que la exigencia de carecer de antecedentes penales que ha sido cuestionada por el órgano judicial a quo se establece ahora en el primer inciso del apartado cinco de ese mismo art. 31 LOEx, modificación que, en cualquier caso, en nada afecta al fondo de la duda de constitucionalidad que se nos plantea.

La duda de constitucionalidad se centra exclusivamente, como ya hemos señalado, en el inciso del precepto que hace referencia a la exigencia de carecer de antecedentes penales como requisito para autorizar la residencia temporal de un extranjero en España, exigencia que determinaría la eventual vulneración del art. 39 CE, ya que, al establecerse con carácter absoluto, sin excepciones ni posibilidades de ponderación, el inciso cuestionado impediría tener en cuenta otros valores presentes en el caso concreto, como el derecho a las relaciones familiares de los solicitantes de dicha residencia temporal y el interés de sus descendientes menores de edad. En suma, lo que el órgano judicial cuestiona es el automatismo en la denegación de la autorización solicitada en caso de preexistencia de antecedente delictivo, automatismo que impide la ponderación de otros valores constitucionales como los que, en atención a las circunstancias del caso a quo, derivan del art. 39 CE, produciendo con ello un resultado contrario a los principios constitucionales de protección a la familia y a la infancia que derivan del citado precepto de nuestra Norma Suprema.

Por su parte, el Fiscal General del Estado, amén de poner de manifiesto el incorrecto desarrollo del trámite del art. 35.2 LOTC, interesa la inadmisión de la

cuestión de inconstitucionalidad por entender que resulta notoriamente infundada (art. 37.1 LOTC).

2. Antes de entrar a analizar el eventual carácter infundado de la cuestión suscitada debemos examinar si el trámite de audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal ha sido cumplimentado satisfactoriamente, pues sobre el mismo ha señalado el Fiscal General del Estado la existencia de ciertas deficiencias que podrían determinar el incumplimiento de lo prevenido en el art. 35.2 LOTC.

Como se ha expuesto en los antecedentes el trámite de audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal se abrió una vez celebrada la vista oral y conclusos los Autos, si bien la providencia inicial de fecha 2 de junio no indicaba el precepto o preceptos constitucionales que operarían como canon de contraste respecto del precepto legal de cuya constitucionalidad dudaba. Esta circunstancia no impidió a la representación procesal del actor formular alegaciones en relación con la eventual disconformidad del inciso del entonces art. 31.4 LOEx respecto a lo dispuesto en el art. 39 CE. Corregida la anterior deficiencia mediante Auto de 16 de julio, en el que estima el recurso de súplica interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la providencia anterior y señala como precepto constitucional vulnerado el art. 39 CE, no se otorgó nuevo trámite de audiencia a todas las partes sino únicamente a aquellas que no habían formulado alegaciones sobre la procedencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad, esto es, el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal, omitiéndose otorgar el trámite a la representación procesal del actor.

Sin embargo, la anterior omisión no permite considerar que se ha incumplido la finalidad del trámite de audiencia del art. 35.2 LOTC en cuanto que, aun cuando en la inicial providencia no se revela cuál es el precepto de la Constitu-

ción al que se opondría el art. 31.4 LOEx (actualmente 31.5, según hemos expuesto), en la misma se señalaban los términos del caso concreto, haciendo expresa referencia a la hipotética afectación al derecho a la familia no solamente del actor sino también de su hijo así como al problema de constitucionalidad que, a juicio del órgano judicial, se planteaba. Todo ello permitió a la representación procesal del demandante en el proceso a quo hacer efectivo el conferido trámite de audiencia formulando alegaciones en relación con la eventual contradicción del inciso cuestionado con el art. 39 CE que es precisamente la duda de constitucionalidad que se plantea por el órgano judicial. Por esa misma razón tampoco cabe atribuir trascendencia al hecho de que, en el Auto por el que se resuelve el recurso de súplica interpuesto por el Ministerio Fiscal, no se le confiriera un nuevo trámite de audiencia a la parte actora, por cuanto, además, mediante diligencia de ordenación se le dio traslado del mencionado recurso para que alegase lo conveniente, reiterando la misma, en ese momento, su criterio favorable al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. Puede darse así por cumplido el doble objetivo de garantizar la audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal ante una posible decisión judicial de tanta entidad como es la de abrir un proceso de inconstitucionalidad, y poner 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 (STC 166/1986, de 19 de diciembre, FJ 4). Finalmente tampoco cabe atribuir relevancia alguna al hecho de que en la providencia inicial se señalase como precepto legal cuestionado el art. 31 LOEx en su totalidad mientras que, finalmente, la duda de constitucionalidad se ha planteado exclusivamente en relación al inciso en aquel momento contenido en el art. 31.4 LOEx, pues, de los términos de

la propia providencia, se deduce que la duda de constitucionalidad que se plantea se refiere al concreto inciso relativo a la carencia de antecedentes penales del art. 31.4 LOEx, de forma que las partes han podido conocer el planteamiento de inconstitucionalidad realizado por el Juez y, atendidas las circunstancias del caso, situarlo en sus exactos términos constitucionales (STC 42/1990, de 15 de marzo, FJ 1).

Por lo expuesto, atendidas las circunstancias del caso, es posible entender que el trámite de audiencia previsto en el art. 35.2 LOTC se ha cumplimentado satisfactoriamente.

3. Señalado lo anterior procede ahora recordar que, conforme a lo dispuesto en el art. 37.1 LOTC, este Tribunal puede rechazar en trámite de admisión mediante Auto y sin otra audiencia que la del Fiscal General del Estado, aquellas cuestiones de inconstitucionalidad que adolezcan de la falta de los necesarios requisitos procesales o que fueren notoriamente infundadas. En este sentido hemos declarado reiteradamente que el concepto de «cuestión notoriamente infundada» encierra un cierto grado de indefinición, el cual se traduce procesalmente en la necesidad de otorgar a este Tribunal un determinado margen de apreciación a la hora de controlar la solidez de la fundamentación de las cuestiones de inconstitucionalidad, de modo que existen supuestos en los que un examen preliminar de las cuestiones de inconstitucionalidad permite apreciar la falta de viabilidad de la cuestión suscitada, sin que ello signifique, necesariamente, que carezca de forma total y absoluta de fundamentación o que ésta resulte arbitraria, pudiendo resultar conveniente en tales casos resolver la cuestión en la primera fase procesal, máxime si su admisión pudiera provocar efectos no deseables, como la paralización de otros procesos en los que resulte aplicable la norma

cuestionada (por todos, ATC 27/2010, de 25 de febrero, FJ 2).

Pues bien, no puede compartirse el juicio de constitucionalidad efectuado por el órgano a quo respecto a la contradicción de la norma cuestionada con el art. 39 CE, por lo que resulta factible apreciar en este momento procesal que la presente cuestión se encuentra notoriamente infundada, en los términos que esta expresión ha sido entendida por este Tribunal, por los motivos que pasamos a exponer.

4. El precepto cuestionado, al regular la obtención de la autorización de residencia temporal de un extranjero, formula como requisito la obligatoria carencia de antecedentes penales en España. En el análisis de tal exigencia nuestro punto de partida ha de ser la constatación de que, como señala la STC 236/2007, de 7 de noviembre, y doctrina allí citada, el legislador en materia de extranjería puede, sin privarles de los derechos que les corresponden constitucionalmente en su condición de persona y para garantizar el orden público interno y la integración en nuestro país, establecer requisitos para la entrada y permanencia de los extranjeros en España.

En dicho contexto regulatorio de la estancia y residencia de los extranjeros en España el precepto en cuestión persigue un objetivo legítimo vinculado directamente a razones de orden público y de protección de los derechos y libertades. La exigencia legal tampoco resulta desproporcionada con el legítimo fin que se persigue –al no sacrificar un derecho preexistente, pues el derecho de los extranjeros a residir en España es un derecho de configuración legal que solamente surgirá si se dan los requisitos exigidos para ello– ni carece de una finalidad objetiva y razonable –ya que, como hemos dicho, con la misma se procura evitar el menoscabo del orden jurídico y social que las normas penales conforman legítima-

mente– ni, por último, es permanente en el tiempo, pues solamente subsiste en tanto los antecedentes penales no sean cancelados. Se trata así, como ha destacado el Fiscal General del Estado, de una limitación razonable y proporcionada que expresa la negativa del legislador orgánico a regularizar una situación fáctica en aquellos casos en los que, al merecer la conducta del interesado un reproche penal por la realización de una conducta gravemente atentatoria contra las normas básicas de convivencia social, el interés general que exige la defensa del orden público y la protección de esas normas de convivencia social han de merecer consideración preferente.

De acuerdo con lo anterior, ningún reproche cabe efectuar a su exigencia en el supuesto de autorizaciones de residencia que, como la solicitada, cabe calificar de excepcionales. En la situación de arraigo esa excepcionalidad, fundamento para conseguir un permiso de residencia en España, viene determinada por la existencia de vínculos que unen al extranjero a este país, ya sean de tipo económico, social, familiar, laboral, académico o de otra índole. Ahora bien, la existencia de tales vínculos no impone, por sí sola, la prevalencia de ese interés particular enervando los intereses públicos eventualmente concurrentes con el mismo. La exigencia de vínculos en nuestro país no permite obviar que éstos también se hacen patentes mediante el respeto a las normas de convivencia que expresan las normas penales, respeto que es el que se manifiesta en el requisito cuestionado, cuya exigencia puede así entenderse justificada además en atención a las especiales características de la autorización solicitada.

5. De esta forma, el inciso cuestionado establece un requisito que condiciona normativamente a la Administración para decidir cuándo, en atención a la conducta observada por el solicitante de la autorización, procede la concesión

o denegación de la autorización solicitada a la par que permite el control jurisdiccional de sus decisiones. Por ello no es posible compartir la valoración que el órgano judicial hace de la norma que cuestiona, de suerte que se pretende articular una colisión con el art. 39 CE que no es tal, pues la referida duda no se refiere al precepto en sí, sino a la relación, implícitamente establecida en el Auto, entre las circunstancias del caso concreto planteado ante el Juez con otros preceptos de la LOEx, distintos del ahora cuestionado, los cuales impondrían al solicitante el deber legal de abandonar España.

En efecto, en el acto administrativo que se encuentra en el origen del proceso a quo es de apreciar la existencia de un doble contenido, contenido que responde a lo establecido en distintos preceptos de la LOEx. En primer lugar, y en directa aplicación del precepto legal cuestionado en el presente proceso, se deniega la autorización de residencia por arraigo solicitada por el demandante del proceso a quo. En segundo término, el acto administrativo contiene, junto a la antedicha denegación de la solicitud presentada, el recordatorio al extranjero de la existencia de normas legales [art. 28.3 c) LOEx] que determinan su obligación de abandonar nuestro país, obligación ésta, sobre la que implícitamente hace pivotar el órgano judicial su duda de constitucionalidad por sus pretendidos efectos lesivos sobre el art. 39 CE, que no viene determinada por la aplicación del precepto cuestionado ni implica consecuencia sancionadora alguna de la que se derive un efecto perjudicial para el mantenimiento de los vínculos familiares, ya que, aunque el trámite administrativo termine, como así ha sido, con un acuerdo denegatorio, ello no implica que esa denegación tenga un contenido represivo, retributivo o de castigo para el interesado, que es lo que distingue la sanción administrativa de otras resoluciones administrativas no fa-

vorables. La denegación en vía administrativa de una autorización como la solicitada, derivada del incumplimiento de uno de los requisitos exigidos por el legislador orgánico para la concesión de cualquier visado para entrar en España o de cualquier autorización para residir, no produce, en sí misma, como consecuencia ineludible, injerencia ilegítima alguna sobre la esfera familiar del solicitante, ni, por tanto, acarrea la desprotección de la familia o la puesta en riesgo del principio de protección integral de los hijos. Constatación de lo anterior es el hecho de que el solicitante de la autorización denegada se encuentra en la misma posición respecto al mantenimiento de vínculos familiares y al cumplimiento de los deberes derivados de las relaciones paterno filiales en la que se encontraba antes de haber solicitado la autorización que ahora le ha sido denegada y lo mismo sucede, evidentemente, en cuanto al derecho del hijo menor de edad en cuanto a la convivencia con el padre. Por esa razón a la aplicación de la legalidad aquí cuestionada no puede achacársele que infrinja el necesario respeto que el art. 39 CE merece de acuerdo con el art. 53. 3 CE.

6. Resulta así que la duda de constitucionalidad se presenta ajena al ámbito objetivo del precepto que se cuestiona, pues aparece vinculada a las consecuencias que, atendiendo a las concretas circunstancias del caso, se hacen derivar de la denegación de la autorización por la falta del requisito que se cuestiona. Señaladamente, aparece conectada al hecho de que, previo el correspondiente expediente gubernativo [arts. 53 a) LOEx en relación con el art. 158 del Real Decreto 2393/2004], la Administración deba, en su caso, razonar en función de las circunstancias del supuesto concreto cuál es la medida a adoptar ante el incumplimiento de los mandatos legales que determinan la imposibilidad de permanencia en España de los extranjeros que

carecen de título que acredite o habilite su estancia regular en nuestro país, medida que deberá ser convenientemente motivada y sometida, en su caso, al correspondiente control jurisdiccional. Sin embargo, frente a lo afirmado por el Auto, es claro que ni del contenido del precepto, que no regula ni desarrolla aspecto alguno de la vida familiar, ni de su interpretación sistemática en el seno de la LOEx puede colegirse que el mismo vaya necesaria e ineludiblemente a producir los efectos a los que se alude en el Auto de planteamiento.

De ahí que los argumentos que sustentan la duda del Juzgado proponente de la cuestión partan de la premisa de que su aplicación ampararía actuaciones que no se han producido en el marco del proceso que ha de decidir, extrayendo una consecuencia, la eventual expulsión o salida obligatoria del territorio nacional del demandante en el proceso a quo y la correlativa injerencia en sus vínculos familiares, que, en todo caso, resulta por completo ajena a la regulación que se cuestiona y que, de plantearse, debería resolverse, llegado el caso, en los términos exigidos por nuestra doctrina (SSTC 260/2007, de 20 de diciembre, FJ 4; 140/2009, de 15 de junio, FJ 3; y 212/2009, de 26 de noviembre, FJ 4).

Así pues, es posible concluir que el inciso cuestionado no vulnera el art. 39 CE.

En virtud de todo lo expuesto el Pleno del Tribunal

#### **ACUERDA**

Inadmitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad núm. 7668-2009, planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 12 de Barcelona.

Publíquese este Auto en el Boletín Oficial del Estado.

Madrid, a diecinueve de mayo de dos mil diez.–María Emilia Casas Baamonde.–Guillermo Jiménez Sánchez.–Vicente Conde Martín de Hijas.–Javier Delgado Barrio.–Elisa Pérez Vera.–Eugeni Gay Montalvo.–Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.–Ramón Rodríguez Arribas.–Pascual Sala Sánchez.–Manuel Aragón Reyes.–Pablo Pérez Tremps.–Firmado y rubricado.

---

### **Pleno. Auto 86/2010, de 14 de julio de 2010**

Inadmite a trámite el conflicto positivo de competencia 7831-2009, planteado por el Gobierno de Canarias en relación con la Resolución conjunta, de 16 de abril de 2009, de la Secretaría General de Energía y de la Secretaría General del Mar, por la que se aprueba el estudio estratégico ambiental del litoral español para la instalación de parques eólicos marinos. («BOE» núm. 192 de 9 de agosto de 2010)

Tribunal Constitucional. Pleno

Excms. Srs.: doña María Emilia Casas Baamonde, don Guillermo Jiménez Sánchez, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Javier Delgado Barrio, doña Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Ramón Rodríguez Arribas, don Pascual Sala Sánchez, don Manuel Aragón Reyes y don Pérez Tremps.

Núm. de Registro: 7831-2009

Asunto: Conflicto positivo de competencia promovido por el Gobierno de Canarias.

Sobre: Resolución de 30 de abril de 2009, de la Subsecretaría de Ministerio de la Presidencia, por la que se dispone la publicación de la Resolución conjunta, de 16 de abril de 2009, de la Secretaría General de Energía y de la Secretaría General del Mar, por la que se aprueba el

estudio estratégico ambiental del litoral español para la instalación de parques eólicos marinos.

### **AUTO**

#### **I. Antecedentes**

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal con fecha 18 de septiembre de 2009, la Directora General del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias, en la representación que legalmente ostenta, promueve conflicto positivo de competencia contra la Resolución conjunta, de 16 de abril de 2009, de la Secretaría General de Energía y de la Secretaría General del Mar, por la que se aprueba el estudio estratégico ambiental del litoral español para la instalación de parques eólicos marinos, publicada por Resolución de la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia de 30 de abril de 2009.

#### **II. Fundamentos jurídicos**

Único. El art. 63 LOTC establece la regulación aplicable para la promoción de un conflicto positivo de competencia en el caso de que el mismo se inste por un órgano ejecutivo superior de una Comunidad Autónoma, señalando en su apartado 5, en relación al momento en el que debe promoverse el conflicto, que:

«Dentro del mes siguiente a la notificación del rechazo o al término del plazo a que se refiere el apartado anterior, el órgano requirente, si no ha obtenido satisfacción, podrá plantear el conflicto ante el Tribunal Constitucional, certificando el cumplimiento infructuoso del trámite de requerimiento y alegando los fundamentos jurídicos en que éste se apoya.»

Así pues, el precepto transcrito dispone que el órgano requirente que no haya obtenido satisfacción a la pretensión formulada en el previo requerimiento de incompetencia ha de plantear el corres-

pondiente conflicto ante el Tribunal dentro del mes siguiente al de la notificación del rechazo del referido requerimiento previo, si tal rechazo fuera expreso, requisito que, conforme a nuestra doctrina (STC 101/1995, de 20 de junio, FJ 2) no se halla a disposición de las partes y opera de modo imperativo para la válida formalización del conflicto. Este plazo de un mes se computa de fecha a fecha, conforme a lo dispuesto en el art. 80 LOTC en relación con los arts. 185 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 133.3 de la Ley de enjuiciamiento civil, debiendo tenerse presente también, en relación con ese cómputo, que durante el mes de agosto corren los plazos señalados para iniciar los distintos procesos atribuidos a la competencia de este Tribunal (al respecto, art. 2 del Acuerdo, de 15 de junio de 1982, del Pleno del Tribunal Constitucional, por el que se aprueban las normas que han de regir el funcionamiento del Tribunal durante el período de vacaciones, en la redacción dada por el Acuerdo de 17 de junio de 1999).

En el presente caso, tal como figura en la documentación presentada ante este Tribunal, el Consejo de Ministros adoptó, en su sesión celebrada el día 31 de julio de 2009, el acuerdo de contestar el requerimiento previamente formulado por el Gobierno de Canarias en relación con la Resolución que aquí se controvierte, acuerdo cuya notificación tuvo entrada en el Registro General del Gobierno de Canarias el día 4 de agosto de 2009. A la vista de la referida contestación, el Gobierno de Canarias decidió, mediante acuerdo de 1 de septiembre de 2009, plantear el conflicto positivo de competencia, presentándose el correspondiente escrito de interposición del conflicto en el Registro General del Tribunal el día 18 de septiembre de 2009.

Como expresa el Acuerdo del Gobierno de Canarias de 1 de septiembre de 2009 por el que se decide el plantea-

miento del conflicto positivo de competencia, el órgano requirente no había visto satisfecha la pretensión que formulaba en el previo requerimiento de incompetencia, por lo que, de acuerdo con lo preceptuado por el art. 63.5 LOTC, citado, por lo demás, en el meritado acuerdo, disponía de un plazo de un mes para formalizar el correspondiente conflicto ante el Tribunal Constitucional mediante la presentación de la correspondiente demanda. En el cómputo de ese plazo de un mes el día a quo era el día 4 de agosto de 2009, fecha de la recepción por el Gobierno de Canarias de la contestación dada por el Gobierno de la Nación al requerimiento previamente formulado, y el término ad quem, de acuerdo con el criterio de cómputo de fecha a fecha de los plazos expresados en meses, el día 4 de septiembre de 2009, día en el que, en consecuencia, expiraba el plazo para la presentación de la demanda en el Registro General de este Tribunal Constitucional, única forma en la que el conflicto puede entenderse efectivamente promovido.

Por ello, dado que el conflicto se ha formalizado el día 18 de septiembre de 2009, es decir, en fecha posterior a la expiración del plazo preclusivo derivado de la aplicación de lo dispuesto en el art. 63.5 LOTC en relación con el apartado 4 del mismo, resulta que el conflicto es extemporáneo sin que la inobservancia de este presupuesto procesal sea susceptible de subsanación ya que, no habiéndose promovido el conflicto en tiempo hábil, ha transcurrido ya el plazo de impugnación de la Resolución controvertida.

En consecuencia, el Pleno

#### **ACUERDA**

Inadmitir a trámite el conflicto positivo de competencia planteado por el Gobierno de Canarias contra la Resolución conjunta, de 16 de abril de 2009, de la



Secretaría General de Energía y de la Secretaría General del Mar, por la que se aprueba el estudio estratégico ambiental del litoral español para la instalación de parques eólicos marinos, publicada por Resolución de la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia de 30 de abril de 2009.

Publíquese este Auto en el «Boletín Oficial del Estado».

Madrid, a catorce de julio de dos mil diez.–María Emilia Casas Baamonde.–Guillermo Jiménez Sánchez.–Vicente Conde Martín de Hijas.–Javier Delgado Barrio.–Elisa Pérez Vera.–Eugeni Gay Montalvo.–Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.–Ramón Rodríguez Arribas.–Pascual Sala Sánchez.–Manuel Aragón Reyes.–Pablo Pérez Tremps.–Firmado y rubricado.

---

### **Pleno. Auto 90/2010, de 14 de julio de 2010**

Deniega la suspensión de diversos preceptos de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo solicitada en el recurso de inconstitucionalidad 4523-2010, promovido por setenta y un Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso. Votos particulares. («BOE» núm. 192 de 9 de agosto de 2010)

Tribunal Constitucional. Pleno

Excms. Srs.: doña María Emilia Casas Baamonde, don Guillermo Jiménez Sánchez, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Javier Delgado Barrio, doña Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Ramón Rodríguez Arribas, don Pascual Sala Sánchez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps

Núm. de Registro: 4.523-2010

Asunto: Recurso de inconstitucionalidad promovido por setenta y un Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados.

Sobre: Artículos 5.1 e), 8 in limine y letras a) y b), 12, 13.4, 14, 15 a), b) y c), 17.2 y 5, 19.2 párrafo primero, y disposición final segunda de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

### **AUTO**

#### **I. Antecedentes**

1. Mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el 1 de junio de 2010, don Federico Trillo-Figueroa Martínez-Conde, comisionado por otros setenta Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados, interpuso recurso de inconstitucionalidad contra los arts. 5.1 e), 8 in limine y letras a) y b), 12, 13.4, 14, 15 a), b) y c), 17.2 y 5, 19.2 párrafo primero (aunque, realmente, la impugnación se refiere al párrafo segundo), y contra la disposición final segunda de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo («Boletín Oficial del Estado» núm. 55, de 4 de marzo de 2010). En el escrito de demanda se solicita la declaración de nulidad e inconstitucionalidad de los preceptos impugnados, y, por medio de otrosí, se pide la tramitación preferente y sumaria del recurso, y, en la medida en que no pueda decidirse antes de la entrada en vigor de la ley recurrida, se interesa la suspensión de la vigencia de los preceptos impugnados. A pesar de no desconocer la doctrina constitucional según la cual la interposición de un recurso o cuestión de inconstitucionalidad no suspende la vigencia de la Ley, salvo que el Gobierno invoque el art. 161.2 CE, en la demanda se alega que la adopción de la medida

cautelar solicitada es compatible con lo dispuesto en el art. 30 LOTC, pues, a pesar del tenor literal de éste, lo que el precepto impide es la suspensión de la aplicación de la ley impugnada, pero no de aquellos preceptos concretos de cuya constitucionalidad se duda. Además, se afirma la concurrencia en el presente caso del *periculum in mora* necesario para la adopción de la medida cautelar de suspensión de los preceptos impugnados, al existir evidente perjuicio irreparable, ya que se está hablando de la eliminación de vidas humanas, sosteniendo, asimismo, la existencia en este supuesto del *fumus boni iuris*, pues se trata de una ley que regula en sentido contrario a la doctrina constitucional existente en la materia numerosas cuestiones, por lo que carece de presunción de legitimidad material.

2. Por providencia de 30 de junio de 2010 el Pleno del Tribunal Constitucional, a propuesta de la Sección Cuarta, acordó admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad y dar traslado de la demanda y documentos presentados, conforme establece el art. 34 LOTC, al Congreso de los Diputados, al Senado y al Gobierno de la Nación al objeto de que, en el plazo de quince días, pudieran personarse en el proceso y formular las alegaciones que estimaren convenientes. Asimismo, y en cuanto a la solicitud de suspensión cautelar formulada en el escrito de interposición, se acordó oír a las partes mencionadas para que el plazo de tres días puedan realizar las alegaciones que estimen oportunas. Finalmente, se acordó publicar la incoación del recurso en el «Boletín Oficial del Estado».

3. Mediante escrito registrado el 6 de julio de 2010, el Abogado del Estado se persona en el proceso en nombre del Gobierno y evacua el trámite de alegaciones relativo a la solicitud de suspensión cautelar de los preceptos impugnados, formulada por los Diputados recurrentes.

Señala el Abogado del Estado que la petición de suspensión de la vigencia de los preceptos recurridos debe ser desestimada, a tenor del art. 30 LOTC y de la doctrina de este Tribunal, por no existir previsión constitucional o legal que otorgue al Tribunal Constitucional la potestad para suspender la vigencia de los preceptos de una ley aprobada por las Cortes Generales. En este sentido, invocando la doctrina establecida en el ATC 141/1989, y reiterada en los AATC 462/1985, 128/1996, 266/2000 y 58/2006, concluye que la suspensión no procede y que sostener lo contrario supondría obtener artificiosamente los efectos de una suerte de recurso previo de inconstitucionalidad, que no contempla la vigente LOTC. A su juicio, esta conclusión no queda desvirtuada por la alegación de contrario de que el art. 30 LOTC sólo se refiere a la impugnación de la Ley en su conjunto y no a la dirigida únicamente contra alguno de sus preceptos, pues ese argumento contradice el sentido literal de la expresión en el conjunto del texto legal sobre el objeto de los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad, y conduciría al absurdo de que sólo se admitiera el recurso de inconstitucionalidad contra una ley en su conjunto. En todo caso, dicha interpretación ha sido desmentida por la doctrina del Tribunal Constitucional, que ha denegado solicitudes análogas a la presente en supuestos en los que se impugnaban preceptos concretos de la disposición legal (AATC 462/1985, 141/1989, 226/2000 y 58/2006). También carece de todo fundamento la petición de que se plantee la autocuestión de inconstitucionalidad respecto al art. 30 LOTC, ya que dicho procedimiento sólo es admisible en el recurso de amparo, y, además, el planteamiento de aquélla no afectaría a la plena vigencia de la Ley, pues el efecto suspensivo queda limitado al procedimiento judicial en el que se plantea la cuestión.

Sostiene también el Abogado del Estado que deben rechazarse las alegaciones de los recurrentes sobre su derecho a la tutela cautelar, pues el recurso de inconstitucionalidad es un procedimiento de control abstracto de constitucionalidad de una ley, en el que los Diputados actores no defienden derechos o intereses, sino que su función es la de impulsar un mecanismo de depuración de los eventuales contenidos inconstitucionales de la norma legal, en defensa de un interés general que se concreta en hacer efectiva la supremacía de la Constitución. De ello se deduce que los Diputados recurrentes carecen de legitimación para solicitar la tutela cautelar en protección de los derechos o intereses legítimos que puedan verse comprometidos o afectados con la disposición legal cuya constitucionalidad se impugna.

Finalmente, con respecto al resto de las alegaciones, afirma el representante del Gobierno de la Nación que la posible contradicción de la Ley recurrida con la doctrina constitucional es una mera tesis de parte cuyo examen, en todo caso, constituye el objeto del debate de fondo del recurso, y que no puede ser anticipado en este trámite incidental. No existe, por tanto, ningún *fumus mali iuris* que sirva para negarle a la Ley la presunción de legitimidad y suspender sus efectos.

Por medio de otrosí, el Abogado del Estado manifiesta no oponerse a la tramitación preferente del presente recurso, pero sí a lo que la parte recurrente denomina tramitación sumaria del mismo, por no responder dicha denominación a ningún tipo de tramitación previsto o permitido por la LOTC.

4. Las demás partes emplazadas no han formulado alegaciones sobre la petición de suspensión de los preceptos impugnados dentro del plazo concedido al efecto.

## II. Fundamentos jurídicos

1. La pretensión de los Diputados recurrentes de que se acuerde la suspensión de la vigencia de los arts. 5.1 e), 8 in limine y letras a) y b), 12, 13.4, 14, 15 a), b) y c), 17.2 y 5, 19.2 párrafo primero, y disposición final segunda de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, se fundamenta en tres géneros de razones: por una parte, se argumenta que la medida cautelar solicitada es compatible con lo dispuesto en el art. 30 LOTC, pues lo que el precepto impide es la suspensión de la aplicación de la ley impugnada, pero no de los concretos preceptos de cuya constitucionalidad se duda; en su caso, el Tribunal debería proceder a plantear la autocuestión de inconstitucionalidad respecto al art. 30 LOTC, lo que determinaría la suspensión de la aplicación de aquél al presente recurso, desapareciendo así el inconveniente legal. Por otra parte, concurre el *periculum in mora* necesario para la adopción de la medida cautelar de suspensión, al existir un evidente perjuicio irreparable. Finalmente, existe en este supuesto el *fumus boni iuris*, pues se trata de una ley que regula numerosas cuestiones en sentido contrario a la doctrina constitucional.

Como resulta evidente, el análisis de los dos últimos argumentos sólo será procedente si se hubiese admitido el primero, cuyo examen resulta prioritario.

2. Como punto de partida, hemos de recordar que, según el art. 1.1 LOTC, el Tribunal Constitucional «está sometido sólo a la Constitución y a la presente Ley Orgánica». Pues bien, los argumentos deducidos en la demanda no pueden enervar la imposibilidad de suspender la vigencia de los preceptos impugnados, ya que una y otra impiden que pueda acordarse alguna limitación a la aplicabilidad de la ley estatal como consecuencia de su impugnación ante este Tribunal. En

efecto, la Constitución no prevé que, tras su entrada en vigor, la ley estatal pueda ver impedida su aplicabilidad mediante una medida suspensiva o cautelar, mientras que esa previsión sí se contempla en relación con las disposiciones de las Comunidades Autónomas cuando las impugne el Gobierno de la Nación (art. 161.2 CE). Tal entendimiento se concreta de manera categórica en el art. 30 LOTC, al disponer: «La admisión de un recurso o de una cuestión de inconstitucionalidad no suspenderá la vigencia ni la aplicación de la Ley, de la disposición normativa o del acto con fuerza de Ley, excepto en el caso en que el Gobierno se ampare en lo dispuesto por el art. 161.2 de la Constitución para impugnar, por medio de su Presidente, Leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de Ley de las Comunidades Autónomas».

Por consiguiente, resulta patente que, según las determinaciones de la Constitución y la LOTC, no cabe acordar ninguna limitación a la aplicabilidad de la Ley estatal como consecuencia de que haya sido impugnada ante el Tribunal Constitucional. Y en este sentido se ha manifestado este Tribunal en una reiterada y firme doctrina. Ya en la STC 66/1985, de 23 de mayo, FJ 3, nos referimos a la presunción de legitimidad de la que disfrutaban los actos o normas que emanan de poderes legítimos, que obliga a considerar como excepcional la posibilidad de suspender su vigencia o ejecutoriedad; presunción que es tanto más enérgica, añadíamos, cuanto más directa es la conexión del órgano con la voluntad popular, y que llega a su grado máximo en el caso de legislador. Por tanto, mientras no se haya destruido esa presunción a través de la constatación de que la Ley ha infringido la Constitución, esto es, mediante la declaración de su inconstitucionalidad, «toda suspensión de la eficacia de la Ley, como contraria a dicha presunción, ha de ser considerada excepcional, lo que naturalmente impide ver en ella

una consecuencia necesaria general o generalizable de la primacía de la Constitución».

Carácter excepcional de la suspensión de las leyes que, en cuanto supone apartamiento de una regla general, requiere, como es lógico, de una previsión que ha de ser expresa, como la posterior doctrina del Tribunal se ha encargado de dejar precisado de manera clara, al afirmar (ATC 141/1989, de 14 de marzo, FJ 2) que esa suspensión «sólo es posible cuando esté expresamente prevista y ni la Constitución ni la Ley Orgánica de este Tribunal han atribuido a la interposición del recurso efecto suspensivo alguno cuando el recurso se dirige contra leyes del Estado ni han otorgado al Tribunal la facultad de acordar en este caso la suspensión de la Ley impugnada. Como intérprete supremo de la Constitución puede el Tribunal declarar la nulidad de los preceptos legales que sean contrarios a aquélla, pero sólo al término de un proceso mediante una decisión que razone la contradicción, pues su autoridad es sólo la autoridad en la Constitución y no ostenta representación alguna en virtud de la cual pueda recabar para su voluntad libre el poder de ir en contra de lo querido por la voluntad de la representación popular o dejar sin efecto provisionalmente la promulgación acordada por el Rey». Lo que quiere decir que, en el caso de los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad de las leyes, el art. 30 LOTC impide su suspensión tanto automática como a solicitud de parte, fuera del caso previsto en el art. 161.2 CE. Y es que, como dijimos en el ATC 462/1985, de 4 de julio, «[l]os poderes de suspensión que tiene el Tribunal Constitucional están tasados. La suspensión automática prevista para otros casos (art. 161.2 citado) o a solicitud de parte (como es el supuesto del art. 64.3 LOTC) o de oficio o a instancia de parte (caso del recurso de amparo) son reglas que convienen a cada uno de los supuestos para los que están

establecidas, pero no pueden extenderse a casos distintos de aquellos para las que están instauradas».

Doctrina que se ha reiterado en los AATC 128/1996, de 21 de mayo, FJ 2; 266/2000, de 14 de noviembre, FJ único; y 58/2006, de 15 de febrero, FJ 4, en los que se destaca que la vigencia de las decisiones que emanan de los cuerpos legislativos no puede ser suspendida sino en virtud de un apoderamiento expreso que, cuando se trata de las leyes procedentes de las Cortes Generales, no ha sido otorgado al Tribunal Constitucional, según resulta de lo dispuesto en el art. 30 LOTC, precepto que sólo permite e impone el aplazamiento de la vigencia cuando se trate de leyes autonómicas que impugne el Gobierno de la Nación si lo pide a través de la invocación del art. 161.2 CE. Así pues, de acuerdo con las citadas previsiones de la Constitución y de la LOTC y con la doctrina constitucional, el Tribunal Constitucional tiene vedada la posibilidad de suspender la aplicabilidad de la ley estatal, por lo que debe rechazarse la petición de suspensión de los preceptos impugnados en el presente recurso de inconstitucionalidad.

3. No alteran la anterior conclusión las alegaciones realizadas en el recurso para justificar la compatibilidad de la medida solicitada con el art. 30 LOTC o sobre la forma de evitar el obstáculo impuesto por éste. En cuanto a las primeras, porque se fundamentan en una interpretación insostenible del art. 30 LOTC, ya que no es posible distinguir con base en su propio tenor entre la ley en su conjunto y los concretos preceptos de la misma que hayan sido impugnados para delimitar el objeto de la regla del reiterado art. 30 LOTC. La interpretación del precepto de manera acorde con las previsiones constitucionales y sistemáticamente con los demás preceptos de la LOTC reguladores de los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad

conduce a la inequívoca conclusión de que la imposibilidad de suspender la vigencia de una ley se refiere tanto a ésta en su conjunto como a los preceptos que la integran. Y éste es el entendimiento que de dicha prohibición ha efectuado este Tribunal al denegar las peticiones de suspensión de concretos preceptos de leyes del Estado en los casos resueltos por los AATC 141/1989, 266/2000 y 58/2006, aparte del supuesto a que se refieren los AATC 462/1985 y 565/1985, sobre la solicitud de suspensión del art. 119 del proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial (que ya era Ley sancionada, promulgada y publicada en el momento de resolver sobre dicha petición) formulada por el Consejo General del Poder Judicial en un conflicto entre órganos constitucionales del Estado. Por lo demás, como señala el Abogado del Estado, tal interpretación, de extenderse al resto de preceptos de la LOTC que contienen el régimen del recurso y la cuestión de inconstitucionalidad (que también se refieren genéricamente a las leyes), conduciría a la absurda conclusión de que sólo cabrían dichos procedimientos cuando se cuestionara la constitucionalidad de la ley en su conjunto y no cuando se discutiera la adecuación a la Constitución de preceptos aislados de la misma.

La otra línea argumental de la demanda, que postula el planteamiento de la autocuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 30 LOTC, con objeto de obtener la suspensión de su aplicación al presente procedimiento, salvando así el obstáculo legal que impide atender la medida de suspensión postulada por los Diputados recurrentes, resulta inadmisibles, porque se fundamenta en una visión errónea de los presupuestos y consecuencias del planteamiento de la autocuestión de inconstitucionalidad. En efecto, como advierte el Abogado del Estado, tal mecanismo sólo resulta procedente en el caso de los recursos de amparo, de acuerdo con lo previsto en el art.

55.2 LOTC, según se deduce de la propia doctrina de este Tribunal, que ha condicionado el planteamiento de la autocuestión a la previa existencia de un recurso de amparo (SSTC 40/1989, de 16 de febrero, FJ 2; y 48/2005, de 3 de marzo, FJ 6), hasta el extremo de que, en la autocuestión, se ha de ceñir el examen en el perímetro del debate trabado en el recurso de amparo previo (STC 149/2000, de 1 de junio, FJ 2). En todo caso, frente a lo que se afirma en la demanda, el efecto que produce su planteamiento no es el de suspender la vigencia de la ley a la que se refiera la cuestión, sino la suspensión del procedimiento judicial en el que se haya suscitado, como se deriva de los arts. 163 CE y 35.3 LOTC. Es decir, que aun en el supuesto de que se planteara una autocuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 30 LOTC, a raíz de la petición de suspensión formulada por los recurrentes, el precepto continuaría vigente mientras se sustanciara la cuestión, siendo el procedimiento en el que se hubiese suscitado –esto es, el promovido por los recurrentes– el que quedaría en suspenso.

En suma, los argumentos expuestos no logran desvirtuar la reiterada doctrina de este Tribunal sobre la imposibilidad de suspender la vigencia de los preceptos impugnados, sin que, en consecuencia, sea preciso analizar los razonamientos relativos a la existencia de periculum in mora y de fumus boni iuris que se contienen en la demanda.

Por último, atendiendo a lo interesado en la demanda y a lo alegado por el Abogado del Estado, este Tribunal Constitucional dará carácter prioritario a la tramitación y resolución del presente recurso.

Por todo lo expuesto, el Pleno

#### **ACUERDA**

Denegar la suspensión solicitada.

Publíquese en el «Boletín Oficial del Estado».

Madrid, a catorce de julio de dos mil diez.–María Emilia Casas Baamonde.–Guillermo Jiménez Sánchez.–Vicente Conde Martín de Hijas.–Javier Delgado Barrio.–Elisa Pérez Vera.–Eugeni Gay Montalvo.–Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.–Ramón Rodríguez Arribas.–Pascual Sala Sánchez.–Manuel Aragón Reyes.–Pablo Pérez Tremps.–Firmado y rubricado.

*Voto particular que formula el Magistrado don Javier Delgado Barrio respecto del Auto dictado en el incidente de suspensión planteado en el recurso de inconstitucionalidad núm. 4523-2010*

Con el mayor respeto a la opinión de mis compañeros, he de manifestar mi discrepancia con los razonamientos y la conclusión que han dado lugar al mencionado Auto.

1. ^Este incidente de suspensión suscita ante todo dos cuestiones clásicas en el terreno de la actuación de los órganos jurisdiccionales: por una parte, el reto que los hechos, cuando presentan una radical novedad, plantean a una reiterada doctrina jurisprudencial, y por otro, la posición del Juzgador ante el silencio de la ley, que obliga a examinar si éste es realmente una laguna y, en caso afirmativo, cómo integrarla.

Y me refiero ya a los hechos: se está tramitando en este Tribunal un recurso de inconstitucionalidad dirigido contra la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, que, en lo que ahora importa, amplía las posibilidades legales de la interrupción voluntaria del embarazo. Sobre esta base, y sin que en modo alguno tome en consideración la doctrina del fumus boni iuris, es necesario reconocer que existe la posibilidad de que el recurso prospere –no creo que esto pueda descartarse en el momento procesal en que nos hallamos– y dada la inevitable pendencia del proceso durante un cierto lapso de

tiempo, el necesario para el desarrollo del procedimiento que ha de conducir a la Sentencia, es claro que durante este tiempo podrán producirse interrupciones voluntarias del embarazo que resultarían inconstitucionales, caso de estimación del recurso, lo que es un supuesto de daño absolutamente irreparable.

Estos son los hechos, vistos en su pura realidad y con proyección de futuro. Pero estos hechos exigen una valoración constitucional que resulta de la doctrina de este Tribunal: «la vida es una realidad desde el inicio de la gestación» y el nasciturus «constituye un bien jurídico» que «está protegido por el art. 15 de la Constitución» –STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 3–.

¿Hay en nuestro ordenamiento jurídico algún cauce que permita cautelarmente durante la pendencia del proceso proteger «la vida del nasciturus (que) es un bien jurídico constitucionalmente protegido por el art. 15 de nuestra Norma Fundamental»? –FJ 7 de la ya citada STC 53/1985–.

El Auto del que discrepo contesta negativamente a esta pregunta aplicando una reiterada doctrina del Tribunal que puede sintetizarse así: la suspensión «sólo es posible cuando esté expresamente prevista y ni la Constitución ni la Ley Orgánica de este Tribunal han atribuido a la interposición del recurso efecto suspensivo alguno cuando el recurso se dirige contra leyes del Estado ni han otorgado al Tribunal la facultad de acordar en este caso la suspensión de la ley impugnada» –ATC 141/1989, de 14 de marzo, FJ 2–.

2. Ciertamente esta es la doctrina del Tribunal. Pero voy a señalar a continuación los casos para los cuales se ha venido sentando.

En el asunto resuelto por el ATC 462/1985, de 4 de julio –así como en el ATC 565/1985, de 29 de julio, por el que se resolvía el recurso de súplica interpuesto contra el primero– se instaba la

suspensión de los efectos de la aprobación por el Congreso de Diputados del proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial, mediante el cual se modificaba el régimen de designación de los miembros del Consejo General del Poder Judicial. En el ATC 141/1989, de 14 de marzo, se resolvió la solicitud de suspensión de diversas disposiciones contenidas en la Ley 22/1988, de 28 de julio, de costas. El ATC 128/1996, de 21 de mayo, se pronunció sobre la solicitud de suspensión de la declaración como reserva natural de las salinas de Ibiza «Ses Salines», las islas de Freus y las salinas de Formentera. El ATC 266/2000, de 14 de noviembre, decidía sobre la suspensión cautelar de algunos artículos del Real Decreto-ley 7/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes en el sector de las telecomunicaciones. Finalmente, el ATC 58/2006, de 15 de febrero, resolvía la solicitud de suspensión de la ejecución de determinadas disposiciones contenidas en la Ley 21/2005, de 17 de noviembre, que implicaban la entrega a la Generalitat de Cataluña de los documentos incautados con motivo de la guerra civil custodiados en el Archivo general de la guerra civil española.

La simple lectura de los casos que acabo de mencionar proclama la radical diferencia que los separa del que en este momento examinamos.

Por consecuencia, tengo que destacar que nunca en la historia de este Tribunal se había presentado una situación de hecho como la presente. Nunca había ocurrido que durante la pendencia de un proceso pudiera producirse una extinción de vidas, daño terminantemente irreparable, que podría resultar inconstitucional. Estamos pues ante un hecho nuevo que es justamente el dato que, con carácter general, obliga a una nueva reflexión que, en su caso, podría dar lugar a una modificación de la doctrina del Tribunal. Y a esa consideración general, añadido, lo que aquí resulta transcendental, que se trata un hecho nuevo de unas con-

secuencias de extraordinaria relevancia constitucional.

3. Y es llegado ya el momento de fijar el punto de partida de mi discrepancia con el Auto dictado en este incidente.

Aunque comparto la afirmación del Auto de que la suspensión de las leyes tiene carácter excepcional, no puedo admitir que la viabilidad de tal suspensión exija una «previsión que ha de ser expresa». Con una visión principal del Derecho –se integra éste no sólo por disposiciones escritas sino también por los principios y la normatividad inmanentes en la naturaleza de las instituciones– creo que para dar una protección cautelar al nasciturus, un bien jurídico constitucionalmente protegido, evitando que a lo largo del desarrollo del procedimiento se produzcan extinciones de vidas que, en último término, puedan resultar inconstitucionales, no es necesaria una «previsión que ha de ser expresa». Basta con que no exista un principio o una exigencia normativa que lo impida: se trata de proteger cautelarmente una vida que está constitucionalmente protegida.

El art. 1.1 LOTC somete al Tribunal Constitucional a la Constitución y a la Ley Orgánica de este Tribunal, de suerte que mi reflexión ha de discurrir necesariamente por el itinerario que trazan la Constitución y nuestra Ley Orgánica para determinar si en ellas existe un obstáculo que haga imposible la protección cautelar de la vida del nasciturus.

4. En principio son dos las posibles vías de suspensión de la vigencia o aplicabilidad de las leyes impugnadas: la primera se produce indefectiblemente como un efecto directo de la mera interposición del recurso, en tanto que en la segunda es el Tribunal el que, en atención a las circunstancias del caso, puede acordar o no la suspensión.

La Constitución sólo se refiere a la suspensión de las leyes recurridas ante el Tribunal Constitucional en la primera de

esas dos modalidades: lo hace, de un lado, al establecer que la impugnación contemplada por el art. 161.2 CE producirá la suspensión de la disposición o resolución recurrida, y lo hace también, de otro, para excluir el efecto suspensivo de la cuestión de inconstitucionalidad en el art. 163 CE.

Por el contrario, no se refiere la Constitución de modo expreso a la segunda modalidad de suspensión, la acordada cautelarmente por el Tribunal Constitucional. Este silencio creo que no ha de ser interpretado como la fuente de una prohibición de la suspensión cautelar en este tipo de procesos, sino como una falta de regulación constitucional –no creo que resultase inconstitucional una ley que la estableciese– y desde luego la STC 66/1985, de 23 de mayo, referida a una ley del Estado, no da base para obtener una conclusión prohibitiva de la suspensión cautelar de la ley estatal, única que aquí importa.

Su fundamento jurídico 3 dice así: «los actos o las normas que emanan de poderes legítimos disfrutan de una presunción de legitimidad, que si bien puede ser cuestionada por quien entienda sus derechos vulnerados por aquéllos o éstas (y en el caso de las leyes, también por aquellos legitimados para interponer el recurso de inconstitucionalidad), obliga a considerar como excepcional la posibilidad de suspender su vigencia o ejecutoriedad. Esta presunción es, además, tanto más enérgica cuanto más directa es la conexión del órgano con la voluntad popular y llega por eso a su grado máximo en el caso del legislador, que lo es, precisamente, por ser el representante de tal voluntad. Como el legislador está vinculado por la Constitución la constatación de que la Ley la ha infringido destruye la presunción y priva de todo valor a la Ley, pero mientras tal constatación no se haya producido, toda suspensión de la eficacia de la Ley, como contraria a dicha presun-



ción, ha de ser considerada excepcional».

Así pues, la Ley goza de la presunción de legitimidad en «su grado máximo», lo que, subraya la citada STC 66/1985, «obliga a considerar como excepcional la posibilidad de suspender su vigencia». Y excepcionalidad de la suspensión no es imposibilidad o prohibición, sino posibilidad, aunque, desde luego, evidentemente difícil.

Ocurre, sin embargo, que la evolución posterior de la doctrina del Tribunal se ha decantado en sentido opuesto, como ya he indicado, pero siempre respecto de casos totalmente alejados de la relevancia constitucional del que aquí se examina.

Por otra parte, este punto de partida ha de ser completado con el examen de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

5. En su versión original, vigente hasta su reforma por Ley Orgánica 4/1985, de 7 junio, la LOTC contemplaba la posibilidad de promover ante el Tribunal un recurso previo contra los proyectos de Estatutos de Autonomía o de Leyes Orgánicas, cuya interposición, según el art. 79.2 LOTC, suspendía «automáticamente la tramitación del proyecto y el transcurso de los plazos».

El recurso previo cumplía, entonces, una función de naturaleza cautelar, como era la de evitar la entrada en vigor de ciertas leyes que pudieran ser contrarias a la Constitución, concretamente aquellas que podían causar un mayor impacto en la integridad de los principios y normas contenidos en la Constitución, es decir, aquellas cuya aplicación durante la tramitación del proceso podría generar, por principio, en virtud de una posible inconstitucionalidad posteriormente declarada, consecuencias de mayor gravedad, como son las leyes orgánicas a las que corresponde el desarrollo de los derechos fundamentales –art. 81.1 LOTC–. Concretamente, el daño irreparable que es la

destrucción de una vida, durante la pendencia del proceso, se evitaba –se evitó en el asunto resuelto por la STC 53/1985, de 11 de abril– mediante el recurso previo.

Esta función cautelar del recurso previo, hacía innecesarias medidas cautelares específicas en previsión de perjuicios irreparable: los más importantes de éstos, los que se pueden derivar de una ley inconstitucional en materia de derechos fundamentales, quedaban cubiertos por el recurso previo viable frente a las leyes orgánicas. Esto permitía a la LOTC excluir en su art. 30 LOTC el efecto automáticamente suspensivo de los recursos de inconstitucionalidad sin tener que realizar, al tiempo, una atribución expresa al Tribunal Constitucional en punto a la adopción de medidas cautelares en los procesos de control abstracto.

Puede por tanto concluirse que en la versión original de la LOTC, su art. 30 dejaba fuera del ámbito de su aplicación el terreno correspondiente a las medidas cautelares que no se aplican automáticamente sino sólo por una decisión de este Tribunal en atención a la posibilidad de que se produzcan daños irreparables, pues la función de tales medidas quedaba cubierta por el recurso previo.

De todo ello deriva que la desaparición del citado recurso previo mediante la Ley Orgánica 4/1985, de 7 junio, de reforma de la LOTC, tuvo también como consecuencia la eliminación del instrumento que hasta ese momento había permitido evitar cautelarmente la causación de ese tipo de perjuicios. Sin embargo, creo que este resultado no puede ser interpretado como fruto de una decisión del legislador dirigida a excluir totalmente la posibilidad de que, fuera de los casos previstos en los arts. 161.2 CE y 30 LOTC, se produjera la suspensión de la aplicabilidad de las leyes impugnadas ante el Tribunal Constitucional: la voluntad del legislador expresada en la ex-

posición de motivos de la Ley Orgánica 4/1985, de 7 junio, pone de manifiesto que lo que se pretendía evitar era que el control previo incidiera negativamente «en el ejercicio de la potestad legislativa que el artículo 66.2 de la Constitución atribuye sin limitaciones a las Cortes Generales», pues la formulación de una impugnación a la que el art. 79.2 LOTC otorgaba efectos suspensivos terminó generando «consecuencias inesperadas y metaconstitucionales en la última fase del procedimiento de formación de la Ley».

La anomalía que se pretendía corregir estaba asociada, por tanto, al efecto suspensivo absoluto y global del recurso previo pero no a una suspensión cautelar eventual caracterizada por dos notas: en primer término, no derivaría de la mera interposición del recurso, sino de la decisión de este Tribunal y, en segundo lugar, habría de operar con carácter rigurosamente excepcional –se trata de suspender leyes–, pues sólo sería viable en casos de gravísimos daños irreparables –piénsese en la extinción de una vida que puede resultar inconstitucional–. Y buena prueba de que los perniciosos efectos que, en lo que aquí importa, se atribuían al recurso previo no se producirían con una suspensión cautelar como la que acabo de describir, es que en los veinticinco años transcurridos desde la supresión del recurso previo, ha sido una sola vez, hoy, cuando se ha planteado la posibilidad de la suspensión cautelar de una ley estatal con un fundamento constitucional tan relevante como es el art. 15 CE.

Puedo sintetizar así lo expuesto: a) la existencia del recurso previo hacía innecesaria la regulación de una suspensión cautelar casuística encomendada al Tribunal; b) la finalidad perseguida por la Ley Orgánica 4/1985 se cumplía con la eliminación de los efectos suspensivos ineludiblemente generales del recurso previo; c) para el logro de tal finalidad no resultaba necesario prohibir una suspensión cautelar como la que he indicado y

que fue innecesaria mientras existió el recurso previo: sin éste aquella suspensión seguía sin regulación, pero, y esto era nuevo, ya sin la figura jurídica que la hacía innecesaria.

En conclusión, creo que la falta de regulación expresa de una potestad para acordar cautelarmente la suspensión de la ley estatal impugnada en los recursos de inconstitucionalidad no constituye un resultado directamente buscado por el legislador de 7 de junio de 1985, sino una laguna normativa generada como consecuencia de la reforma a la que se sometió la redacción original de la LOTC.

Cuestión a analizar a continuación es, por tanto, la de cómo tal laguna deba ser integrada.

6. Y ya en este punto, resulta claro que este Tribunal cuando se plantee la cuestión relativa a la adopción de medidas cautelares en los recursos de inconstitucionalidad habrá de tener en cuenta de forma equilibrada las exigencias derivadas de los diversos principios constitucionales que inspiran esta materia y que presionan en sentidos opuestos: de un lado, el principio democrático, que exige que, con carácter general, las leyes impugnadas ante este Tribunal mantengan su aplicabilidad hasta tanto éste no dicte una resolución sobre el fondo en la que declare su incompatibilidad con la Constitución, principio este dentro del cual se integra el objetivo perseguido por el legislador mediante la ley recurrida y de otro, los principios constitucionales sustantivos cuya integridad se podría ver, en su caso, afectada negativamente si la ley impugnada y finalmente declarada inconstitucional hubiera mantenido su vigencia durante el curso del procedimiento.

Sobre esta base, entiendo que los argumentos empleados por nuestra doctrina para justificar el carácter pretendidamente tasado de las competencias de suspensión cautelar de la ley deben ser

utilizados más bien para justificar la existencia de una relación de intensa preferencia, en el seno del conflicto que subyace en la decisión acerca de la suspensión cautelar de la ley, a favor del mantenimiento como regla de la vigencia y aplicabilidad de la ley recurrida, pero sin impedir que, por excepción, pueda acordarse la decisión contraria en aquellos supuestos en los que el riesgo para la integridad de los principios constitucionales sustantivos procedente de la ley se concrete en perjuicios de especial relevancia constitucional y de carácter absolutamente irreparable.

De este modo, mientras que en la mayoría de las impugnaciones la enunciada relación de preferencia *prima facie* conduciría a desestimar las eventuales solicitudes de suspensión cautelar –esto explica las decisiones de este Tribunal en los Autos que he reseñado en el apartado 2–, en casos de excepcional gravedad podría llegarse a la suspensión.

Éste es el caso de estos autos: el mantenimiento de la aplicabilidad de los arts. 13.4, 14 y 15 de la Ley impugnada, en caso de estimación del recurso, implicaría perjuicios irreparables respecto de un bien jurídico como la vida humana en formación, que «encarna un valor fundamental ... protegido por el art. 15 de la Constitución» (STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 3). Y una protección eficaz de este valor constitucionalmente fundamental debe prevalecer cautelarmente sobre las consecuencias de la presunción de constitucionalidad de la ley y aun sobre el objetivo consistente en ampliar las posibilidades de actuación de la mujer. Hubiera debido, por tanto, acordarse la suspensión de la aplicabilidad de los mencionados preceptos, así como también la de la disposición derogatoria única para mantener vigente la posición jurídica de la mujer embarazada en la legalidad anterior.

Y no estará de más añadir que esta conclusión viene a coincidir con la mantenida por el Tribunal Constitucional alemán en el primero de los procesos sobre la despenalización del aborto, finalmente resuelto en cuanto al fondo por la Sentencia de 25 de febrero de 1975. La medida cautelar que fijó dicho Tribunal fue el aplazamiento de la entrada en vigor de alguno de los preceptos impugnados –el supuesto relativo al plazo pero no los correspondientes a las indicaciones– hasta tanto no se resolviera sobre el fondo del asunto.

7. Y este es mi parecer que expongo con el mayor respeto a los compañeros de los que discrepo.

Madrid, a catorce de julio de dos mil diez.–Javier Delgado Barrio.–Firmado y rubricado.

*Voto particular que formula el Magistrado don Eugeni Gay Montalvo respecto del Auto dictado por el Pleno de este Tribunal en el recurso de inconstitucionalidad núm. 4523-2010*

Con el debido respeto hacia el criterio mayoritario reflejado en el Auto y de acuerdo con la opinión que mantuve en la deliberación, me siento en la obligación de ejercitar la facultad prevista en el art. 90.2 LOTC a fin de ser coherente con la posición mantenida.

1. Coincido con el Auto cuando afirma «que la Constitución no prevé que, tras su entrada en vigor, la ley estatal pueda ver impedida su aplicación mediante una medida suspensiva o cautelar» para añadir acto seguido que «esta previsión se concreta de manera categórica en el art. 30 LOTC» (FJ 2). Dicho de otro modo, ni la Constitución ni la LOTC contemplan la suspensión solicitada por los recurrentes. Dado que existe, por consiguiente, una regulación expresa de la suspensión de las leyes en procedimientos de recursos de inconstitucionalidad, no puede afirmarse la existencia en este punto de una laguna normativa, a cubrir

con una interpretación de este Tribunal, cuya doctrina al respecto resulta, como también pone de manifiesto el Auto, «reiterada y firme» (FJ 2). Ello no obstante, conviene recordar que el art. 30 LOTC no ha sido modificado por las sucesivas reformas parciales de nuestra Ley y, en especial, que el mismo estaba en vigor cuando existía la posibilidad del recurso previo que, con acierto, el legislador suprimió, por lo que el *periculum in mora* no se veía afectado en la medida en que automáticamente quedaba frustrada la posibilidad de entrada en vigor inmediata de la ley pretendida.

2. Sentado lo anterior debo decir, sin embargo, que en este caso particular, por las razones que a continuación expondré y que sostuve en la deliberación del Pleno, procedía haber acordado la suspensión de determinados preceptos de la Ley estatal objeto de recurso.

Como hemos dicho en reiteradas ocasiones la justicia constitucional es rogada, y si bien ello no implica que en ella rija sin más el principio dispositivo, (por todas, SSTC 362/1993, de 13 de diciembre; 167/2000, de 26 de junio, y, más recientemente, ATC 333/2007, de 18 de julio), es lo cierto que nos obliga a considerar y atender los argumentos ofrecidos por las partes y, en concreto, los relativos a la existencia de un evidente perjuicio irreparable, cual sería la eliminación de vidas humanas (*periculum in mora*), y la afirmación de que la ley regula en sentido contrario a la doctrina constitucional (*fumus boni iuris*). Ciertamente, el Auto se refiere a estos razonamientos, aunque lo hace para señalar que no resulta preciso analizarlos, dado que los argumentos aportados por los Diputados recurrentes para interesar la suspensión de determinados principios de la Ley Orgánica 2/2010 «no logran desvirtuar la reiterada doctrina de este Tribunal sobre la imposibilidad de suspender la vigencia de los preceptos impugnados» (FJ 3 *in fine*).

Contrariamente a la posición mayoritaria, considero que sí era preciso proceder a este análisis. La Ley Orgánica «de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo» deroga el art. 417 bis del Código penal introducido en el Código penal de 1973 por la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, sobre la que este Tribunal tuvo ocasión de pronunciarse a través de la Sentencia 53/1985, de 11 de abril. En esta Sentencia, de denso contenido doctrinal, en la que terminaba en su parte dispositiva declarando la conformidad de la Ley a la Constitución, se asentaban ciertos fundamentos jurídicos respecto de la vida humana que el legislador orgánico no puede, desde entonces, desconocer y que han de informar el Ordenamiento jurídico y las decisiones de todos los órganos jurisdiccionales, sin excepción –y, por consiguiente, también nosotros–, en cuanto al primero de los derechos fundamentales, sin el que carece de sentido cualquier Ordenamiento jurídico.

Como señaló el Tribunal, nos enfrentamos ante «un caso límite en el ámbito del Derecho» (FJ 1), pues exige plantearse «el alcance de la protección constitucional del *nasciturus* ... sobre la trascendencia del derecho a la vida dentro del ordenamiento constitucional» (STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 3).

Éste (el derecho a la vida) –afirmó el Tribunal–, «reconocido y garantizado en su doble significación física y moral por el art. 15 de la Constitución, es la proyección de un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional –la vida humana– y constituye el derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible. Indisolublemente relacionado con el derecho a la vida en su dimensión humana se encuentra el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona, reconocido en el art. 10 como germen o núcleo de unos derechos «que

de son inherentes». La relevancia y la significación superior de uno y otro valor y de los derechos que los encarnan se manifiesta en su colocación misma en el texto constitucional, ya que el art. 10 es situado a la cabeza del título destinado a tratar de los derechos y deberes fundamentales, y el art. 15 a la cabeza del capítulo donde se concretan estos derechos, lo que muestra que dentro del sistema constitucional son considerados como el punto de arranque, como el prius lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos» (FJ 4).

3. Desde la severa y rotunda afirmación del Tribunal de hallarnos ante la consideración de la constitucionalidad de una ley que incide sobre el derecho fundamental por antonomasia, sobre el que se funda el Ordenamiento jurídico, considero que la alegación de los recurrentes de que existe un evidente perjuicio irreparable, debió no sólo considerarse sino también atenderse pues, al afectar al derecho a la vida, éste se convierte, como dijimos, en un prius ineludible para el legislador. La Ley Orgánica «de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo» incide sobre el componente estructural básico de nuestra organización jurídica y política, esto es, sobre el derecho a la vida, siendo así que algunos de sus artículos se refieren a la posibilidad de interrumpir voluntariamente el embarazo.

A diferencia de lo que ocurría en la ley anterior, en que la posibilidad de la interrupción voluntaria del embarazo se permitía cuando existía contradicción entre derechos fundamentales, pues como hemos dicho ninguno de ellos es absoluto, en esta ocasión con carácter general no se plantea la cuestión en términos de conflictos entre derechos fundamentales, de modo que es la decisión unilateral de la mujer la que puede dar lugar a la interrupción de la gestación de la vida.

Así las cosas, debemos retomar una vez más la STC 53/1985 que estableció, con apoyo en los debates parlamentarios en torno a la elaboración del artículo 15 CE, que «si la Constitución protege la vida con la relevancia a que antes se ha hecho mención, no puede desprotegerla en aquella etapa de su proceso que no sólo es condición para la vida independiente del claustro materno, sino que es también un momento del desarrollo de la vida misma; por lo que ha de concluirse que la vida del nasciturus, en cuanto éste encarna un valor fundamental –la vida humana– garantizado en el art. 15 de la Constitución, constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional» (FJ 4).

En definitiva, enfrentados ante «un caso límite en el ámbito del Derecho», es precisamente esta circunstancia la que excepcionalmente enerva la imposibilidad de suspender la vigencia de los preceptos impugnados, establecida en la CE y la LOTC. Al igual que el legislador tampoco nosotros podemos desconocer el valor de la vida humana, pues éste ha de informar el Ordenamiento jurídico, incluidas las decisiones de todos los órganos jurisdiccionales.

Madrid, a catorce de julio de dos mil diez.–Eugeni Gay Montalvo.–Firmado y rubricado.

*Voto particular que formula el Magistrado don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez al Auto del Pleno de 14 de julio de 2010 dictado en el recurso de inconstitucionalidad núm. 4523-2010, interpuesto por setenta y un Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso contra determinados preceptos de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo*

En el ejercicio de la facultad conferida por el art. 90.2 LOTC expreso mi discrepancia con el Auto que deniega la suspensión de determinadas disposiciones de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, al apreciar la mayoría del Pleno

que «resulta patente que, según las determinaciones de la Constitución y la LOTC, no cabe acordar ninguna limitación a la aplicabilidad de la Ley estatal como consecuencia de que haya sido impugnada ante el Tribunal Constitucional», afirmación a la que sigue la cita y reproducción del contenido de diversas resoluciones de este Tribunal.

Es notorio que en repetidas ocasiones hemos entendido que el art. 30 LOTC veda la posibilidad de suspender la aplicabilidad de las leyes estatales que sean objeto de un recurso de inconstitucionalidad. Pero no lo es menos que nunca se había enfrentado el Tribunal ante la solicitud de suspensión de una ley cuyo contenido afecta de modo tan intenso a los fundamentos mismos de nuestro sistema de derechos fundamentales. Como señalamos en la STC 53/1985, de 11 de abril (FJ 3), el derecho a la vida es la proyección de un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional –la vida humana– y constituye el derecho fundamental esencial y troncal, en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible. Dentro del sistema constitucional es el punto de arranque, el prius para la existencia y especificación de los demás derechos.

Esta excepcionalidad justificaba que el Pleno abriera una reflexión, como lo ha hecho en mí mismo, acerca de la necesidad de profundizar en el significado de los arts. 161.2 CE y 30 LOTC, y sobre la conveniencia de mantener o corregir una doctrina basada en una interpretación de estos preceptos que, según me parece, no es la única posible ni la pertinente, si como voy a justificar, cupiera otra.

En el diseño originario de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional el riesgo de que determinadas leyes posteriormente declaradas inconstitucionales pudieran generar durante su vigencia perjuicios de imposible o difícil reparación, se

precavía parcialmente de diversos modos: tratándose de disposiciones legales aprobadas por las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, mediante su suspensión automática en caso de ser impugnadas por el Presidente del Gobierno de la Nación con invocación del art. 161.2 CE; y a esta suspensión ope legis de hasta cinco meses de duración puede seguir la adopción por este Tribunal Constitucional de la decisión de prolongarla.

Tratándose de las más relevantes leyes estatales –Estatutos de Autonomía y leyes orgánicas– el instrumento establecido en la LOTC fue el recurso previo de inconstitucionalidad, que tenía efectos suspensivos sobre los textos definitivos de proyectos de ley que fuesen objeto de impugnación ante este Tribunal. Por tanto, en relación con esta actividad legislativa de las Cortes Generales no resultaba necesaria la atribución expresa al Tribunal Constitucional de la facultad de adoptar medidas cautelares a instancia de parte, ante la suspensión necesaria y sin límite de tiempo a que daba lugar la interposición del recurso previo de inconstitucionalidad.

Pero, como es sabido, el recurso previo de inconstitucionalidad fue suprimido por la Ley Orgánica 4/1985, de 7 de junio, lo que supuso una distorsión del sistema de justicia constitucional diseñado inicialmente por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (cfr. FJ 9 de mi VP a la STC 31/2010, de 28 de junio y FJ 3 de mi VP a la STC 247/2007, de 12 de diciembre) que nos debe abocar a considerar si de modo simultáneo a su supresión ha de aflorar –como poder implícito para el adecuado desempeño por el Tribunal de su función y la eficacia de sus pronunciamientos– la facultad de acordar la suspensión de las leyes, como medida cautelar.

De la lectura atenta del art. 30 LOTC no creo que deba extraerse una conclu-

sión negativa pues lo que este precepto establece es simplemente la regla de que la interposición del recurso de inconstitucionalidad no produce ni conlleva la suspensión *ope legis* de la vigencia y aplicación de las leyes estatales recurridas; de modo que, en realidad, del precepto nada se concluye, ni a favor ni en contra, sobre la posibilidad de que el Tribunal, a instancia de parte y como medida cautelar *ad hoc*, pueda acordar la suspensión de disposiciones legales estatales.

Aunque la LOTC no atribuye al Tribunal explícitamente esta facultad, ello no fue obstáculo para que en el ATC 120/1983, de 21 de marzo, este Tribunal llegara a suspender la eficacia de determinadas disposiciones de la Ley Orgánica 6/1983, de 2 de marzo; este precedente –que no se cita en el Auto aprobado– pone de manifiesto que el Tribunal se consideró facultado –pese a no estarlo expresamente– para suspender disposiciones de una Ley estatal que ya había sido publicada oficialmente, y ello con la finalidad de hacer prevalecer la efectividad del plazo de interposición del desaparecido recurso previo de inconstitucionalidad; finalidad atendible pero, desde luego, de menor entidad que la que ahora nos ocupa. Del mismo modo, tampoco ha sido obstáculo la ausencia de previsión legal expresa, hasta la reforma por Ley Orgánica 6/2007, para que el Tribunal repetidamente se considerara facultado para adoptar medidas cautelares provisionálsimas o inaudita parte, en supuestos de urgencia excepcional; o para adoptar medidas cautelares positivas, pese a ser la de suspensión la única prevista en la Ley hasta la mencionada reforma.

Considero que la justificación de la suspensión de las leyes estatales ha de buscarse en la necesidad de precaver perjuicios irreversibles vinculados a los derechos fundamentales de la persona. Como venimos diciendo desde la STC 81/1982, de 21 de diciembre, «no puede,

en modo alguno, olvidarse la eficacia directa e inmediata que la Constitución tiene como norma suprema del Ordenamiento jurídico, sin necesidad de esperar a que resulte desarrollada por el legislador ordinario en lo que concierne a los derechos fundamentales y libertades públicas». En no pocas ocasiones la eficacia directa de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución ha llevado a este Tribunal a reconfigurar procesos mediante la creación de trámites no expresamente previstos en las leyes procesales (así, en las SSTC 191/2001, de 1 de octubre; 8/2003, de 20 de enero; 11/2004, de 9 de febrero; 79/2000, de 27 de marzo; y 46/2005, de 28 de febrero). Y en la STC 105/2000, de 13 de abril (FJ 12) hemos afirmado que los Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial ostentan una reserva de potestad jurisdiccional con el fin de garantizar a todos el derecho a la tutela judicial efectiva. Del mismo modo, considero que la eficacia directa de los derechos fundamentales, proclamada en el art. 53.1 CE, confiere a este Tribunal Constitucional una reserva de potestad jurisdiccional para preservarlos, sin necesidad de ninguna ley que autorice a ello expresamente, al modo como el derecho procesal constitucional ha sido caracterizado por parte de la doctrina alemana: como derecho de aseguramiento de la funcionalidad del órgano (*Funktionssicherungsrecht*).

Una última consideración de futuro se impone. A raíz del Tratado de Lisboa, la configuración de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea como Derecho comunitario de rango primario y la adhesión de la Unión Europea al Convenio europeo de derechos humanos van a permitir que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea –como ya viene haciendo desde 1990 tras los casos *Factortame* y la Comisión *c. Alemania*– pueda acordar la suspensión de normas nacionales de rango legal que entren en posible contradicción con los principios

del Derecho comunitario si existe riesgo de un perjuicio irreparable a los particulares. Ello paliará parcialmente el déficit de tutela cautelar de los derechos fundamentales de los ciudadanos españoles frente a la protección más completa que dispensan otros Tribunales Constitucionales que pueden acordar la suspensión de la aplicación de las leyes, como el alemán (*Aussetzung des Gesetzesvollzuges*).

En definitiva, creo necesario un matizado *ouvert* de la regla general denegatoria de la suspensión de las leyes estatales, que implique la admisión de un nuevo criterio con arreglo al cual la medida cautelar pueda ser acordada en atención a la irreversibilidad de los daños que la aplicación de la ley pueda generar sobre el derecho fundamental a la vida o a la integridad física de las personas (art. 15 CE), apreciando que, en tales casos, al Tribunal Constitucional corresponde, como poder implícito, la potestad de adoptar las medidas cautelares necesarias para preservar el objeto del proceso y la eficacia de la resolución que en el mismo hubiera de adoptarse, en evitación de daños o perjuicios que, con toda evidencia, son irreparables.

Madrid, a catorce de julio de dos mil diez.—Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.—Firmado y rubricado.

*Voto particular que formula el Magistrado don Ramón Rodríguez Arribas y al que se adhiere el Vicepresidente don Guillermo Jiménez Sánchez, respecto del Auto del Pleno de 14 de julio de 2010, dictado en el recurso de inconstitucionalidad núm. 4523-2010*

En el ejercicio de la facultad que nos confiere el art. 90.2 de LOTC y con pleno respeto a la opinión de la mayoría, expreso mi discrepancia con el Auto, por las razones que fundo en las siguientes consideraciones.

Primera. Al final del FJ 1 del Auto del que discrepo y después de haber descrito

sucintamente las alegaciones de la parte recurrente (referidas a que la medida cautelar de suspensión es compatible con lo dispuesto en el art. 30 LOTC, a que concurre el *periculum in mora*, al existir un evidente perjuicio irreparable y a que concurre el *fumus boni iuris*) se declara que «como resulta evidente, el análisis de los dos últimos argumentos solo será procedente si se hubiera admitido el primero, cuyo examen resulta prioritario», criterio que elude el que resulta problema esencial y que es la patente irreparabilidad de las consecuencias de aplicación de la Ley recurrida porque afectan a la vida.

A mi juicio, esta cuestión es la determinante y de la que había que haber partido para afrontar el problema de la suspensión cautelar de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo porque, si resultara inconstitucional alguno de los preceptos impugnados, su aplicación en el espacio de tiempo que transcurra entre la entrada en vigor de la Ley y la expulsión de aquella norma del ordenamiento jurídico, habría producido perjuicios irreparables: la extinción de la vida de los nasciturus abortados. El Auto no entra en la cuestión, sin duda porque tan imposible era decir que los perjuicios no son irremediables, como que aunque concorra esa circunstancia no podía contemplarse por este Tribunal.

Ante esta situación era preciso, y así lo manifesté, plantear una interrogación esencial: ¿sería la misma la actitud del Tribunal si se tratara de una ley de otro carácter? Pongamos varios ejemplos, que no son ni mucho menos imposibles: pensemos en una ley que, por condescendencia o acuerdo con una corriente cultural, despenalizara o incluso regulara como prestación sanitaria la ablación del clítoris; pensemos también en una ley que, para evitar atentados terroristas, autorizara la tortura, o en la que, ante una invasión masiva de pateras, dispusiera la



inmediata expulsión de los inmigrantes irregulares de raza negra. No es aventurado pensar que se buscarían, y con toda seguridad se encontrarían, «interpretaciones conformes a la Constitución» del art. 30 LOTC que permitieran al Tribunal, con carácter excepcional, la suspensión de la aplicación de leyes de aquel contenido. Tampoco creo que el Tribunal recibiera ninguna crítica por emplear, una vez más, el sistema de las interpretaciones conformes, como, por cierto, ya hizo con el art. 39.1 LOTC, que, no obstante decir literalmente que «cuando la Sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados» (lo que no es una cuestión menor) se entendió que podía declararse solo la inconstitucionalidad y no la nulidad, dejando subsistente la eficacia del precepto en el periodo anterior a su expulsión del ordenamiento jurídico, lo que se hizo, en un caso concreto, para evitar grandes perjuicios financieros al Estado, si los contribuyentes exigían la devolución de ingresos de un impuesto cobrado de manera inconstitucional; cuanto mas cabría hacer un esfuerzo interpretativo para evitar el sacrificio de muchas vidas, aunque lo sean en gestación, y que después podría resultar que lo habían sido de manera contraria a la Constitución.

Por mi parte, quiero dejar claro que en todos aquellos casos, hipotéticamente planteados, apoyaría la suspensión del vigor de la ley estatal como lo he hecho en este caso y por las mismas razones, estrictamente jurídicas, de protección de un derecho fundamental.

Segunda. El art. 30 LOTC, al decir que «la admisión de un recurso o de una cuestión de inconstitucionalidad, no suspenderá la vigencia ni la aplicación de la ley, de la disposición normativa o del acto con fuerza de ley, excepto en el caso en que el Gobierno se ampare en lo dispuesto por el art. 161.2 de la Constitución para impugnar, por medio de su Presidente, Leyes, disposiciones norma-

tivas o actos con fuerza de ley de las Comunidades Autónomas», lo que hace es fijar la regla general de que la sola admisión de un recurso abstracto sobre la constitucionalidad de una ley no lleva implícita la suspensión de su vigencia y aplicación, y a renglón seguido establece ya una excepción: la de la suspensión automática de las leyes autonómicas cuando son impugnadas por el Presidente del Gobierno, invocando la facultad que le confiere la propia Constitución.

Por lo tanto, no puede afirmarse que del solo texto del art. 30 LOTC nazca una prohibición absoluta de suspensión, máxime teniendo en cuenta que cuando se redactó este precepto había otra excepción, que era la del recurso previo de inconstitucionalidad frente a leyes orgánicas. Precisamente la desaparición del recurso previo dejó al art. 30 como única norma sobre la cuestión y puede y debe hacerse una interpretación integradora del precepto con la Ley y con la Constitución, como la que sostengo y he mantenido en la deliberación del Auto, del que me aparto.

Las funciones del Tribunal Constitucional son, en lo esencial, por un lado, la depuración del ordenamiento jurídico para adecuarlo a la Constitución y por otro, la protección de los derechos humanos, que se plasman en los derechos fundamentales recogidos en aquélla. Pero ambas funciones no están desconectadas porque la mera adecuación de las leyes a la Constitución podría derivar en un puro formalismo y, consecuentemente, siempre ha de hacerse esa adecuación bajo el prisma de los derechos fundamentales que imponen al Tribunal la obligación, no sólo de ampararlos cuando son vulnerados, sino también la de evitar, en todo momento, el riesgo de que resulten perturbados o suprimidos.

Tercera. La STC 66/1985, de 23 de mayo, que se invoca en el Auto de la mayoría, dictada con ocasión del recurso

de inconstitucionalidad contra la reforma que suprimió el recurso previo, en su FJ 3 declara: «como el legislador está vinculado por la Constitución, la constatación de que la ley la ha infringido, destruye la presunción (de constitucionalidad) y priva de todo valor a la ley, pero mientras tal constatación no se haya producido, toda suspensión de la eficacia de la Ley, como contraria a dicha presunción, ha de ser considerada excepcional, lo que naturalmente impide ver en ella una consecuencia necesaria general o generalizable de la primacía de la Constitución»; así pues, lo que dijo el Tribunal en aquella ocasión, no fue más que reafirmar el principio general de que la admisión de los recursos no suspende la vigencia y aplicación de la ley y que por lo tanto «toda suspensión» es «excepcional», sin calificar quien había de valorar la naturaleza de la excepcionalidad, ni si correspondía al legislador, a la jurisdicción constitucional o a ambos.

Han sido después, Autos posteriores y no Sentencias, los que han venido a restringir la posibilidad de excepciones al limitarlas a las legalmente establecidas, lo que patentemente no se deducía del párrafo de la Sentencia 66/1985, antes reproducido.

Sin embargo, esos Autos se referían a cuestiones imposibles de comparar con el caso que nos ocupa y, por lo tanto, inaplicables como jurisprudencia: el ATC 462/1985, de 4 de julio, resolvió la pretensión de suspensión cautelar del art. 119 del proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial; el ATC 141/1989, de 4 de marzo, resolvió la pretensión de suspensión cautelar del art. 112, apartados a) y c) de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de costas; el ATC 128/1996, de 21 de mayo, resolvió la pretensión de suspensión cautelar de la Ley 26/1995, de 31 de julio, por la que se declaraba reserva natural las salinas de Ibiza, las islas de Freus y las salinas de Formentera; el ATC 58/2006, de 15 de febrero, denegó determinadas

medidas cautelares solicitadas en relación con concretos preceptos de la Ley 21/2005, de 17 de noviembre, de restitución a la Generalitat de Cataluña de los documentos incautados con motivo de la guerra civil y custodiados en el Archivo general de dicha guerra y de creación del Centro documental de la memoria histórica; pues bien, sin ignorar la importancia de esas cuestiones, es la verdad, que paldescen si se las compara con el riesgo de la vida y por ello considero que no pueden invocarse para decir ahora que, como en aquellos casos, no cabe excepción alguna en la vigencia de una ley.

Cuarta. Sobre la cuestión y el debate a que ha dado lugar, planea la antigua y ya superada polémica entre ius-naturalistas y ius-positivistas, en unos casos de manera subyacente y en otros perfectamente explícita.

Hay que empezar por advertir que el extremo positivismo puede llevar al literalismo jurídico de la norma escrita y a prescindir de los Principios Generales del Derecho, lo que conduce al relativismo de estos y de los valores del Ordenamiento. Es más, el retroceso del positivismo radical y la propia desaparición de la polémica doctrinal a que antes me refería, se ha producido a partir de 1948, al irse aceptando y ya afortunadamente de manera general, una ley natural o «meta-positiva» de carácter laico o no sometida a una fe religiosa: la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, que no ha emanado de ningún parlamento democrático ni ha sido impuesta por la coacción de los Estados, sino asumida por todos como algo precedente, inviolable y que solo cabe reconocer y amparar.

Nuestra Constitución ha asumido explícitamente aquellos valores en el art. 10, que obliga a interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales «de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos», de

forma que, cuando uno de esos derechos esté en juego, una interpretación que no lo proteja será desviada, censurable y contraria a la Constitución. Pues bien, el primero, el principal de los derechos humanos es el de la vida, de manera que, con independencia de quienes y en que casos y formas ostenten ese derecho fundamental, es siempre algo primario, esencial y antecedente de cualquier otro derecho. Al que no se le protege la vida queda expuesto a cualquier mal y carece de sentido que se le reconozcan, un tanto sarcásticamente, otros ilusorios derechos, que sólo los que conservan la vida pueden ejercitar.

Pues bien, el riesgo indiscutible de que mientras se tramita el recurso de inconstitucionalidad se extingan legalmente, pero de forma que después podría decla-

rarse inconstitucional, multitud de vidas de nasciturus y no ya por incumplimiento (tal vez generalizado) de una ley anterior, sino precisamente por el cumplimiento de la ley ahora cuestionada ante nosotros, obligaba, en atención a la extrema excepcionalidad del caso y sin prejuzgar la cuestión de fondo (lo mismo que no se prejuzga con la decisión contraria) a adoptar la suspensión de la vigencia de aquellos preceptos cuya aplicación podría producir efectos irreversibles para el primero y mas fundamental de los derechos humanos: el derecho a la vida.

Madrid, a catorce de julio de dos mil diez.–Ramón Rodríguez Arribas, Guillermo Jiménez Sánchez.–Firmado y rubricado.

## TRIBUNAL SUPREMO

### CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN

#### CONFLICTO DE JURISDICCIÓN n.º 1/2010

Suscitado entre el Tribunal Militar Territorial Cuarto de La Coruña en las Diligencias Previa n.º 42/02/2006 y el Juzgado de Instrucción n.º 2 de León, en las Diligencias Indeterminadas n.º 427/2009. («BOE» núm. 190 de 6 de agosto de 2010)

Sala de Conflictos de Jurisdicción  
(Art. 39 LOPJ)

Presidente: Excmo. Sr. D. José Carlos Dívar Blanco.

Sentencia n.º: 2/2010.

Rollo n.º: 39/1/2010.

Fecha Sentencia: 28/06/2010.

Conflicto de Jurisdicción: 1/2010.

Fallo/Acuerdo: Sentencia Resolviendo Conf. Jurisdicción.

Ponente: Excmo. Sr. D.: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.

Secretaría de Gobierno.

Tribunal Supremo.

Conflicto de Jurisdicción: 1/2010.

Secretaría de Gobierno.

Ponente: Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.

Sentencia núm.: 2/2010

Excmos. Sres.:

Presidente:

D. José Carlos Dívar Blanco.

Magistrados:

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.

D. Francisco Monterde Ferrer.

D. Francisco Menchén Herreros.

D. Fernando Pignatelli Meca.

La Sala de Conflictos de Jurisdicción del Tribunal Supremo, constituida por su Presidente y los Excmos. Sres. Magistrados anteriormente citados, dotados de la potestad jurisdiccional reconocida en la Constitución, dicta la siguiente

### SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiocho de junio de dos mil diez.

Esta Sala ha visto el conflicto de jurisdicción suscitado entre el Tribunal Militar Territorial Cuarto de La Coruña, en las diligencias previas n.º 42/02/2006, y el Juzgado de Instrucción n.º 2 de León, en las Diligencias Indeterminadas núm. 427/09, siendo Ponente el Excmo. Sr. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, quien expresa el parecer de la Sala.

### Antecedentes de hecho

1. Por el Tribunal Militar Territorial Cuarto de La Coruña se dicta providencia de 24-1-2008, por la que, de acuerdo con la disposición adicional cuarta de la Ley Orgánica 12/2007 y en aplicación de la disposición transitoria segunda, abre el trámite de audiencia, previa a la inhibición, previsto en la misma. Evacuado dicho trámite por auto de 1-7-2008 dicta auto de inhibición a favor de la Audiencia Provincial de León.

2. Recurrido en casación por la acusación particular, al que se adhrieron el Excmo. Sr. Fiscal Togado y el procesado, la Sala 5.ª del Tribunal Supremo en sen-

tencia de 2-6-2.009 estimó el recurso, anulando tal auto, ordenando reponer las actuaciones al trámite de audiencia. Repuestas las actuaciones; el Tribunal Militar Territorial Cuarto, mediante Auto de fecha 8 de septiembre de 2009, acordó inhibirse de la Causa número 42/07/2006, seguida contra el Sargento de la Guardia Civil D. E. V. E., por un presunto delito de «Abuso de Autoridad», tipo penal previsto y penado en el artículo 106 del Código penal Militar (CPM), a favor de la jurisdicción ordinaria, y en concreto a favor de la Audiencia Provincial de León.

3. Recibidas las actuaciones en la Audiencia Provincial de León, éstas fueron remitidas al Juzgado Decano de dicha localidad, para reparto, correspondiéndole al Juzgado de Instrucción núm. 2 de León, quien inició las Diligencias Indeterminadas número 427/2009. Y, mediante Auto de fecha 28 de diciembre de 2009, acordó declarar la incompetencia de la Jurisdicción Ordinaria para el conocimiento de los hechos objeto del referido proceso y tener por planteado Conflicto negativo de Jurisdicción. Acordándose remitir el procedimiento a esta Sala de Conflictos de Jurisdicción del Tribunal Supremo.

4. Planteado conflicto negativo de jurisdicción de los prevenidos en el artículo 39 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ante este Tribunal, se formó rollo; efectuado el oportuno traslado al Fiscal de Sala del Supremo, y al Fiscal Togado Militar informar en el sentido de atribuir la competencia a la Jurisdicción Militar y, en concreto, al mencionado Tribunal Militar Territorial 4 de A Coruña.

5. Instruida la Sala, se señaló para la deliberación y fallo del conflicto el día 23 de junio de 2010, lo que ha tenido lugar con el resultado decisorio que a continuación se expresa.

## Fundamentos de Derecho

1. Se plantea el presente conflicto de jurisdicción entre el Juzgado de Instrucción número 2 de León y el Tribunal Territorial Cuarto de La Coruña, en la causa, tramitada inicialmente ante este último con el número 42/02/06.

2. El denunciado, Sargento de la Guardia Civil, fue procesado mediante Auto de 9 de octubre de 2006, dictado por el Juzgado Togado Militar número 42 de Valladolid, como presunto autor de unos hechos calificados como constitutivos de un delito de abuso de autoridad del artículo 106 del Código Penal Militar (CPM).

Declarado concluso el sumario mediante Auto de 30 de noviembre de 2006, el 25 de enero de 2007 se dicta Auto confirmando la conclusión y acordando al apertura de juicio oral.

El Fiscal Jurídico Militar presentó escrito de calificación provisional, de fecha 6 de febrero de 2007, recogiendo sustancialmente los hechos que constaban en el Auto de procesamiento, que venían referidos a actuaciones desarrolladas por el procesado en el marco de la relación jerárquica, concretamente con una de sus subordinadas, la denunciante, y referidos especialmente al trato que personalmente le dispensaba, de forma directa o indirecta, y también a la organización de los servicios internos del puesto, aunque sin relación alguna con los servicios policiales o de seguridad. El Ministerio Fiscal calificó los hechos como constitutivos de un delito de abuso de autoridad del artículo 106 del CPM, sin apreciar circunstancias, y solicitó la imposición de una pena de dieciocho meses de prisión. De la misma forma calificó la acusación particular, apreciando la continuidad delictiva y solicitando una pena de cinco años de prisión.

3. El artículo 106 del CPM queda incluido dentro de los delitos contra la dis-

ciplina militar, valor que, como señalaba la STS, Sala Militar, de 18 de noviembre de 2008, tiene una doble dirección: «de inferior a superior y también de superior a inferior». De manera que «el inferior debe respeto y obediencia a su superior, pero también el superior tiene el inexcusable deber militar de respetar la dignidad del inferior», diciendo esa Sala a continuación que «dada la especial relevancia que el principio de jerarquía y el deber de obediencia tienen en las relaciones entre los miembros de las Unidades militares, resulta preciso que el poder otorgado al mando aparezca limitado, sin ningún resquicio ni fisura, por el más pleno respeto a los derechos fundamentales de los individuos en relación a los cuales se ejerce la jerarquía», aludiendo a la naturaleza pluriofensiva del delito previsto en el artículo 106 del CPM, que afecta a bienes jurídicos militares, singularmente en la disciplina, además de a la dignidad humana.

En este mismo sentido, la STS de 21 de octubre de 2009, Sala Militar, citada por la Fiscalía Togada en su informe, reiteraba esa naturaleza del delito del artículo 106, «por cuanto lo que con él se protege no es solo la integridad personal y moral del ofendido, sino que también se erige como bien jurídico esencial, que el tipo protege, el relevante valor de la disciplina en los Ejércitos».

4. El régimen penal de los miembros de la Guardia Civil se ha visto modificado tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 12/2007, reguladora de su régimen disciplinario. Aunque no se ha modificado la naturaleza militar [cfr., entre otros, el mismo preámbulo de la LO 12/2007; los artículos 9.b) y 15 de la LO 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, y el artículo 1.1 de la LO 11/2007, reguladora de los Derechos y Deberes de los miembros de la Guardia Civil] y, por lo tanto, en principio, sigue siendo de aplicación el CPM, la disposición adicional cuarta excluye

tal aplicación a las conductas que pudieran ser constitutivas de delito cuando se ejecuten en el cumplimiento de funciones policiales o de seguridad ciudadana. Así, dispone que «Las disposiciones de este Código no serán de aplicación a las acciones u omisiones de los miembros del Cuerpo de la Guardia Civil en la realización de los actos propios del servicio que presten en el desempeño de las funciones que, para el cumplimiento de su misión de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana, les atribuya en cada momento la normativa reguladora de dicho Instituto».

Para este grupo de casos, puede plantearse la cuestión relativa a la identificación de la normativa aplicable cuando hubieran sido cometidos antes de la entrada en vigor de la referida Ley Orgánica, de manera que, con el objeto de regular la aplicación retroactiva de la normativa más favorable, la disposición transitoria segunda dispone, en su apartado primero, que: «Los hechos punibles cometidos por los miembros de la Guardia Civil, en su condición de militares, hasta la entrada en vigor de esta Ley serán castigados conforme al CPM, a menos que las disposiciones del Código Penal sean más favorables para el reo, en cuyo caso, previa audiencia del mismo y oído el Ministerio Fiscal y las demás partes personadas, la Jurisdicción Militar, de oficio o a instancia de cualquiera de los mencionados, se inhibirá a favor de los Tribunales o Juzgados de la jurisdicción ordinaria».

Pero, como, en coincidencia con el criterio sostenido por la Sala Quinta de este Tribunal Supremo (STS de 27 de mayo de 2009, entre otras), ha venido a señalar esta Sala de Conflictos de Jurisdicción, Sentencia n.º 1/2009, de 16 de junio, y Sentencia n.º 2/2009, de 23 de junio, tal previsión de régimen transitorio solo ha de entrar en aplicación cuando previamente se haya establecido que se

trata de supuestos en los que es, previamente, de aplicación la previsión contenida en el artículo 7 bis del CPM, es decir, que queda excluida la aplicación de ese cuerpo legal a los hechos objeto de enjuiciamiento.

La interpretación de este precepto, especialmente en su relación con la Exposición de Motivos de la Ley, pudiera plantear algunas dudas acerca de su significado, que han tenido ya repercusión en algunas decisiones de esta misma Sala (Sentencia 2/2009 antes citada), la cual se ha inclinado por entender que la regla general, dada la naturaleza militar de la Guardia Civil, es la aplicación del CPM, y solo se aplicará el Código Penal común cuando se trate de acciones ejecutadas en el ejercicio de funciones policiales o de seguridad ciudadana, aunque tal concepto deba ser interpretado con la necesaria amplitud. La referida ley no ha dispuesto que a sus miembros les será de aplicación el Código Penal Militar solo en tiempo de guerra, durante la vigencia del estado de sitio, durante el cumplimiento de misiones de carácter militar, o cuando el personal del citado Cuerpo se integre en Unidades Militares, sino que ese Código no será de aplicación en las acciones u omisiones ejecutadas en la realización de los actos propios del servicio que presten en el desempeño de las funciones que, para el cumplimiento de su misión de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana, les atribuya en cada momento la normativa reguladora de dicho Instituto. Dicho de otra forma, la ley no ha acordado que a la Guardia Civil se le aplique el Código Penal común salvo en los casos del apartado segundo, sino que ha determinado cuándo no es aplicable el Código Penal Militar, lo que solo ocurre cuando se trate de actos propios de esos servicios. Fuera de esas funciones o actos propios de aquellos servicios, aunque se trate de supuestos no contemplados en el párrafo segundo del nuevo artículo 7 bis,

será igualmente de aplicación el Código Penal Militar, lo que, por otra parte, resulta congruente con su estructura militar, reconocida expresamente en el mismo Preámbulo de la Ley Orgánica 12/2007.

5. Los hechos imputados al Sargento de la Guardia Civil acusado se desarrollan esencialmente en el marco de la relación de jerarquía, afectando por tanto a la disciplina en el concepto antes mencionado. Aunque pudieran tener alguna relación, por otra parte difícil de excluir de modo absoluto en la mayoría de los casos, con funciones que presentan alguna conexión con las que tienen una estricta naturaleza policial o de seguridad, predomina en ellas la presencia de un trato inadecuado al subordinado, más relacionadas con la estructura militar de la Guardia Civil que se traduce en la organización interna del puesto y que, en el caso, ha merecido, provisionalmente, la consideración de un acto delictivo subsumible en el artículo 106 del CPM.

Por lo tanto, no se trata de un supuesto que pudiera incardinarse en el artículo 7 bis del citado CPM, dando lugar a la aplicación de la Disposición Transitoria Primera, apartado 1, de la Ley Orgánica 12/2007, sino de un caso al que procede continuar aplicando la legislación militar.

6. De todos modos, tampoco la menor gravedad de la sanción aplicable conduciría a la atribución de la jurisdicción al tribunal ordinario. Efectivamente, y con el ineludible carácter provisional con el que debe ser abordada la cuestión en este momento procesal, la aplicación del artículo 106 del CPM supondría, en su caso, la imposición de una pena comprendida entre tres meses y un día y cinco años de prisión. Mientras que la aplicación del Código Penal ordinario, artículo 175, conllevaría una pena comprendida entre dos y cuatro años de prisión y la posibilidad, conforme al artículo 177, de la sanción por un delito de lesiones, al

que podría corresponder una pena comprendida entre seis meses y tres años de prisión.

En consecuencia,

### FALLAMOS

Que, resolviendo el conflicto negativo de jurisdicción suscitado entre el Tribunal Militar Territorial Cuarto de A Coruña y el Juzgado de Instrucción n.º 2 de León, debemos declarar y declaramos la competencia de la jurisdicción penal militar, y, en concreto, del referido Tribunal Militar Territorial Cuarto de A Coruña, en las Diligencias Previas 42/02/06 que por este Órgano se siguen.

Remítanse las actuaciones al referido Tribunal, poniendo lo resuelto en conocimiento del Juzgado de Instrucción n.º 2 de León declarando de oficio las costas.

Así, por esta nuestra Sentencia, que deberá publicarse en el «Boletín Oficial del Estado», lo pronunciamos, mandamos y firmamos: Carlos Dívar Blanco; Miguel Colmenero Menéndez de Luarca; Francisco Monterde Ferrer; Francisco Menchén Herrero; Fernando Pignatelli Meca.

---

### CONFLICTO NEGATIVO DE JURISDICCIÓN n.º 5/2009

Suscitado entre el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de San Lorenzo de El Escorial (Madrid) y la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita de la Comunidad de Madrid. («BOE» núm. 190 de 6 de agosto de 2010)

Tribunal de Conflictos de Jurisdicción (Art. 38 LOPJ)

Presidente: Excmo. Sr. D. José Carlos Dívar Blanco.

Sentencia n.º: 1/2010.

Fecha Sentencia: 28-06-2010.

Conflicto de Jurisdicción: 5/2009.

Fallo/Acuerdo: Sentencia Resolviendo Conf. Jurisdicción.

Ponente Excmo. Sr. D.: Joaquín Huelin Martínez de Velasco.

Secretaría de Gobierno.

Tribunal Supremo.

Conflicto de Jurisdicción: 5/2009.

Secretaría de Gobierno.

Ponente: Excmo. Sr. D. Joaquín Huelin Martínez de Velasco.

Sentencia núm.: 1/2010

Excmos. Sres.:

Presidente:

D. José Carlos Dívar Blanco.

Vocales:

D. Joaquín Huelin Martínez de Velasco.

D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> del Pilar Teso Gamella.

D. Landelino Lavilla Alsina.

D. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.

D. Miguel Herrero Rodríguez de Miñón.

El Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, constituido por su Presidente y los Excmos. Sres. Vocales anteriormente citados, dotados de la potestad jurisdiccional reconocida en la Constitución, dicta la siguiente

### SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiocho de junio de dos mil diez.

El Tribunal de Conflictos de Jurisdicción previsto en el artículo 38 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, constituido por los miembros relacionados al margen, ha visto el conflicto negativo suscitado entre el Juzgado de Primera Instancia número 2 de San Lorenzo de El Escorial (Madrid) y la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita de la Comunidad de Ma-

drid con ocasión del procedimiento de medidas cautelares 96/05 instado por don Víctor Moreno Chaves contra don Manuel Vicente Moreno Chaves, doña Mercedes Ferreras Martínez y doña Felisa Chaves Rubiales.

### Antecedentes de hecho

Primero.–Don V. M. Ch. demandó a don M. V. M. Ch., doña M. F. M. y doña F. Ch. R., ejercitando la acción de nulidad de la escritura pública de compraventa de un inmueble, por simulación absoluta y carencia de causa. Mediante otrosí interesó la anotación preventiva de la demanda en el Registro de la Propiedad número 3 de San Lorenzo de El Escorial. Tramitada la oportuna pieza separada, en auto de 31 de mayo de 2005 el Juzgado de Primera Instancia número 2 de San Lorenzo de El Escorial acordó acceder a esa anotación preventiva, imponiendo las costas del incidente a los codemandados, quienes el 29 de julio siguiente obtuvieron el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

En la misma fecha, la secretaria judicial practicó la tasación de costas del incidente por un importe de 875,10 euros, siendo aprobada por la titular del Juzgado mediante auto de 25 de noviembre del mismo año.

El 10 de febrero de 2009, el demandante presentó un escrito interesando la práctica de determinadas diligencias enderezadas a acreditar que los condenados en costas habían venido a mejor fortuna. El Juzgado llevó a cabo alguna de esas diligencias y, en providencia del siguiente día 23, resolvió que no había lugar a practicar ninguna otra, sin perjuicio del derecho del actor a instar lo que tuviese por conveniente ante la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita, habida cuenta de que el cambio de fortuna susceptible de justificar el pago de las costas debe acordarse por el mismo trámite seguido para la concesión del beneficio.



Esta decisión fue confirmada en reposición mediante auto de 24 de abril.

En virtud de la anterior decisión, el 30 de abril don V. M. Ch. se dirigió a la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita de la Comunidad de Madrid interesando la declaración de que los condenados en costas y beneficiarios de la justicia gratuita habían venido a mejor fortuna. Dicha Comisión contestó el 14 de mayo de 2009 indicando que, a la luz de las sentencias de este Tribunal de 20 de octubre de 1999 (conflicto 5/99) y 18 de diciembre de 2000 (conflicto 9/00), la mejor fortuna de los beneficiarios ha de plantearse y resolverse ante el órgano judicial competente para ejecutar la resolución que contiene el pronunciamiento sobre las costas.

Segundo.–Vista la anterior contestación, el Juzgado de Primera Instancia número 2 de San Lorenzo de El Escorial resolvió, antes de elevar las actuaciones a este Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, oír a don V. M. Ch. por término de cinco días. Evacuó el traslado el 17 de junio de 2009 interesando la declaración de que la competencia para resolver el incidente corresponde al mencionado Juzgado. El siguiente día 23, se remitieron las actuaciones a este Tribunal.

Tercero.–En providencia de 12 de noviembre de 2009 se acordó formar el oportuno rollo y reclamar de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita de la Comunidad de Madrid el expediente tramitado ante ella. Una vez recibidas, en providencia de 8 de febrero de 2010 se dio traslado por plazo común de diez días a dicha Comisión y al Ministerio Fiscal.

Cuarto.–El Fiscal formuló sus alegaciones el 16 de febrero indicando que la cuestión que se suscita es idéntica a la solventada por este Tribunal de Conflictos en la sentencia dictada el 18 de diciembre de 2000 en el conflicto 9/00, donde se resolvió que la competencia pertenecía al órgano jurisdiccional ejecutor de la

resolución en la que se contiene el pronunciamiento sobre las costas.

La Comisión de Justicia Gratuita de la Comunidad de Madrid, en escrito registrado el 17 de febrero, se hizo partícipe de la misma opinión.

Quinto.–En providencia de 31 de mayo de 2010 se señaló para votación y fallo del recurso el 23 de junio siguiente.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. Joaquín Huelin Martínez de Velasco, quien expresa el parecer del Tribunal de Conflictos.

### **Fundamentos de Derecho**

Único.–El objeto de este conflicto de jurisdicción consiste en determinar a quien corresponde la competencia para analizar y decidir si el beneficiario del derecho a litigar gratuitamente ha venido a mejor fortuna, obteniendo las consecuencias pertinentes en orden a dejar sin efecto tal derecho. Se trata de saber si la competencia corresponde a la Comisión que lo reconoció o al órgano jurisdiccional que ha de ejecutar sus resoluciones y, por ende, aquellos de sus pronunciamientos que condenan en costas a quien tiene atribuido el beneficio pero que ha de perderlo si sus medios de fortuna han mejorado, desapareciendo las razones que justificaron su otorgamiento.

Según convienen todos los intervinientes, tal decisión pertenece al órgano judicial, según ha dejado sentado este Tribunal en la sentencia de 20 de octubre de 1999 (conflicto 5/99), reproducida posteriormente en la de 18 de diciembre de 2000 (conflicto 9/00) y seguida por la de 17 de diciembre de 2009 (conflicto 2/09).

En el primero de dichos pronunciamientos se dijo que:

«Este Tribunal de Conflictos ha tenido ya ocasión de pronunciarse sobre el cambio competencial que deriva del

nuevo sistema que, en sustitución de los derogados artículos 13 a 50 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha establecido la Ley 1/1996 para acreditar la insuficiencia de recursos para litigar y facilitar la provisión de una defensa jurídica gratuita, y que ha sustituido lo que hasta entonces era una directa función jurisdiccional, por una resolución de un órgano administrativo, la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita, a la que corresponde ahora el reconocimiento o denegación del derecho a la asistencia jurídica gratuita y, al mismo tiempo, la facultad de remisión de oficio de dicha resolución en los casos de falta originaria de los presupuestos fácticos que indebidamente dieron lugar a su concesión (art. 19 de la Ley 1/1996 y art. 18 del Reglamento aprobado por Real Decreto 2103/1996). La competencia administrativa queda circunscrita a estas resoluciones de reconocimiento, denegación, o en su caso revocación por revisión de oficio, pero no contemplan el de la revocación por situación sobrevinida de mejor fortuna que prevé el artículo 37 de la Ley 1/1996.

Este supuesto se corresponde con el anteriormente regulado en el artículo 48 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en la redacción dada por la Ley 34/1984, de 6 de agosto (y el art. 39 en la versión anterior de este código procedimental), que establecía la obligación de los condenados en costas que hubieran obtenido el reconocimiento del derecho a justicia gratuita a pagar las costas causadas en su defensa y la de la parte contraria, con una presunción de mejor fortuna similar a la que el artículo 37 de la Ley 1/1996 establece. No es ocioso recordar que el supuesto previsto en dicho artículo 48 era distinto del previsto en los artículos 45 y 46 (y antes en los arts. 36 y 38) de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el abono de las costas causadas en la defensa del que venciere en pleito y en relación con lo obtenido, estableciendo como límite máximo al respecto la ter-

cera parte de lo obtenido en el proceso. Es decir, la mejor fortuna a que aludía el artículo 48 no derivaba en si misma de lo obtenido en la sentencia, que sin embargo si podía dar derecho al pago de las costas de los profesionales, con una cuantía máxima legalmente prevista de un tercio de lo obtenido.

La Ley 1/1996 se mueve en una lógica distinta, en la medida que el profesional de oficio no actúa gratuitamente, pero ha mantenido la figura de la mejor fortuna sobrevinida, y sigue imponiendo en tal caso la obligación de pagar las costas causadas en su defensa y la de la parte contraria en el caso de haber sido condenado a costas.

Como en su antecedente codificado no se cuestiona el reconocimiento originario del derecho a la asistencia jurídica gratuita, sino que, como resulta también de su colocación sistemática dentro de los supuestos de reintegros económicos en relación con el pago de costas, ante el supuesto sobrevinido de una mejor fortuna que no justificaría la limitación de la efectividad del derecho de quien ha obtenido a su favor la condena en costas, se trata de dar efectividad a la condena en costas impuesta en la sentencia de origen, lo que, como destaca el Ministerio Fiscal, entra dentro de la competencia propia del órgano judicial de hacer ejecutar lo juzgado, sin que ningún precepto legal haya privado al órgano judicial de esa competencia originaria propia. No cabe hablar de un silencio o de una laguna de la Ley 1/1996, sino de un propósito claro de ésta de circunscribir a unas concretas y muy limitadas funciones el ámbito de decisión de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita.

Por consiguiente, la posible exacción de costas a consecuencia de haber venido a mejor fortuna ha de plantearse y resolverse por el órgano judicial competente para la ejecución de la sentencia. Ello se corresponde además con la rele-

vancia constitucional tanto del derecho al beneficio de justicia gratuita, como derivación del derecho a la defensa y a la asistencia del letrado, pero que no puede justificar privilegios infundados en perjuicio de la otra parte en el proceso, como de la eficacia de la cosa juzgada, siendo competencia exclusiva de los jueces y tribunales, como ejercicio de potestad jurisdiccional hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.4 de la Constitución), también en relación con la condena en costas [...]»

Estas reflexiones conllevan la declaración de que la competencia corresponde en este caso al Juzgado número 2 de San Lorenzo de El Escorial.

No obsta a la anterior conclusión la circunstancia de que el Decreto 86/2003, de 19 de junio, del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, por el que se regula la asistencia jurídica gratuita («BOCM» de 24 de junio), reconozca a la Comisión competencia para revocar el derecho reconocido, pues esta competencia, atribuída en el artículo 6 en relación con el 19.1 del propio Decreto, se reconduce a los supuestos contemplados

en el artículo 19 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita («BOE» de 12 de enero), esto es, a aquellos en los que procede dejar sin efecto el previo reconocimiento realizado como consecuencia de una declaración errónea, del falseamiento de datos o de su ocultación por parte del solicitante.

Nada hay, pues, en dicha norma autonómica que nos obligue a modificar el criterio sentado en nuestras sentencias de 20 de octubre de 1994, 18 de diciembre de 2000 y 17 de diciembre de 2009.

En consecuencia:

### **FALLAMOS**

La competencia a que se refiere el presente conflicto negativo de jurisdicción corresponde al Juzgado de Primera Instancia número 2 de San Lorenzo de El Escorial.

Publíquese en el «Boletín Oficial del Estado».

Así, por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos.