

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencias, año 2010

Coord.: Ramón CASAS VALLÉS (Universidad de Barcelona). **Colaboran:** Mariana DE LORENZI (Universidad de Barcelona), Asunción ESTEVE PARDO (Universidad de Barcelona), Isabel MIRALLES GONZÁLEZ (Universidad de Barcelona), Mónica NAVARRO MICHEL (Universidad de Barcelona), Carles VENDRELL CERVANTES (Uría & Menéndez)

STC 9/2010, de 27 de abril

RA: Estimado.

Ponente: Delgado Barrio.

Conceptos: Filiación adoptiva. Igualdad de los hijos. Protección de la familia. Sustitución fideicomisaria. Interpretación del testamento.

Autonomía de la voluntad y principio de igualdad. Derecho genérico a la igualdad y prohibiciones específicas de discriminación. TEDH: Caso Pla y Puncernau c. Andorra.

Preceptos de referencia: Artículos 14 y 39.2 CE. Artículo 14 Convenio Europeo de Derechos Humanos.

La sentencia pone fin, en términos discutibles, a un largo pleito cuyo origen está en un testamento otorgado en 1927. El testador dispuso una sustitución fideicomisaria condicional *si sine liberis decesserit*, con sustitución vulgar en fideicomiso, en los siguientes términos: «*Séptima: Y de todos sus bienes restantes, muebles e inmuebles, derechos, créditos y acciones presentes y futuros, instituye heredero universal a su hijo don José Antonio Lloret y Marcer, quien podrá disponer libremente de los bienes de la herencia cuando tenga algún hijo o hija que haya llegado a la pubertad; y en caso contrario sólo podrá disponer de la cantidad de siete mil pesetas que le servirán de pago de su porción legitimaria; y para después de su muerte sin hijos, le sustituyen sus hermanos D. Arcadio, D. Ramón, D. Antonio y D. Juan Lloret Mitjans, no a todos juntos sino el uno después del otro por el orden indicado y con la misma condición impuesta al primer instituido; advirtiendo que si al tener efecto alguna de tales instituciones, hubiese fallecido el sustituto y dejado algún hijo legítimo que entonces o después llegue a la edad de testar, quiere que éstos sucedan en lugar de su padre premuerto en el modo que resultan instituidos, y a falta de disposición observarán el mismo modo de suceder que el testador establece aquí para sus hijos*» (Antecedente 2).

El testador falleció en 1945. El primer instituido (José Antonio) murió en 1997, soltero y sin hijos. El segundo (Arcadio) lo había hecho antes que el testador, en 1940, también soltero y sin hijos. El tercero (Ramón) murió en 1995, antes que el primer instituido, pero dejando dos hijas adoptivas. Éstas llegaron a la edad de testar y, al amparo de la sustitución vulgar en fideicomiso prevista en la segunda parte de la cláusula transcrita, otorgaron escritura adjudicándose por mitad dos fincas rústicas que constitúan el objeto de la herencia fideicomitada. El registrador de la propiedad, sin embargo, denegó la inscripción por no ser las otorgantes «hijas legítimas» de Ramón. La obtuvo en cambio Antonio, cuarto hijo del testador.

Las hijas de Ramón interpusieron demanda reclamando la titularidad de las fincas como herederas del testador. Para asegurar al menos la propiedad de parte de los bienes, la madre de las actoras, también demandante, alegaba además haber adquirido una de ellas por usucapión. La demanda fue desestimada en primera instancia y en apelación por considerar que las demandantes no eran «hijas legítimas» y no cumplirse tampoco los requisitos de la usucapión.

Las hijas de Ramón recurrieron en casación ante el TSJC alegando, entre otros motivos, la vulneración del artículo 14 CE. El recurso fue desestimado por sentencia de 22 de enero de 2004. A juicio del tribunal y contra lo pretendido por las recurrentes, no cabía distinguir «entre una sustitución fideicomisaria regida por la voluntad del testador y una sustitución vulgar en la que, por haberse producido el hecho que desencadena la sustitución en un momento en el que se encontraban legalmente equiparados los hijos adoptivos a los llamados legítimos, aquéllos no podrían ser excluidos de la herencia». La voluntad del testador era clara «tanto en su interpretación literal, como en relación con las disposiciones legales vigentes en el momento en que fue declarada (año 1927) o en el que se abrió la sucesión (año 1945), y su deseo era que no entraran en posesión de su herencia quienes no tuvieran la condición de hijos legítimos, a los que no se equiparaban al tiempo del otorgamiento del testamento o de la apertura de la sucesión los hijos adoptivos. Así vendría a reconocerlo de manera unánime la doctrina científica y jurisprudencial vertida tanto en interpretación del Derecho civil común como del foral» (Antecedente 2). En la actualidad, explicaba el TSJC, los artículos 14 y 39.2 CE impondrían una equiparación plena de los hijos adoptivos a los demás y, por tanto, «habrían de entenderse puestos en condición en la sustitución condicional de referencia tanto los hijos matrimoniales como los no matrimoniales y los adoptivos. Sin embargo este criterio no sería aplicable al caso enjuiciado «porque no lo quiso así el testador —ley sucesoria— y porque no se contemplaba así en el momento de redactar el testamento y en el de su fallecimiento»» [FJ 3 (de la STSJC)] (Antecedente 2). En este sentido, decía la sentencia, se habría pronunciado ya el propio TC en su Auto 22/1992.

Las hijas de Ramón recurrieron en amparo alegando que la fecha de referencia para interpretar la expresión «hijos legítimos» no era 1927 (otorgamiento del testamento) ni 1945 (fallecimiento del testador), sino 1997 (fallecimiento del primer fiduciario), «momento en el que ha de examinarse la idoneidad de las demandantes de amparo para entrar en la herencia de su abuelo como sustitutas vulgares de su padre fallecido, procediendo, por tanto, realizar una interpretación de la cláusula testamentaria conforme a los principios constitucionales vigentes» (Antecedente 3).

El Ministerio Fiscal interesó la estimación del amparo. A ello, lógicamente, se opusieron las hijas de Antonio, el cuarto instituido, que a su vez ya había falle-

cido. Con invocación del ATC 22/1992, sostenían que no cabía interpretar según la Constitución de 1978 un testamento otorgado en 1927 por alguien fallecido en 1945. Alegaban asimismo «*que la Constitución no ha derogado el principio de libertad de testar y que el principio de igualdad de los hijos con independencia de su filiación únicamente implica que los derechos que la ley les otorga corresponden a todos los hijos por igual respecto de sus padres, pero no que el testador esté obligado a repartir la herencia en partes iguales entre todos sus hijos*» (Antecedente 7). A su juicio, además, la interpretación del testamento y la determinación de la legalidad aplicable eran cuestiones de legalidad ordinaria que correspondía resolver en última instancia al TSJC y no al TC.

En esta tesis, se produjo un auténtico golpe de suerte para las recurrentes. Después de la solicitud de amparo (20 de febrero de 2004) y antes de sus alegaciones el Tribunal Europeo de Derechos Humanos resolvió un supuesto análogo al planteado ante el TC; y lo hizo exactamente en el sentido pretendido por ellas (*cfr.* STEDH de 13 de julio de 2004, *Asunto Pla i Puncernau c. Andorra*). Pudieron así incorporar a su escrito de alegaciones un elemento que a la postre fue decisivo. La sentencia del TEDH, decían, resultaba relevante por tres motivos: «*Primero, porque el Derecho andorrano en materia de fideicomisos es coincidente con el Derecho catalán; segundo, porque la composición personal del Tribunal de Justicia de Andorra es parcialmente coincidente con la de la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que dictó la Sentencia ahora impugnada en amparo; y, finalmente, porque en la Sentencia aquí impugnada y en la dictada por el Tribunal andorrano se utilizan los mismos argumentos para declarar que los hijos adoptivos no cumplen la condición de hijos legítimos establecida en la sustitución fideicomisaria dispuesta en los testamentos otorgados en 1939, en el asunto resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y en 1927, en el que ahora nos ocupa, depurándose el fideicomiso en 1996 y 1997 respectivamente*» (Antecedente 8).

Para resolver el recurso, que estima, la sentencia se pronuncia sobre algunos puntos, en tanto que deja otros a un lado de forma expresa.

1. Ante todo, el TC aparta una cuestión del mayor interés y sobre la que acaso venga un día llamado a pronunciarse: la relación entre libertad de testar e igualdad de los hijos. El objeto del procedimiento, dice –o puede decir– la sentencia, no es el testamento (acto privado) sino la resolución o resoluciones judiciales (actos públicos) que lo han interpretado. Dicho de otra forma: no se dice que el testamento fuera discriminatorio sino que lo son las resoluciones que lo han interpretado. «*En caso de que la discriminación denunciada fuera imputable de modo inequívoco a la formulación por parte del causante de la cláusula de sustitución fideicomisaria, el problema constitucional planteado hubiera sido, por un lado, el de las relaciones entre el principio de autonomía de la voluntad y la prohibición de la discriminación en el ámbito de la sucesión testada, planteándose la cuestión relativa a la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales y, en particular, del reconocido en el artículo 14 CE (ATC 1069/1987, de 30 de septiembre, FJ 1), y, por otro, el de si es o no posible la aplicación retroactiva de la Constitución a actos privados realizados mucho antes de que ésta entrase en vigor. Sin embargo, en la demanda de amparo no se aduce que el testador hubiera estado vinculado, ni directa ni indirectamente, al principio constitucional de igualdad, ni que la discriminación alegada tuviera su origen en los términos en que la cláusula si sine liberis decesserit quedó formulada originariamente en el testamento, sino que la lesión se imputa de manera directa y autónoma a los órganos judiciales, como consecuencia del modo en que dicha cláusula fue interpretada y, en particular, del significado que atribuyeron a la*

expresión “hijos legítimos”» (FJ 2). Para que no quede duda en cuanto a lo que constituye el objeto del proceso, el TC remacha que éste «no consiste en comprobar la vigencia y, en su caso, el alcance del mandato constitucional que se deriva de los artículos 14 y 39.2 CE en relación con el acto privado de disposición testamentaria otorgado por el causante en el ejercicio de su libertad de testar, cuestión ésta que queda fuera de los límites de nuestro enjuiciamiento, sino en verificar si el órgano judicial que dictó la resolución judicial impugnada respetó o no el principio de interdicción de la discriminación por razón de nacimiento, al excluir a las demandantes del llamamiento a la herencia de su abuelo por causa de su condición de hijas adoptivas y, por tanto, como consecuencia del modo en que interpretó la expresión “hijos legítimos” en el ejercicio del arbitrio que le incumbe» (FJ 2). La interesante cuestión de la relación entre autonomía de la voluntad *mortis causa* y principio de igualdad queda así para mejor ocasión.

2. En segundo lugar el TC hace una síntesis de su propia doctrina sobre el principio de igualdad y las prohibiciones de discriminación. «El principio de igualdad no prohíbe cualquier tratamiento desigual», pero «exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada» y, además, «que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida». Ahora bien, hay que distinguir entre el «derecho general a la igualdad» y la «prohibición de discriminación por causas específicas contenidas en el art. 14 CE». El primero «no postula ni como fin ni como medio la paridad sino sólo la razonabilidad del criterio que funda la diferencia de trato y la proporcionalidad de las consecuencias que de ella se derivan». En el segundo caso, en cambio, la propia Constitución ha establecido un «juicio de irrazonabilidad de la diferenciación» que «impone como fin y generalmente como medio la parificación». De este modo las causas de discriminación mencionadas «sólo pueden ser utilizadas excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica, lo que implica la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto» (FJ 3).

Pues bien, precisamente, «dentro de la no discriminación por razón del nacimiento, este Tribunal ha encuadrado la igualdad entre las distintas clases o modalidades de filiación». Y directamente conectado con ese principio de no discriminación por la filiación «se encuentra el mandato constitucional recogido en el artículo 39.2 CE, que obliga a los poderes públicos a asegurar “la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la Ley con independencia de su filiación” (STC 7/1994, de 17 de enero, FJ 3.b), de manera que toda opción legislativa de protección de los hijos que quebrante por sus contenidos esa unidad, incurre en una discriminación por razón de nacimiento expresamente prohibida por el artículo 14 CE, ya que la filiación no admite categorías jurídicas intermedias (STC 67/1998, de 18 de marzo, FJ 5)» (FJ 3, citando la STC 200/2001).

3. En el caso planteado la posible fuente de discriminación estaría en el proceder judicial, en la medida en que «los órganos judiciales pueden vulnerar el artículo 14 CE cuando aplican las normas jurídicas con un criterio interpretativo que produzca, o no corrija, el trato discriminatorio». Aquí radica el *quid* del asunto. Todo el esfuerzo argumental del TC se centra en demostrar que, en realidad, contra el criterio de los órganos judiciales, sí había dudas interpretativas en la cláusula testamentaria. En este sentido, el TC afirma que la exclusión de los hijos adoptivos «no se deduce de manera inequívoca de la formulación literal de la cláusula testamentaria, sino que es producto de la interpretación que (de la expresión “hijos legítimos”) realiza el órgano judicial, de manera que la exclu-

sión de las demandantes de amparo del llamamiento a la herencia no tiene su origen directo en el ejercicio de la libertad de testar sino en el de la jurisdicción.» (FJ 4). Según el TC «aunque el testamento se otorgó y el causante falleció mucho antes de 1978, la condición correspondiente a la sustitución fideicomisaria se verificó con posterioridad a la entrada en vigor de la Constitución, de tal manera que también podía entenderse que la voluntad del testador expresada en el testamento debe ser interpretada de conformidad con la situación jurídica propia del momento en que ha de ejecutarse la sustitución» (FJ 4). Había pues duda (siempre a juicio del TC) y, en tal caso, lo procedente era optar por la interpretación favorable a la igualdad y no discriminación.

4. Ese fue el criterio del TEDH en el reciente *Caso Pla y Puncernau*, que el TC español hace suyo. «Los Tribunales andorranos, tomando en consideración el momento histórico y jurídico en el que se otorgó testamento (1939) y aquel en que se produjo el fallecimiento de la causante (1949), estimaron que no podía entenderse puesto en condición un hijo adoptivo en la sustitución fideicomisaria que ordenaba que quien llegara a ser heredero debía transmitir la herencia a un hijo o nieto de un matrimonio legítimo y canónico». Tal interpretación fue considerada «discriminatoria y contraria a los postulados del principio de igualdad proclamado por el artículo 14 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades públicas (...), por cuanto, una vez aceptado que la cláusula en cuestión requería una interpretación por parte de los Tribunales internos, ésta no podría realizarse exclusivamente a la luz del contexto social y jurídico en vigor en el momento de la redacción del testamento o del fallecimiento de la testadora (1939 y 1949, respectivamente) y ello debido al largo período de tiempo transcurrido entre las fechas en las que se produjeron tales acontecimientos y el momento en el que tomó efecto la disposición testamentaria (1996), en el curso del cual se produjeron profundos cambios de orden social, económico y jurídico que han dado lugar a nuevas realidades que no pueden ser ignoradas por el Juez» (FJ 5).

STC 22/2010, de 27 de abril

CI: Estimada.

Ponente: Rodríguez Arribas.

Conceptos: Igualdad ante la ley. Pensión de viudedad y convivencia *more uxorio*.

Preceptos de referencia: Artículo 14 CE. Artículo 174.3 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social en la redacción dada por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio. Artículo 101 CC.

El Tribunal Constitucional se pronuncia sobre una cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo sobre el artículo 174.3 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social en la redacción dada por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.

La cuestión que se debate son los efectos que deben asignarse a la situación de una divorciada, titular de una pensión de viudedad reconocida por el Instituto Nacional de la Seguridad Social al amparo del artículo 174.2 de la Ley General de la Seguridad Social, que tras el fallecimiento del causante inicia una convivencia *more uxorio* con otra persona. El Instituto Nacional de la Seguridad Social consideró que tal convivencia era causa legalmente válida para acordar la pérdida de los efectos de dicha pensión, con apoyo en el

artículo 101 del Código Civil al que se remite el artículo 174.3 de la Ley General de la Seguridad Social.

Plantea la Sala de lo Social del Tribunal Supremo si el artículo 174.3 de dicha Ley vulnera el derecho de igualdad de trato del artículo 14 CE, al no establecer la misma solución en el caso de la viuda que, en el momento del fallecimiento del marido, no se hubiera separado o divorciado ni se hubiera anulado el matrimonio. En tales circunstancias, de acuerdo con la redacción del art. 174.3 de la Ley General de la Seguridad Social, la viuda no se ve privada de la pensión de viudedad si tras el fallecimiento de su marido inicia una relación *more uxorio* con otra persona. Se está, por tanto, ante dos situaciones iguales a las que, sin embargo, el legislador da un trato desigual.

Admite el Tribunal Constitucional (FJ4) que en este caso *«la constatación de un panorama de desigualdad resulta evidente. Una vez que a todos los cónyuges sin distinción se les otorga el derecho a la pensión de viudedad, la pensión de viudedad queda concebida como única pensión repartida entre todos los cónyuges supervivientes, por lo que es evidente que no puede considerarse constitucionalmente admisible que la concreta causa de extinción de la pensión por convivencia more uxorio pueda aplicarse en unos casos y no en otros»*. Y añade a continuación que *«a lo anterior debe añadirse que la diferencia de trato que se introduce por la norma cuestionada entre unas y otras personas que estuvieron unidas con el causante por un vínculo conyugal no obedece a ninguna razón relacionada con la propia esencia o fundamento actual de la pensión de viudedad, sino que corresponde a causas totalmente ajenas, que no son otras sino el distinto estado civil derivado de la relación que mantenía con el causante la persona que tiene la condición de titular de la misma, factor éste de diferenciación que, al margen de no reunir la cualidad de elemento razonable y constitucionalmente exigible para descartar la discriminación ante supuestos de hecho que reciben diferente trato legal, conlleva, en última instancia, una directa vulneración del artículo 14 CE y en particular de la prohibición de discriminación en función de “cualquier otra condición o circunstancia personal o social” a la que aquel precepto se refiere»*.

Por las razones anteriormente expuestas, declara el Tribunal Constitucional la inconstitucionalidad del artículo 174.3 de la Ley General de la Seguridad Social en la redacción dada por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en su referencia a la concreta causa de extinción de la pensión de viudedad establecida en el artículo 101 del Código Civil.

STC 23/2010, de 27 de abril

RA: Desestimado.

Ponente: Rodríguez-Zapata Pérez.

Conceptos: Derecho fundamental a la propia imagen. Derecho patrimonial de imagen patrimonial. Derecho fundamental a la libertad de expresión. Interés público relativo a la crítica política o social. Caricatura o parodia. Derecho a la tutela judicial efectiva. Determinación de la cuantía indemnizatoria.

Preceptos de referencia: Artículos 18.1; 20.1 a); y 24.1 CE.

El semanario *Noticias del Mundo* publicó un reportaje fotográfico, cuyo contenido se anunciaba en la portada de una de sus ediciones bajo el título *«La doble de Chabeli se desnuda»*. Este reportaje, según quedó acreditado en la jurisdicción ordinaria, incluía *«una composición fotográfica de tamaño*

15x21 cm. conjugando perfectamente la cabeza de la actora (...) y el cuerpo desnudo de una mujer hasta la parte superior de los muslos, cubierta con solo un taparrabos y exhibiendo unos pechos protuberantes (sic)» (apud Sentencia del Tribunal Supremo 7 de marzo de 2006, FJ 2). Se trataba, en efecto, del modo en que lo resume la propia Sentencia del Tribunal Constitucional, de «un montaje irónico elaborado a partir de una fotografía de la actora civil [un conocido personaje de la prensa rosa] superpuesta sobre un cuerpo ajeno» (FJ 5).

El Tribunal Supremo confirmó la decisión de la Audiencia Provincial, que había condenado al medio a abonar a la demandante una indemnización de 5.000.000 de ptas. (30.050,60 €), al considerar que la publicación descrita «constituía una intromisión ilegítima en el derecho de la demandante a su propia imagen» (Sentencia del Tribunal Supremo 7 de marzo de 2006, FJ 1). En la presente Sentencia, el Tribunal Constitucional desestima el recurso de amparo formulado por la sociedad responsable del semanario litigioso y confirma la resolución recurrida.

1. El encuadramiento de la sátira del personaje de notoriedad pública como «valoración crítica del modelo de sociedad y su evolución» comprendida en el ámbito objetivo del derecho fundamental a la libertad de expresión.—La alegación de la recurrente en amparo de vulneración del derecho a la libertad de expresión [art. 20.1 (a) CE] lleva a la presente Sentencia, en primer lugar, a caracterizar este derecho fundamental de conformidad con su propia doctrina, si bien con algún matiz relativamente novedoso y especialmente apto para encuadrar en su ámbito de aplicación a aquellas publicaciones cuya contribución a la opinión pública no radica en su proyección política. Así, por lo pronto, el Tribunal —bien consciente de la naturaleza, contenido y finalidad de la publicación litigiosa— aclara que su doctrina respecto a la garantía constitucional, por medio del derecho fundamental a la libertad de expresión, del desarrollo de la comunicación pública y libre que permite la libre circulación de ideas y juicios de valor inherente al principio de legitimidad democrática, no sólo se extiende «a los juicios de valor de ámbito político o los que se refieren directamente al funcionamiento de las instituciones públicas (...) sino también aquéllos (sic) que tienen por objeto la valoración crítica del modelo de sociedad y su evolución» (FJ 3). Indudablemente, la libertad de expresión —sigue recordando el Tribunal— se halla sometida a límites, del modo en que se demuestra en el presente caso; mas no puede olvidarse que, en la medida en que dichos límites no pueden tener rango infraconstitucional, ni el «buen gusto» ni la «calidad literaria» sirven al propósito de limitar el contenido del derecho fundamental a la libertad de expresión (ibíd.).

2. Caracterización constitucional del derecho fundamental a la propia imagen.—Del modo en que quedó fijado en la jurisdicción ordinaria, el conflicto de relevancia constitucional en el presente caso viene constituido por el juego del derecho fundamental a la propia imagen como límite del derecho fundamental a la libertad de expresión. Para ello, el Tribunal recuerda los rasgos constitucionales de este derecho conforme a su doctrina, lo que resulta de interés desde una doble perspectiva. En primer lugar, en cuanto al objeto de este derecho, la presente Sentencia —asumiendo la doctrina de la STC 117/1994— reitera una concepción amplia de este derecho, según la cual su objeto no se limita a la reproducción gráfica de la figura humana, sino que se extiende a «la voz o el nombre» (FJ 4). De hecho, el Tribunal no duda en atribuir a este derecho un contenido amplio y flexible que comprende «aque-

llo que socialmente evoca la persona física hasta constituirse en su representación»; e incluso asigna a este derecho una función de válvula de cierre del sistema de protección de la personalidad por medio de los derechos fundamentales: «(p)or ello el ámbito propio de protección del derecho a la propia imagen es la defensa frente a los usos no consentidos de la representación pública de la persona que no encuentren amparo en ningún otro derecho fundamental» (ibíd.). En segundo lugar, el Tribunal recuerda su doctrina acerca de la exclusión de la llamada vertiente patrimonial del ámbito del derecho fundamental a la propia imagen del artículo 18.1 CE, según la cual «el conjunto de derechos relativos a la explotación comercial de la imagen no forman parte del contenido del derecho fundamental a la propia imagen». Ello no obstante, según el Tribunal –y acaso tratando de salvar alguna contradicción en dicha doctrina– «las posibles consecuencias patrimoniales del uso ilegítimo de la imagen ajena no obstan para su protección constitucional» (ibíd.).

3. El enjuiciamiento del caso: la caricatura de Chabeli no presenta un interés público constitucional.—Resulta indudable para el Tribunal Constitucional que la utilización y manipulación no consentida de la imagen del personaje de notoriedad pública en cuestión podría constituir un ejemplo de caricatura, esto es, en los términos de su doctrina, «una de las vías más frecuentes de expresar mediante la burla y la ironía críticas sociales o políticas que, en tanto elemento de participación y control público, resultan inscindibles de todo sistema democrático, y coadyuvan a la formación y existencia de (...) la opinión pública». No obstante, es igualmente claro para el Tribunal que, en el presente caso, la utilización no autorizada de la imagen de Chabeli «no puede entenderse como un ejercicio de crítica política o social a través de la sátira y el humor», de manera que no existe un «interés público constitucionalmente defendible» que «priv(e) de justificación a la intromisión en el derecho a la propia imagen» (FJ 5). Si bien no se desarrollan con toda claridad las razones de la ausencia de ese interés público (ni tampoco en qué consiste éste en casos en los que, como el presente y como ha quedado dicho, es evidente que no se persigue la crítica política), parece que el Tribunal funda la exclusión de las imágenes litigiosas del ámbito del derecho a la libertad de expresión en que dichas imágenes no se vinculan de forma expresa con una crítica social al personaje, sino que su intención era simplemente la de «provocar, con un marcado sesgo sexista, la burla sobre su persona, a partir exclusivamente de su aspecto físico y obteniendo con ello un beneficio económico para la empresa periodística en cuestión. Dificilmente puede apreciarse interés público alguno en este uso de la imagen desvinculado de cualquier finalidad legítima de crítica política o social, de modo que la publicación de la fotografía manipulada en nada contribuye a la formación de una opinión pública libre» (ibíd.).

4. Ausencia de infracción del derecho a la tutela judicial efectiva por la valoración del daño indemnizatorio realizada por la jurisdicción ordinaria.—Ante la alegación de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva invocada por la recurrente en relación con la valoración del daño derivado de la intromisión ilegítima en el derecho fundamental a la propia imagen, el Tribunal recuerda su doctrina, en cuya virtud «aunque la determinación del quantum indemnizatorio es cuestión que pertenece al ámbito de la legalidad ordinaria (...), corresponde a este Tribunal controlar la suficiencia de la motivación de tal decisión desde la perspectiva del artículo 24.1 CE» (FJ 6). Desde esta lógica –no siempre seguida por el Tribunal (recuérdese, por ejemplo, STC

115/2000, de 5 de mayo, caso *Isabel Preysler*)–, la Sentencia considera que la valoración del daño realizada por la Audiencia y confirmada por la Sala 1.ª del Tribunal Supremo se ajustó al criterio de la gravedad de la lesión del artículo 9.3 de la LO 1/1982 y que, simplemente por ello, no se produce la infracción del artículo 24.1 CE alegada por la recurrente.

STC 28/2010, de 27 de abril

RA: Estimado.

Ponente: Conde Martín de Hijas.

Conceptos: Derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho de acceso al proceso, derecho de defensa y a un proceso con todas las garantías. Ejecución hipotecaria.

Preceptos de referencia: Artículo 24.1 y 2 CE.

El recurso de amparo lo interpone A.L.G.M., con motivo de las irregularidades en que incurrió el Juzgado de Primera Instancia en un procedimiento de ejecución hipotecaria iniciado contra él por una entidad de crédito. El recurrente señala que en la tramitación del procedimiento de ejecución hipotecaria se ha lesionado su derecho a la tutela judicial efectiva al haberse seguido *inaudita parte*, sin que los correspondientes requerimientos y notificaciones que debían haberse hecho a su persona se hubieran practicado en su domicilio real, que figuraba en las actuaciones judiciales, sino en el domicilio de la finca hipotecada. Impugna igualmente el Auto del mismo Juzgado que inadmitió el incidente de nulidad de actuaciones promovido por el recurrente al haberse seguido dicho procedimiento *inaudita parte*, por considerarlo extemporáneo.

Señala la sentencia (FJ4) que para garantizar el derecho de defensa reconocido en el artículo 24 CE «*recae sobre el órgano judicial no sólo el deber de velar por la correcta ejecución de los actos de comunicación procesal, sino también el de asegurarse que dichos actos sirven a su propósito de garantizar que la parte sea oída en el proceso*». Ello comporta la exigencia «*de que el órgano judicial agote los medios que tenga a su alcance para notificar al ejecutado la existencia del proceso en su domicilio real, de modo que, una vez que surjan dudas razonables de que el domicilio señalado en la escritura del préstamo hipotecario y que figura en el Registro sea el domicilio real del ejecutado, le es exigible que intente, en cumplimiento del deber de diligencia que en orden a la realización de los actos de comunicación procesal le impone el artículo 24.1 CE, el emplazamiento personal del ejecutado en el domicilio que figure en las actuaciones, distinto del que consta en la escritura de préstamo hipotecario y en el Registro*». En relación con la inadmisión del incidente de nulidad por parte del Juzgado por considerarlo extemporáneo, considera el Tribunal Constitucional (FJ3) que «*la interpretación que el órgano judicial ha llevado a cabo en orden a determinar el dies a quo del plazo para promover aquel incidente no puede considerarse razonable, resultando, por el contrario, por su rigorismo desfavorable y desproporcionada en orden a la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente en amparo*» y señala que el recurrente lo presentó cuando aún quedaban dos días para que concluyera el plazo.

STC 31/2010, de 28 de junio

RI: Estimación parcial.

Ponente: Casas Baamonde.

Conceptos: Competencias en materia civil.

Preceptos de referencia: Artículo 149.1.8.^a CE. Estatuto de Autonomía de Cataluña (LO 6/2006, de 19 de julio; EAC). Artículo 129 EAC.

En su sentencia 31/2010, el TC resuelve el recurso interpuesto por noventa y nueve diputados y senadores del Grupo Parlamentario Popular contra una larga serie de preceptos del Estatuto de Autonomía de Cataluña, aprobado por LO 6/2006, de 19 de julio. Como es notorio se trata de una resolución muy compleja y de una gran extensión, que no es posible reseñar aquí de forma exhaustiva y pormenorizada. A este objeto cabe remitir a publicaciones especializadas (p.e., para una visión desde Cataluña, el número monográfico de la *Revista catalana de Dret públic*, «Especial sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006», 2010). Aquí nos limitaremos a dar cuenta de la posición adoptada en relación con la polémica cuestión de la competencia en materia de Derecho civil, a la que el EAC dedica su artículo 129. No obstante, antes de exponer lo resuelto por el TC en esta sentencia, convendrá describir la situación preexistente.

1. El EAC de 1979.—El artículo 9.2 del anterior Estatuto (LO 4/1979) había atribuido a la Generalitat competencia exclusiva sobre la «*conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil catalán*». Probablemente por prudencia, se reprodujo la misma fórmula que aparece en el torturado artículo 149.1 CE, según el cual: «*El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: (...) 8.^a Legislación civil, sin perjuicio de la “conservación, modificación y desarrollo” por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial*». Con este marco constitucional y estatutario Cataluña aprobó una amplia serie de leyes civiles, que fueron sucesivamente impugnadas por el Estado, aunque a la postre los recursos fueron retirados sin que el TC tuviera ocasión de pronunciarse. Así sucedió con las leyes sobre sucesión intestada, filiación, accesión y ocupación y derechos reales de garantía; y también con la Ley primera del Código civil de Cataluña (Ley 29/2002), a la que se reprochaba «*una pretensión codificadora que resulta incompatible con la Constitución, al tratar de establecer un régimen jurídico de Derecho civil para Cataluña, completo e independiente del Derecho civil común estatal*».

2. Las posiciones doctrinales sobre el artículo 149.1.8.^a CE.—Como es sabido, el artículo 149.1.8.^a CE dio lugar a diversas interpretaciones, más o menos autonomistas. Básicamente se dibujaron tres líneas. La más restrictiva identificaba el Derecho civil sobre el que las CCAA tienen competencias con el contenido de las viejas Compilaciones. Ese sería el Derecho a conservar, modificar y, de forma muy limitada, desarrollar. En el extremo opuesto se situarían quienes sostienen que el artículo 149.1.8.^a CE permite a

las CCAA asumir una competencia plena sobre el Derecho civil, sin más límite que las materias reservadas «en todo caso» al Estado y, aun entonces, con la salvedad relativa a las fuentes. La tercera posición, ecléctica, sin prescindir del dato histórico, no limita el Derecho civil autonómico a las Compilaciones, al tiempo que adopta una posición mucho más abierta que la primera en cuanto a las posibilidades de desarrollo. Para esta última interpretación, los límites al mismo serían más de método que de horizontes; sin perjuicio, claro está, de las materias reservadas al Estado en todo caso.

3. Doctrina del TC.—El TC tuvo ocasión de abordar la problemática suscitada por el artículo 149.1.8.^a CE en las sentencias 88/1993 y 156/1993, relativas, respectivamente, a la Ley aragonesa 3/1988 (equiparación de los hijos adoptivos) y a la Ley balear 8/1990 (Compilación de Derecho civil). En estas sentencias el TC vino a inclinarse por la posición intermedia, evitando identificar los Derechos civiles autonómicos con los textos compilados, pero vinculando su «desarrollo» a un criterio de conexión con la situación preexistente. Vale la pena reproducir lo sustancial del FJ 3.º de la STC 88/1993: *«El concepto constitucional (art. 149.1.8) y estatutario (art. 35.1.4 EAA) de “desarrollo” del propio Derecho civil, especial o foral, debe ser identificado a partir de la ratio de la garantía autonómica de la foralidad civil que establece (...) aquel precepto de la Norma fundamental. La Constitución permite, así, que los Derechos civiles especiales o forales preexistentes puedan ser objeto no ya de “conservación” y “modificación”, sino también de una acción legislativa que haga posible su crecimiento orgánico y reconoce, de este modo, no sólo la historicidad y la actual vigencia, sino también la vitalidad hacia el futuro, de tales ordenamientos preconstitucionales. Ese crecimiento, con todo, no podrá impulsarse en cualquier dirección ni sobre cualesquiera objetos, pues no cabe aquí olvidar que la posible legislación autonómica en materia civil se ha admitido por la Constitución no en atención, como vimos, a una valoración general y abstracta de lo que pudieran demandar los intereses respectivos (art. 137 CE) de las Comunidades Autónomas, en cuanto tales, sino a fin de garantizar, más bien, determinados Derechos civiles forales o especiales vigentes en ciertos territorios. El término “allí donde existan” a que se refiere el artículo 149.1.8 CE, al delimitar la competencia autonómica en la materia, ha de entenderse más por referencia al Derecho foral en su conjunto que a instituciones forales concretas». Y añadía: «Sin duda que la noción constitucional de “desarrollo” permite una ordenación legislativa de ámbitos hasta entonces no normados por aquel Derecho, pues lo contrario llevaría a la inadmisibile identificación de tal concepto con el más restringido de “modificación”. El “desarrollo” de los Derechos civiles forales o especiales enuncia, pues, una competencia autonómica en la materia que no debe vincularse rígidamente al contenido actual de la Compilación u otras normas de su ordenamiento. Cabe, pues, que las Comunidades Autónomas dotadas de Derecho civil foral o especial regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta según los principios informadores peculiares del Derecho foral. Lo que no significa, claro está, en consonancia con lo anteriormente expuesto, una competencia legislativa civil ilimitada racione materiae dejada a la disponibilidad de las Comunidades Autónomas, que pugnaría con lo dispuesto en el artículo 149.1.8 CE, por lo mismo que no podría reconocer su fundamento en la singularidad civil que la Constitución ha querido, por vía competencial, garantizar» (en el mismo sentido, FJ 1 de la STC 156/1993).*

4. El nuevo Estatuto.—El artículo 129 del EAC de 2006, relativo a la competencia en Derecho civil, sustituyó la fórmula anterior por la siguiente: «*Corresponde a la Generalitat la competencia exclusiva en materia de derecho civil, con la excepción de las materias que el artículo 149.1.8.ª de la Constitución atribuye en todo caso al Estado. Esta competencia incluye la determinación del sistema de fuentes del derecho civil de Cataluña*». Es fácil ver que se optó por la posición doctrinal más favorable al crecimiento del Derecho autonómico, evitando el riesgo de las adjetivaciones reductoras. La Generalitat no asumía competencias sobre el Derecho civil «catalán» sino, simplemente, sobre el Derecho civil. La única excepción serían las materias que «*en todo caso*» el repetido artículo 149.1.8.ª CE reserva al Estado; con una salvedad en la que, al fin, acababa apareciendo la precisión que inicialmente se quiso evitar: el sistema de fuentes del «*derecho civil “de Cataluña”*».

5. Impugnación.—El artículo 129 EAC fue impugnado con el argumento de que la cláusula «*en todo caso*» no establece las competencias estatales. Éstas vendrían fijadas por la declaración inicial, según la cual: «*El Estado tiene competencia exclusiva sobre (...) legislación civil*». El «*en todo caso*» vendría a ser así una cláusula añadida, destinada a recortar la competencia autonómica sobre el Derecho civil propio, de modo que, ni siquiera por vía de su conservación, modificación o desarrollo se podría entrar en las materias aludidas; siempre con la salvedad de lo previsto en materia de fuentes.

6. Doctrina del TC.—La sentencia hace amplio uso de la doctrina sentada con anterioridad. En este sentido, recuerda que el artículo 149.1.8.ª CE atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre legislación civil aunque también «*introduce una garantía de la foralidad civil a través de la autonomía política*» (FJ 76, con cita del FJ 1 de la STC 88/1993). La cláusula «*en todo caso*», añade, «*no puede ser vista, en coherencia con ello, como norma competencial de primer grado que deslinde aquí los ámbitos respectivos que corresponden al Estado y que pueden asumir ciertas Comunidades Autónomas, pues a aquél (...) la Constitución le atribuye ya la “legislación civil”, sin más posible excepción que la “conservación, modificación y desarrollo” autonómico del Derecho civil especial o foral. El sentido de esta, por así decir, segunda reserva competencial en favor del legislador estatal no es otro, pues, que el de delimitar un ámbito dentro del cual nunca podrá estimarse subsistente ni susceptible, por tanto, de conservación, modificación o desarrollo, Derecho civil especial o foral alguno, ello sin perjuicio, claro está, de lo que en el último inciso del artículo 149.1.8 se dispone en orden a la determinación de las fuentes del Derecho.*» (FJ 76, con remisión a la misma STC y FJ antes mencionados).

Asimismo reitera el TC la declaración de que la noción de «desarrollo» del Derecho civil especial o foral permite «*su crecimiento orgánico*», reconociendo así no sólo «*la historicidad y la actual vigencia sino también la vitalidad hacia el futuro*» (FJ 76, con remisión al FJ 3 de la STC 88/1993). Ello no permite «*impulsarse en cualquier dirección ni sobre cualesquiera objetos*». Pero tampoco viene determinado por las Compilaciones en su día aprobadas, permitiendo regular «*instituciones conexas*» (ibídem).

¿Resulta de lo anterior la declaración de inconstitucionalidad del artículo 129 EAC? En absoluto. Siguiendo la línea general de la sentencia, el TC lo salva por vía interpretativa: «*En definitiva, el artículo 129 EAC no se refiere, ni podría hacerlo, a la totalidad del Derecho civil español, sino sólo al Derecho civil privativo de Cataluña, respecto del que la Generalitat puede perfecta-*

mente ostentar una competencia exclusiva que tenga por objeto la conservación, modificación y desarrollo de ese Derecho, en los términos establecidos en nuestra doctrina, y en la que se comprenda la determinación de su propio sistema de fuentes. Determinación que, como función normativa, sólo puede tener el alcance que es propio de las funciones de “conservación, modificación y desarrollo” del Derecho civil existente en Cataluña al constituirse ésta en Comunidad Autónoma, que son las que constitucionalmente le reconoce y garantiza el artículo 149.1.8 CE. Sistema privativo de Derecho civil, por tanto, que el legislador del Estado debe respetar al ejercer su competencia exclusiva para la determinación de las fuentes del Derecho en su integridad y para el conjunto del Estado, esto es, articulando en un sistema general los diferentes sistemas normativos vigentes en el ámbito civil por razón de la especialidad o foralidad, “allí donde existan” (art. 149.1.8 CE)» (FJ 76 ult. pfo).

Por supuesto, la sentencia admite interpretaciones diversas. Pero parece difícil negar que desautoriza la tesis más autonomista. El «en todo caso», dice, no determina, por sí solo, las competencias respectivas de Estado y Autonomías. La de las Comunidades se configura como una excepción a la competencia exclusiva del Estado y su alcance se cifra en la «conservación, modificación y desarrollo» del Derecho civil propio. De nuevo, sin embargo, no se ponen límites al desarrollo, salvo el que resulta de las materias incluidas en el «en todo caso» y el metodológico derivado de la exigencia de «conexión». Probablemente no cabía pedirle más a esta sentencia que, a fin de cuentas, se pronuncia sobre una norma de tipo genérico. Habrá que esperar a que se produzcan –si se producen– nuevos pronunciamientos sobre leyes concretas. Por lo pronto, en lo que afecta a Cataluña, se han completado cinco de los seis libros del Código civil y se trabaja ya en el sexto.

STC 34/2010, de 19 de julio

RA: Estimado.

Ponente: Pérez Vera.

Conceptos: Medidas cautelares. Derecho a la libertad de expresión e información. Derecho a la creación artística. Derecho a la tutela judicial efectiva. Censura previa. Menores. Derechos a la intimidad y propia imagen.

Preceptos de referencia: Artículos 18.1; 20.1 a), b) y d); y 24.1 CE.

El caso tiene origen en una actuación de oficio del Ministerio Fiscal («MF») a raíz de que éste, tras ser advertido por los Servicios Sociales de la Junta de Castilla y León, tuviera conocimiento de la inminente emisión, en el programa «Sin Hogar» de *Antena 3*, de un docudrama sobre la vida y vicisitudes personales y familiares de un menor de edad. En particular, el MF interesó la adopción de medidas cautelares sin audiencia del demandado consistentes en la suspensión de la emisión de dicho programa televisivo; solicitud que fue acordada por el Juzgado de 1.^a Instancia núm. 6 de Salamanca como medida cautelar en el procedimiento de constitución de acogimiento de dicho menor. Con posterioridad, después de que se formara la correspondiente pieza separada de medidas cautelares y se emplazara a la cadena televisión y a la productora del docudrama para que formularan sus alegaciones, el Juzgado confirmó su decisión anterior y acordó la suspensión «definitiva del programa televisivo».

La Audiencia Provincial de Salamanca desestimó los recursos de apelación de las demandadas y confirmó la decisión del Juzgado. El Tribunal Constitucional, en la presente Sentencia, estima los recursos de amparo de la productora y de la cadena de televisión y anula las resoluciones del Juzgado de 1.ª Instancia y de la Audiencia Provincial [para el conocimiento de los aspectos procesales que están en el origen del caso resulta imprescindible la lectura de los Antecedentes de la Sentencia 34/2010; resulta igualmente de interés, la descripción de la actuación del MF en el caso, explicada en A. Sánchez-Tembleque, «Prohibición cautelar de programa televisivo por colisión con el derecho a la intimidad de un menor», *La Ley*, 15 de junio, de 2011, pp. 5-6 (572/2011)].

1. Delimitación del derecho fundamental invocado en el recurso de amparo: el docudrama como manifestación de los derechos a la libertad de información y de creación artística.—En atención a que, con arreglo a la doctrina constitucional, el derecho a la libertad de creación artística constituye un derecho autónomo respecto a la libertad de información, el Tribunal debe precisar si, en el caso, el docudrama litigioso y, más en particular, la decisión de la jurisdicción ordinaria de acordar la prohibición cautelar de su difusión, afecta a ambos derechos o sólo al segundo. Para el Tribunal, a pesar de que ambos derechos «*aparezcan intensamente imbricados*», en la obra consistente en el docudrama objeto del caso subyace «*básicamente (...) el ejercicio del derecho a la libertad de información garantizado en el artículo 20.1 d) CE*», y ello, porque no se trata 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*» (FJ 3). El argumento —de escasa consistencia, pues la finalidad informativa de la obra o el hecho de que ésta esté inspirada en hechos reales no excluyen su originalidad ni su idoneidad para ser expresión de la libertad de creación artística— parece explicarse más por comodidad expositiva que por una voluntad de fijar un criterio de deslinde entre los dos derechos y su proyección respecto a aquellas ficciones de carácter informativo. De hecho, el Tribunal admite sin reparos que el enjuiciamiento de la eventual lesión al derecho a la libertad de información en el caso deberá tener presente «*las especialidades derivadas del aspecto creativo de la obra audiovisual*» (*ibíd.*), lo que implica admitir, como no podría ser de otro modo, que el derecho fundamental a la libertad de creación artística desempeña un papel igualmente destacado en dicho enjuiciamiento.

2. La constitucionalidad de la adopción de medidas cautelares de interdicción de la difusión pública de obras intelectuales.—A renglón seguido, la presente Sentencia repasa la doctrina del Tribunal Constitucional acerca de la legitimidad de la adopción de medidas cautelares dirigidas a impedir la difusión de un mensaje amparado por las libertades de expresión e información. En este sentido, constituye una doctrina constitucional consolidada —según puede leerse en la interpretación realizada por la presente Sentencia— la legitimidad de la adopción de «*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*». Conviene apresurarse a advertir, pese a la literalidad de la expresión de esta doctrina, que la legitimidad de la adopción de estas medidas no se limita a asegurar la eficacia de «*derechos fundamentales*», sino que también se extiende —según

la STC 187/1999, citada en la propia Sentencia— a «*otros bienes o valores jurídicos constitucionalmente protegidos*» (*apud* FJ 4). En cualquier caso, en dicha doctrina también se contienen con claridad los límites a la legitimidad constitucional de la adopción de medidas cautelares de interdicción del ejercicio de los derechos fundamentales a las libertades de expresión e información: (i) deberá existir una «*ley habilitante*», esto es, una norma legal que autorice para la restricción judicial de dichas libertades por medio de la adopción de medidas cautelares en el marco de un procedimiento judicial; (ii) la actuación judicial no podrá ser acordada de oficio; y (iii) dichas medidas deberán ser acordadas, en su caso, en el «*curso de un proceso judicial (...)* con severa observancia tanto de las garantías formales como de las pautas propias del principio de proporcionalidad en toda aplicación de medidas restrictivas de los derechos fundamentales».

3. Aplicación al caso: la medida cautelar litigiosa estaba amparada por el artículo 9.2 LO 1/1982, pero su adopción en un procedimiento que no se halla vinculado a un procedimiento principal en el que se discuta la licitud de la difusión del docudrama litigioso resulta contraria al derecho fundamental a la libertad de información.—El Tribunal considera que la medida cautelar cuya adopción se recurre encuentra su fundamento normativo en el artículo 9.2 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil de los derechos fundamentales al honor, a la intimidad y a la propia imagen («LO 1/1982») y, por ello, la restricción al derecho a la libertad de información encuentra en dicha norma una habilitación legal que la justifica (en el caso, además, el artículo 9.2 LO 1/1982 debe ponerse en relación con el artículo 4 de la LO 1/1996, de protección jurídica del menor, en la medida en que la pretensión cautelar fue sustanciada por el MF). Ahora bien, para el Tribunal, el hecho de que «*las partes no ha(ya)n podido acceder a un juicio declarativo en el que a título principal se debatiera sobre la posibilidad de la emisión del programa cuestionado*» es determinante de la infracción del derecho fundamental a la libertad de información de las recurrentes. En efecto, debido a las particularidades procesales indicadas, la medida cautelar en cuestión fue solicitada y acordada en el marco de un procedimiento de constitución de acogimiento, esto es, en un procedimiento principal en el que no se discutió —ni podía hacerse por razones competenciales— la cuestión de fondo de la que sistemáticamente depende la medida cautelar. En definitiva, la inexistencia de un procedimiento principal en el que las partes tuvieran la oportunidad de alegar —con todas las garantías previstas para el juicio declarativo— sobre la cuestión de fondo (esto es, si la protección del derecho a la intimidad del menor prevalecía sobre el derecho a la libertad de información de las recurrentes) determina la estimación del recurso de amparo y la anulación de las resoluciones recurridas.

STC 43/2010, de 26 de julio

RA: Estimado.

Ponente: Casas Baamonde.

Conceptos: Derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión.

Extranjeros con residencia habitual fuera de España.

Precepto de referencia: Artículo 24.1 CE.

Los recurrentes habían comprado en el año 2004 una vivienda y la habían inscrito en el Registro de la Propiedad de Muros el día 18 de agosto de 2004.

Este inmueble había sido embargado en 1997 en procedimiento de ejecución instado por el Banco Español de Crédito a resultas del cual fue subastado y adjudicado en diciembre de 2002 a un tercero que lo vendió posteriormente. En dicho juicio de ejecución, uno de los demandados-deudores del Banco Español de Crédito fue notificado mediante edictos por el Juzgado de Arzúa de la postura ofrecida en la tercera subasta. El demandado así notificado interpuso recurso de amparo por defectos en los actos de comunicación procesal, que le fue otorgado por STC 40/2005, de 28 de febrero de 2005, ordenándose entonces la nulidad y retroacción de actuaciones.

El Juzgado de Arzúa, en cumplimiento de la Sentencia del Tribunal Constitucional que había otorgado el amparo al demandado-deudor del Banco Español de Crédito, procedió a notificarle a éste la postura ofrecida en la tercera subasta, pero no realizó notificación alguna a R.E.C y M.A.C. El deudor presentó un mejor postor, por lo que el Juzgado acordó abrir nueva licitación entre el mejor postor y el que había sido el primer adjudicatario de la vivienda en el año 2002. Este último expuso que el inmueble adquirido en subasta había sido objeto de una cadena de transmisiones y que R.E.C. y M.A.C constaban como titulares registrales del mismo desde el año 2004 destacando que se trata de terceros hipotecarios protegidos por la fe pública registral e instó al Juzgado a suspender la subasta, localizar a los nuevos adquirentes y darle audiencia para evitar su indefensión. El Juzgado acordó no haber lugar a lo solicitado. El día 8 de enero de 2007 se celebró la subasta, a la que compareció solamente el mejor postor al que se le adjudicó el bien.

Los recurrentes –cuya residencia habitual se encuentra en el Reino Unido– se encontraban en la vivienda cuando 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, alegando la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva que les fue denegado mediante Auto de 8 de enero de 2008 contra el que recurren en amparo.

El Tribunal Constitucional señala que (FJ3) *«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»*. En relación con el incidente de nulidad de actuaciones promovido por los recurrentes indica el Tribunal (FJ5) que *«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 actuaciones 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»*.

STC 50/2010, de 4 de octubre

RA: Estimado.

Ponente: Jiménez Sánchez.

Conceptos: Derecho fundamentales a la libertad de expresión e información. Derecho al honor. Memoria del fallecido.

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

Los hechos del conflicto constitucional enjuiciado por la presente Sentencia se remontan a junio de 1995, cuando el periodista Carlos Llamas (1954-2007), durante el transcurso del programa radiofónico «*Hora 25*» de la *Cadena Ser* y al hilo de una valoración de una opinión del también periodista Antonio Herrero Lima (1955-1998) –según la cual el asunto del espionaje del CESID resultaba más grave que el intento de golpe de Estado de 23 febrero de 1981–, recordó la trayectoria profesional e ideológica del padre de aquél, el periodista Antonio Herrero Losada (1923-1992), en los siguientes términos: «*Ha habido un lumbreras de radio, de esos que en los Estados Unidos seguramente lideraría una secta, que ha dicho que el asunto del espionaje del CESID es más grave que el intento de golpe de Estado del 23 de febrero. Ese lumbreras se llama A. H. Creo que ese señor que dice que lo de las escuchas es más grave que lo de Tejero desde luego sabe de lo que está hablando. Su padre era el responsable de la Agencia Europa Press, que difundió íntegro «El Manifiesto de los cien» apoyando aquel golpe y mantuvo conversaciones con uno de los responsables de la trama civil. ¿Se acuerdan ustedes de aquel ciudadano voluminoso, G. C.? Aparece en el sumario por aquella intentona golpista, así que tal vez esté intentando exorcizar ese pasado de su apellido y restar gravedad a aquellos hechos. Señor H., yo no sé con quién habla usted para conspirar.*»

Ante tales hechos, la viuda y los descendientes de A. Herrero Losada demandaron al periodista Carlos Llamas y a la *Cadena Ser* e interpusieron acciones de protección de la memoria de éste al amparo de la LO 1/1982. Las acciones fueron parcialmente estimadas por el Juzgado de 1.^a Instancia, que declaró la intromisión ilegítima en el derecho al honor y concedió una indemnización simbólica a los demandantes. La Audiencia Provincial y la Sala 1.^a del Tribunal confirmaron la resolución de primera instancia. El Tribunal Constitucional, en la presente Sentencia, estima el recurso de amparo de la *Cadena Ser* –los herederos de Carlos Llamas no se personaron en el recurso– y anula las tres resoluciones dictadas en la jurisdicción ordinaria.

1. Examen del mensaje difundido y delimitación del derecho fundamental invocado en el recurso de amparo: ¿libertad de expresión o libertad de información?—En atención a la distinción entre el derecho a la libertad de información y el derecho a la libertad de expresión y, en particular, a su distinto canon de enjuiciamiento, la presente Sentencia examina, de forma preliminar, el mensaje litigioso, a fin de encuadrarlo en uno u otro derecho. Y, en este sentido, el Tribunal identifica, por un lado, una primera parte del mensaje, relativa a la descripción de la trayectoria de A. Herrero Losada, esto es, «*que fue director de la agencia Europa Press en la fecha del golpe de Estado del “23-F” ; que durante ese tiempo se difundió por la citada Agencia el llamado “manifiesto de los cien”, y que el Sr. Herrero Losada entrevistó a un personaje que aparecía en el sumario abierto como consecuencia de la trama civil del citado golpe de Estado*» (FJ 6). Por otro lado, existe una segunda parte en el mensaje («*así que tal vez esté intentando exor-*

izar ese pasado de su apellido y restar gravedad a aquellos hechos») en la que, según la apreciación del Tribunal, el autor estaba expresando una opinión personal sobre A. Herrero Losada. De este modo, el enjuiciamiento de la licitud de la primera parte debe realizarse desde el derecho fundamental a la libertad de información; el de la segunda, desde el derecho fundamental a la libertad de opinión.

2. Caracterización constitucional del bien jurídico a ponderar con las libertades de información y opinión.—A pesar de que no sea objeto específico de análisis en la Sentencia, resulta igualmente de interés la delimitación del bien jurídico que, según la jurisdicción ordinaria, prevaleció respecto a los derechos fundamentales invocados por la recurrente en amparo. Y, al respecto, no deja de ser significativo que, en este punto, el Tribunal Constitucional —asumiendo acríticamente la descripción normativa de la jurisdicción ordinaria— califique dicho bien como el relativo al «honor de A. Herrero Losada» (*cf.*: FJ 6). Repárese, no obstante, en que éste había fallecido en el momento en el que se produjeron las manifestaciones pretendidamente difamatorias, por lo que, en buena dogmática, lo que estaba en juego, en todo caso, era la protección de la memoria del fallecido (en los términos de la LO 1/1982), y no la de unos derechos que se extinguieron con la muerte del titular (*arg. ex* artículo 32 CC). Y nótese que no es ésta una cuestión meramente terminológica; antes bien, se trata de una cuestión de naturaleza constitucional de primer orden, como es la de saber si la protección de la memoria del fallecido tiene el mismo régimen jurídico que el de los derechos fundamentales a al honor, a la intimidad y a la propia imagen (algo que, probablemente, no pueda ser discutido, con arreglo a la jurisprudencia constitucional, pero que requeriría, cuando menos, de algún pronunciamiento expreso por parte del Tribunal Constitucional).

3. El enjuiciamiento del mensaje desde el derecho fundamental a la libertad de información: la difusión de los datos de la trayectoria profesional del padre del periodista supera el canon de veracidad y presenta interés público por insertarse en un debate entre dos profesionales de la información.—No resulta dudoso para el Tribunal que aquella parte del mensaje que, como queda dicho, se limita a transmitir los datos de la trayectoria profesional de A. Herrero Losada son veraces, conforme al canon de veracidad de la jurisprudencia constitucional. Y ello, simplemente, porque su veracidad (en sentido estricto) no fue discutida por las partes en el procedimiento (FJ 6). Tampoco resulta discutible para el Tribunal que dicha información presentaba interés público, en la medida en que la «*actividad periodística sobre el golpe de Estado no puede calificarse de absolutamente ajena al “debate” que mantenían los dos profesionales*»; así como a que fue el propio hijo del afectado el que motivó el recuerdo de la (relativa) gravedad del «23-F» (*ibíd.*).

4. El enjuiciamiento del mensaje desde el derecho fundamental a la libertad de opinión.—El Tribunal considera que el contenido valorativo incluido en el mensaje litigioso está amparado por la libertad de opinión por las siguientes razones (*cf.*: FJ 8):

a) *La opinión fue expresada en el marco de una disputa competitiva por la audiencia entre emisoras radiofónicas y protagonizada por dos profesionales del periodismo en el ejercicio de esta profesión.*—Resulta trascendente para el Tribunal que el ejercicio de la libertad de opinión del autor del mensaje litigioso se produce dentro de un contexto determinado que no fue debidamente ponderado por la jurisdicción ordinaria. En efecto, es decisivo

para el Tribunal, a fin de justificar la constitucionalidad de la opinión expresada por el demandante, que ésta se produce en un «*contexto de libre competencia (...) en el marco de la disputa por la audiencia entre emisoras radiofónicas*». Además, el Tribunal recuerda la protección reforzada de la que goza la libertad de opinión de los periodistas en el ejercicio de su profesión.

b) *La opinión presenta relevancia pública.*- Según la Sentencia, la opinión litigiosa posee relevancia pública, en la medida en que alude a un «*asunto público*» y, por ello, «*sirve al interés general en la información*». A pesar de que el Tribunal no parece olvidar que, como ha dicho, el conflicto tiene origen en una disputa competitiva (de carácter privado), considera que ésta presenta «*evidentes conexiones políticas de fondo*».

c) *La opinión no está formada por expresiones «formalmente vejatorias o humillantes».*-El mensaje perseguido por la opinión litigiosa es claro, según el Tribunal: «*dejar entrever una presunta cercanía ideológica del Sr. Herrero Losada con los participantes en el golpe de Estado*». Pero, para expresar este mensaje, no se han utilizado expresiones «*indudablemente injuriosas*», que descarten su legitimidad constitucional, conforme a la doctrina del Tribunal.

STC 60/2010, de 7 de octubre

CI: Desestimada.

Ponente: Delgado Barrio.

Conceptos: Imposición obligatoria de la prohibición de acercarse a la víctima, familiares u otros, en los delitos de violencia de género o violencia doméstica. Principio de personalidad de las penas. Indefensión de la víctima. Proporcionalidad de las penas.

Preceptos de referencia: Artículos 1.1, 10.1, 18.1, 19.1, 24.1 y 25.1 CE, y artículo 57.2 CP.

La sentencia resuelve las dudas sobre la constitucionalidad de la norma que establece la necesaria imposición de la pena de prohibición de aproximación a la víctima, familiares u otras personas (llamada también «pena de alejamiento») en los delitos de violencia de género o de violencia doméstica. El artículo 57.2 CP establece que la comisión de estos delitos llevará aparejada «en todo caso» la imposición de la pena de prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal. Esta pena, como define el artículo 48.2 CP, «*impide al penado acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos, quedando en suspenso, respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena.*» Hasta la reforma introducida por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, esta sanción era de aplicación discrecional, dependía de un juicio de pronóstico sobre la reiteración delictiva que había de verificarse a partir de la gravedad del hecho y de la peligrosidad del autor. La modificación introducida en el Código Penal para imponerla con carácter obligatorio suscita la duda acerca de su constitucionalidad.

A esta misma cuestión se refieren las SSTC 79/2010, 80/2010, 81/2010, 82/2010, 83/2010, 84/2010, 85/2010, 86/2010, 115/2010, 116/2010, 117/2010, 118/2010 y 119/2010 todas con el mismo fallo desestimatorio.

Las alegaciones formuladas por la Audiencia Provincial de Las Palmas son agrupadas y examinadas en tres bloques. En primer lugar, se analiza la posible vulneración del principio de personalidad de las penas (art. 25.1 CE). Aduce el órgano promotor de la cuestión que la imposición del alejamiento en contra de la voluntad de la víctima supondría la aplicación de una pena a quien no ha cometido ilícito penal alguno, dada la bilateralidad de la sanción. El TC recuerda que el principio de personalidad de las penas, que forma parte del de legalidad penal, e implica que sólo se puede responder personalmente por los actos propios y no por los ajenos, sólo es aplicable a aquellas medidas que sean auténtica manifestación del ejercicio del *ius puniendi* del Estado. Ello permite distinguir entre efectos propios (directos e inmediatos) de la pena y efectos indirectos o mediatos; en este sentido, aunque indudablemente la víctima se ve afectada por la imposición de la pena, ésta se impone al autor del hecho punible, no a la víctima.

En segundo lugar, se plantea la posible indefensión de la víctima (art. 24 CE). Se cuestiona que la medida se impondría sin oír a la víctima, sin haber participado en el proceso, o incluso aunque no haya intervenido. El TC considera que no se vulnera ningún derecho de la víctima, ya que puede intervenir en el proceso y formular actos de alegación y de defensa de sus pretensiones, más incluso que en otros ordenamientos jurídicos, pues en el sistema procesal penal español no existe un monopolio estatal del ejercicio de la acción penal y la víctima puede constituirse en parte del proceso. El TC concluye diciendo que no se puede equiparar «*el derecho de la víctima a no padecer indefensión con un supuesto derecho a que la Ley acoja su criterio respecto del modo en que el Estado debe ejercer su poder punitivo*» [FJ 5.º].

Pero el núcleo central de este asunto gira en torno a la posible vulneración del principio de proporcionalidad de las penas (art 25.1 CE en relación con el artículo 9.3 CE). Las normas que establecen medidas que restringen principios o derechos fundamentales deben pasar por el tamiz corrector del principio de proporcionalidad, pues como ha dicho el TC, «*la desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo puede dar lugar a un enjuiciamiento desde la perspectiva constitucional cuando esa falta de proporción implica un sacrificio excesivo e innecesario de los derechos que la Constitución garantiza*» (FJ 7.º, con referencia a otras STC anteriores). En el caso de la norma analizada, los principios restringidos son la libertad de residencia y circulación (art. 19 CE) y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), pero no el derecho a la intimidad familiar (art. 18.1 CE).

La constatación de que existe una afectación de ciertos principios o derechos fundamentales no lleva aparejada sin más la inconstitucionalidad de la norma penal impugnada, sino que procede hacer un control de proporcionalidad, para verificar que se cumplen tres requisitos esenciales: la medida impuesta debe ser idónea o adecuada para conseguir los fines; debe ser necesaria, y debe ser proporcionada.

En cuanto al primer requisito o presupuesto del canon de control, el TC analiza, con carácter previo, cuál es el fin perseguido por el legislador mediante la norma cuestionada y si esos fines son constitucionalmente legítimos. El TC declara que «*la finalidad inmediata perseguida por el legislador mediante el artículo 57.2 CP es, por tanto, la de proteger los bienes jurídico-*

constitucionales tutelados por los tipos penales a los que se refiere el artículo 57.1 CP (vida, integridad física, libertad, patrimonio, etc.) mediante la evitación de futuros ataques que no se individualizan ni sólo ni principalmente por el hecho de ser violentos (...) sino sobre todo por materializarse en el seno de las relaciones afectivas, de convivencia, familiares o cuasifamiliares definidas en el propio artículo 57.2 CP.» Esa finalidad directa o inmediata existe junto a «otras finalidades secundarias como la creación de un espacio de confianza capaz de generar libertad en el disfrute de las posiciones en las que se concretan esos bienes jurídicos, así como la de eliminar la venganza privada y, con ello, evitar futuras lesiones de esos u otros bienes jurídicos» [FJ 10.º]. Y esos fines son legítimos en cuanto capaces de justificar la restricción de los derechos afectados. Por tanto, la norma cuestionada sirve a la protección de fines constitucionalmente legítimos; otro problema distinto es el de la intensidad y los términos en los que se producen aquellos efectos.

El segundo elemento integrante del canon de control expuesto consiste en la necesidad de la medida cuestionada. El TC considera que la amenaza de imposición de la pena de alejamiento puede contribuir a influir en el comportamiento de sus destinatarios disuadiéndoles de realizar en el futuro las conductas desvaloradas por el legislador mediante los correspondientes tipos penales, y es una medida eficaz en su función preventiva de futuras lesiones, tanto general como especial. Seguidamente debe plantearse el tribunal si existen otras medidas alternativas menos restrictivas de derechos, cuestión que resuelve afirmativamente, pues no se puede dudar de que la alternativa propuesta (imposición facultativa de la pena de alejamiento) es menos coactiva que la opción acogida por el legislador (imposición obligatoria), pero «*ello no es suficiente para concluir la inconstitucionalidad de la medida, puesto que, junto a la intensidad de la restricción, el control de necesidad requiere interrogarse, en segundo lugar, acerca del grado de eficacia de la medida alternativa en punto a la satisfacción del fin perseguido por la disposición impugnada, que debe ser al menos semejante al que se deriva de esta última. Sólo en tal caso la adopción de la medida menos restrictiva vendría constitucionalmente exigida*» [FJ 15.º]. Y a este interrogante el TC contesta negativamente, reiterando lo dicho ya en otras ocasiones, que el control constitucional sobre «*la existencia o no de medidas alternativas menos gravosas pero de la misma eficacia (...) tiene un alcance y una intensidad muy limitadas, so pena de arrogarse un papel de legislador imaginario que no le corresponde y de verse abocado a realizar las correspondientes consideraciones políticas, económicas y de oportunidad que le son institucionalmente ajenas y para las que no está constitucionalmente concebido.*» [FJ 14.º]. La innecesariedad de una medida sólo existe cuando «*las medidas alternativas sean palmariamente de menor intensidad coactiva y de una funcionalidad manifiestamente similar a la que se critique por desproporcionada*» [FJ 14.º].

El tercer elemento es la desproporción, el desequilibrio, que ha de ser manifiesto o evidente, un «*patente derroche inútil de coacción*», como lo definía la STC 136/1999. Supone valorar el alcance de la restricción de principios y derechos constitucionales afectados por la norma penal, por un lado, y el grado de satisfacción de los fines perseguidos con ella por el legislador, por otro. A pesar de reconocer el TC que se trata de una norma controvertida y que se contempla en relación con un conjunto numeroso y heterogéneo de tipos penales, no resulta un desequilibrio porque el órgano judicial aún dispone de un amplio margen de arbitrio respecto a la fijación de la duración de la pena. El TC considera que el régimen de sanciones establecido en el

artículo 57.2 CP es «*lo suficientemente flexible como para que el juez o tribunal pueda graduar la intensidad de la respuesta sancionadora a la luz de las circunstancias del caso. (...) Podría aquí decirse que, mientras que la norma penal permite al órgano judicial realizar una ponderación en el caso concreto respecto del quantum de la pena, la ponderación entre los principios constitucionales afectados en lo que respecta a (...) la sanción habría sido ya realizada por el legislador penal.*» [FJ 18.º]. Concluye la sentencia desestimando la cuestión planteada pues, aunque el precepto cuestionado «*puede dar lugar a un reproche al legislador desde el punto de vista de la legitimidad externa u oportunidad de la medida adoptada, para que esa desproporción adviniera relevancia constitucional ha de tratarse de un exceso verdaderamente patente y manifiesto*» [FJ 22.º], cosa que no ocurre.

STC 61/2010, de 18 de octubre

RA: Estimado.

Ponente: Jiménez Sánchez.

Conceptos: Derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión.

Sucesiones. Repudiación de herencia por no aceptación. Cataluña.

Preceptos de referencia: Artículo 24.1 CE.

Doña Ana Isabel Querol Simón interpone recurso de amparo contra el Auto de 13 de febrero de 2003, dictado por el titular del Juzgado de Primera Instancia núm. 53 de Madrid en autos de jurisdicción voluntaria sobre aceptación de herencia y contra el Auto de 9 de mayo de 2005, por el que se desestimó el incidente de nulidad interpuesto frente a aquél por haber sido objeto de emplazamiento edictal.

Dichos Autos traen causa en el expediente de jurisdicción voluntaria que los hermanos de Ana Isabel promovieron a fin de requerirla a aceptar o repudiar la herencia de su madre. La recurrente fue emplazada varias veces en su domicilio de Madrid sin que se obtuviera ningún resultado. Los vecinos indicaron que la recurrente residía en Almería y que sólo acudía a su domicilio de Madrid en navidades y en verano. A solicitud de los hermanos, el Juzgado requirió a la Dirección General de la Policía y al Servicio de Averiguación Patrimonial información sobre el domicilio de Ana Isabel. Éstos no pudieron obtener ningún dato sobre una persona con el nombre que les fue facilitado. Finalmente, los hermanos interesaron que el Juzgado practicara la citación de su hermana por edictos, que se fijaron dos veces en el tablón de anuncios del Juzgado y en la puerta del domicilio de Madrid de la recurrente. Una vez transcurrido el plazo para la aceptación o repudiación de herencia y puesto que Ana Isabel no compareció ante el Juzgado, el Juez dictó Auto en el cual, por aplicación del artículo 28 del entonces vigente Código de Sucesiones de Cataluña, se tuvo por repudiada la herencia de la madre por parte de Ana Isabel.

Posteriormente, Ana Isabel se personó ante el Juzgado y solicitó la nulidad de las actuaciones por haberse procedido a una incorrecta indagación de su domicilio debido a una ocultación maliciosa por parte de sus hermanos de los siguientes datos: su nombre verdadero (los hermanos facilitaron el nombre Anabel siendo en realidad Ana Isabel, cosa que al menos uno de ellos conocía por haber intervenido en el expediente de cambio de nombre en el Registro civil), su número de teléfono móvil y su número de DNI (que sus

hermanos conocían por haber hecho uso del mismo al inscribir los bienes de la herencia en el Registro de la Propiedad). El Juzgado desestimó por Auto el incidente de nulidad.

El Tribunal Constitucional admite el recurso de amparo promovido por Ana Isabel por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión. Considera el Tribunal que (FJ 2) *«recae sobre el órgano judicial no sólo el deber de velar por la correcta ejecución de los actos de comunicación, sino también el de asegurarse que dichos actos sirven a su propósito de garantizar que la parte sea oída en el proceso. Ello comporta, en lo posible –ya desde la STC 9/1981, de 31 de marzo (RTC 1981, 9)–, la exigencia del emplazamiento personal de los afectados y, con otra perspectiva, la limitación del empleo de la notificación edictal a aquellos supuestos en los que no conste el domicilio de quien haya de ser emplazado o bien se ignore su paradero»*. En palabras de la STC 231/2007, de 5 de noviembre (RTC 2007, 231), F. 2: *«La validez constitucional de esta forma de emplazamiento exige que se hayan agotado previamente por el órgano judicial las modalidades aptas para asegurar en el mayor grado posible la recepción de la notificación por el destinatario de la misma, a cuyo fin aquél ha de extremar las gestiones en la averiguación del paradero de sus destinatarios por los medios normales a su alcance, de manera que el acuerdo o resolución judicial que lleve a tener a la parte en un proceso como persona en ignorado paradero debe fundarse en criterios de razonabilidad que conduzcan a la certeza, o cuando menos a una convicción razonable, de la inutilidad de los medios normales de citación»*.

Considera la sentencia (FJ3) que, en este caso, el órgano judicial efectuó las diligencias de investigación de modo incorrecto, porque nunca facilitó a los Registros a los que acudió, ni a las Fuerzas de Seguridad, los suficientes datos de identificación de Ana Isabel Querol Simón, limitándose a hacerles llegar su nombre y apellidos. Se constata, además, que algunos de los datos de identificación obraban en la causa (los nombres del padre y de la madre) y otros (el número del DNI, de manifiesta utilidad para el Servicio de Averiguación Patrimonial, o el lugar de nacimiento) podían haber sido hallados por medios normales al alcance del Juzgado, como requerirlos de los hermanos promotores del expediente (el lugar de nacimiento) o de la Policía (en concreto, el número de DNI, a la vista de los ya mencionados datos conocidos de la requerida).

Indica la sentencia (FJ3) que *«esta irregular ejecución por el órgano judicial de las gestiones para la averiguación del paradero de la requerida, sin facilitar todos los datos referidos a ella que constaban en las actuaciones a quienes podían informar de otros domicilios, ni procurar la identificación de éstos a través de aquellos otros cauces, sin necesidad de efectuar una desmedida labor investigadora, hace que deban reputarse inútiles al fin perseguido y que no permitan sustentar de modo consistente el desconocimiento del domicilio o paradero de la recurrente ni, en definitiva, puedan llevar a una razonable convicción sobre la inutilidad de otros medios de comunicación distintos a la notificación edictal, no pudiendo por consiguiente estimarse justificado constitucionalmente el recurso a ésta»*.

En consecuencia, procede el Tribunal Constitucional a otorgar el amparo solicitado y declarar la nulidad de los Autos de 13 de febrero de 2003 y de 9 de mayo de 2005.

STC 114/2010, de 29 de noviembre

CI: Desestimada.

Ponente: Elisa Pérez Vera.

Conceptos: Adopción y otras formas de protección de menores.

Consentimiento y asentimiento. Posible inconstitucionalidad del artículo 1827 de la LEC de 1881 en la redacción dada por la Ley 21/1987, de 12 de noviembre, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

Preceptos de referencia: Artículo 1827 LEC 1881. Artículo 122 CC. Artículos 24 y 163 CE y 35.1 LOTC.

El origen de la cuestión está en una demanda en solicitud de adopción de la hija de la esposa. En ese momento la adoptanda era ya mayor de edad. El adoptante y la adoptanda prestaron consentimiento. Por su parte, la madre biológica dio su asentimiento. El padre biológico, en cambio, no lo hizo.

El Auto del Juzgado de Primera Instancia desestimó la petición y declaró no haber lugar a la adopción ya que, además del requisito del consentimiento del adoptante y de la adoptada, si tiene doce años o más, el artículo 122 CC señala que deberán prestar su asentimiento a la adopción, si no están imposibilitados para hacerlo, el padre y la madre del adoptado o adoptada salvo que estén privados legalmente de la potestad o estén sometidos a una causa de privación de ésta.

El adoptante interpuso recurso de apelación y la Audiencia Provincial de Lleida se planteó el dilema de si, ante la oposición del padre de la adoptanda, el Juzgado de Primera Instancia debía haber acordado la transformación en contencioso del expediente, para permitir la posibilidad de una efectiva oposición en Derecho y la proposición y práctica de prueba por parte del padre natural, en cuyo caso debería decretarse la nulidad de actuaciones desde el momento en que se efectuó dicha oposición, a fin de que dicho expediente se tramitara por vía contenciosa.

En primer lugar el TC se plantea si el hecho de que el precepto discutido haya sido derogado por la LEC 1/2000, de 7 de enero (disposición derogatoria única), provoca o no que la cuestión de inconstitucionalidad pierda su objeto. Pues bien *«esa derogación no determina la pérdida sobrevinida de objeto de la cuestión de inconstitucionalidad, porque, como es reiterada doctrina de este Tribunal Constitucional, en las cuestiones de inconstitucionalidad, la derogación, modificación o sustitución de la norma cuya constitucionalidad se pone en duda no priva de sentido al proceso constitucional, ni impide, por sí sola, el juicio de constitucionalidad sobre la misma, toda vez que la posible aplicación de la norma derogada, modificada o sustituida en el proceso a quo puede hacer necesario el pronunciamiento de este Tribunal. De modo que, a diferencia de lo que, por regla general, acontece en los recursos de inconstitucionalidad, en las cuestiones de inconstitucionalidad los efectos extintivos sobre el objeto del proceso como consecuencia de la derogación, modificación o sustitución de la norma cuestionada vienen determinados por el hecho de que, tras esas operaciones, resulte o no aplicable al proceso a quo y de que de su validez dependa la decisión a adoptar en el mismo (por todas, STC 253/2004, de 22 de diciembre, F. 4)»*. (FJ2)

En segundo lugar el TC se plantea si la cuestión supera o no el juicio de relevancia que limita el alcance de la cuestión de inconstitucionalidad a las normas con rango de Ley aplicables al caso y de cuya validez dependa el fallo. De acuerdo con la doctrina del TC es al órgano judicial que plantea la cuestión a quien corresponde efectuar el llamado juicio de relevancia. En

coherencia con ello, el TC queda facultado para inadmitir la cuestión de inconstitucionalidad cuando, tras efectuar el examen de la relevancia de la norma legal cuestionada para la resolución del proceso pendiente, «*de manera notoria, sin necesidad de examinar el fondo debatido y en aplicación de los principios jurídicos básicos se desprenda que dicho nexos causal no existe*» (SSTC 83/1984, de 24 de julio; 4/1988, de 21 de enero; 189/1991, de 3 de octubre; y 90/1994, de 17 de marzo, entre otras)» (FJ 3).

El Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, se centra en la siguiente argumentación: la declaración de inconstitucionalidad del artículo 1827 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 supondría que la «*tutela judicial efectiva se desarrollara plenamente al aplicarse la norma general del artículo 1817 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y haberse, por tanto, debido tramitar como contencioso el expediente una vez opuesto a la adopción el padre natural. Dicho punto esencial impide a la Sala dictar resolución definitiva, ya que de apreciarse la inconstitucionalidad, debería declararse la nulidad del auto dictado por el Juzgado por las razones antedichas, y de no apreciarse la misma entonces sí, resolver la Sala sobre el recurso interpuesto dando o no, en definitiva, lugar a la adopción de una mayor de edad pretendida*».

A juicio del TC se ha formulado incorrectamente el juicio de relevancia ya que : «*Falla así el punto de partida del razonamiento del órgano promotor (...), al margen de las circunstancias del caso, el artículo 1827 LECiv de 1881 es una norma procesal que se encuentra al servicio de la norma sustantiva que disciplina la intervención de los progenitores en la adopción de sus hijos mayores de edad, y que sitúa esa intervención en la simple audiencia [artículo 123 a) del Código de familia de Cataluña y artículo 177.3.1 en relación con el artículo 177.2 CC], de suerte que una eventual declaración de inconstitucionalidad de aquél no tendría el efecto pretendido por el Auto de planteamiento, que lo que cuestiona es el alcance de la intervención del progenitor de un mayor de edad en su adopción, ya que la regulación sustantiva permanecería plenamente vigente (...). Al no quedar justificada la relevancia de la norma cuestionada en los términos requeridos por la LOTC y por nuestra doctrina, (la cuestión) debe ser inadmitida*» (FJ. 4).

STC 123/2010, de 29 de noviembre

RA: Estimado.

Ponente: Jiménez Sánchez.

Conceptos: Intervención de terceros en el proceso y derecho a la tutela judicial. Interés legítimo. Gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual. SGAE. Compensación por copia privada.

Preceptos de referencia: Artículo 24.1 CE. Artículo 13 LEC. Artículo 25 TRLPI.

El caso es sustancialmente semejante al que dio lugar a la STC 196/2009, de la que ya se dio cuenta en la reseña correspondiente. La nueva resolución, no obstante, incluye algunas precisiones de interés.

El origen del conflicto está en un juicio verbal en el que el comprador de una caja de 10 CD-R reclamaba la devolución de la compensación por copia privada, repercutida en el precio. En total, 1,72 €. La demanda se interpuso contra la empresa vendedora y concluyó con sentencia estimatoria que, al no ser recurrida, devino firme. SGAE y EGEDA, dos entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual, tras tener conocimiento de ella por los

medios de la comunicación, presentaron sendos escritos personándose y pidiendo que se les notificara, para ejercitar los derechos y acciones que pudieran corresponderles. El juzgado rechazó la petición. Las entidades pidieron entonces la nulidad de actuaciones al entender que, siendo la compensación por copia privada un derecho de gestión colectiva obligatoria, ostentaban un interés legítimo para intervenir en el procedimiento. El incidente, sin embargo, no se admitió a trámite porque los solicitantes no tenían la condición de parte ni de tercero interviniente (art. 13 LEC).

SGAE recurrió en amparo, alegando vulneración del derecho a la tutela judicial (art. 24.1 CE): *«El órgano judicial ha incurrido en una omisión de emplazamiento en infracción del artículo 25.7 LPI, puesto que no llamó “a ninguna” de las entidades de gestión, entre las que se encuentra ella, a fin de permitirles actuar en defensa de sus derechos e intereses legítimos, siendo así que, como consecuencia de la Sentencia estimatoria de la demanda interpuesta, el establecimiento condenado podría oponer tal resolución firme para exonerarse de la responsabilidad solidaria que le incumbe con base en el precepto antes citado»* (Antecedente 3).

Como cabe suponer, el TC se remite y aplica la doctrina de la STC 196/2009. El TC insiste en *«la trascendental importancia de que los órganos judiciales velen por la correcta constitución de la relación jurídico procesal mediante el emplazamiento de quienes pueden actuar en la causa, cualquiera que sea su posición procesal, interpretando las normas que regulan los diversos títulos de legitimación de manera motivada, razonable y en sentido no restrictivo, con observancia así del principio pro actione»* (FJ 3). En el caso planteado, observa el TC, *«la respuesta del órgano judicial en congruencia con lo alegado y pedido ha conllevado el pronunciarse sobre diversos aspectos de la validez del canon puesto en entredicho»* (FJ 3). La demanda en la que se pedía la devolución de la compensación *«conllevaba abrir un debate procesal en el que los derechos e intereses de la SGAE, como entidad de gestión de los derechos de propiedad intelectual, autorizada ante la Administración desde 1988 y cuyos estatutos prevén expresamente su intervención judicial para la defensa entre otros del derecho de los autores a la remuneración por copia privada del artículo 25 LPI (según acreditó en el proceso judicial, cuando interpuso el incidente de nulidad de actuaciones), podían verse afectados. Por ello, no puede negarse a la recurrente prima facie un evidente interés legítimo en el objeto discutido»* (FJ 3).

Como en el caso anterior, el TC anula no ya la resolución sobre el incidente de nulidad de actuaciones sino la propia sentencia del juzgado, retrotrayendo los autos al trámite de admisión de la demanda. *«Y ello porque, más allá de la reclamación al vendedor de la cuantía del canon correspondiente a una concreta operación de compraventa, se cuestionaba en el mismo el contenido y alcance de la remuneración compensatoria o canon por copia privada previsto en el artículo 25 LPI, así como el papel atribuido por la ley a las sociedades de gestión de los derechos contra [sic] la propiedad intelectual, solicitando incluso el demandante el planteamiento por el órgano judicial de una cuestión de inconstitucionalidad en relación con el artículo 25 LPI, entre otras razones, por la inconstitucionalidad de los sujetos gestores del derecho: las entidades de gestión, “como las únicas encargadas de la exigencia, recaudación, control y gestión del canon”»* (STC 196/2009, de 28 de septiembre, FJ 3)» (FJ 3).

Hasta aquí, el TC se limita a aplicar la doctrina de la anterior STC 196/2009. Sin perjuicio de ello, añade dos precisiones. La primera, a

propósito de algunas dudas suscitadas por el Ministerio Fiscal acerca de las consecuencias de aquella sentencia. La segunda, para incorporar una referencia al conocido *Caso Padawan* resuelto por el TJUE y, en definitiva, por la AP de Barcelona que había planteado la petición de decisión prejudicial.

La STC 196/2009, en la que se estimó la primera demanda de amparo de SGAE en un similar caso previo, suscitaba a juicio del Ministerio Fiscal (y no solo de él) no pocos interrogantes; en particular por el hecho de que la gestión de la compensación por copia privada no sólo compete a SGAE pues en ella confluyen todas las sociedades de gestión autorizadas. Las preguntas que se hacía el Ministerio fiscal en el trámite de alegaciones eran las siguientes: «¿El emplazamiento debe hacerse exclusivamente a la SGAE o debe extenderse a otras sociedades de gestión?; ¿qué sucedería si otra sociedad de gestión, distinta de la recurrente, que no intervino inicialmente pretende personarse una vez finalizado el proceso por sentencia firme?; ¿su no intervención inicial afectaría, también, a la validez de la constitución de la relación jurídico-procesal?; ¿cuál serían entonces los efectos constitucionales y procesales que derivarían de su no intervención?» (Antecedente 7).

La respuesta es simple: los efectos vinculantes de la sentencia se limitan a SGAE, pero el juzgado hará bien en notificar la demanda a todas las entidades de gestión si no quiere que la situación pueda repetirse. Dice el TC: «*Resulta evidente que los efectos vinculantes de esta Sentencia sólo pueden predicarse a favor de quien ha sido la parte promotora del presente recurso de amparo, no de otras personas aludidas en escritos de alegaciones de las partes (por todas, STC 5/2009, de 12 de enero, FJ 3, y las que en ella se citan); por tanto en este caso únicamente la SGAE, quedando obligado el órgano judicial competente a dictar respecto de ella una nueva respuesta jurisdiccional que resulte respetuosa del derecho fundamental vulnerado*» (FJ 4). Pero, de inmediato, añade: «*Sin perjuicio de que resulte un dato objetivo acreditado en autos el que la recurrente no es la única entidad gestora del canon de reproducción por copia privada que actúa en España, esta Sentencia no puede formular pronunciamiento sobre la legitimación procesal de otras entidades. En todo caso son los órganos judiciales los que han de solicitar a la Administración competente la relación de las entidades gestoras del derecho de propiedad intelectual que resulte objeto de controversia a fin de evitar situaciones de indefensión o de diferencia de trato procesal entre ellas*» (FJ 4). Huelga decir que esta doctrina, que mantiene y ahonda la sentada en la anterior STC 196/2009, puede tener consecuencias prácticas importantes en otros pleitos relacionados con la gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual. ¿Deberán los jueces, a partir de ahora, examinar de oficio las demandas sobre propiedad intelectual a fin de establecer si afectan a intereses legítimos de las entidades de gestión –todas o algunas– y darles traslado por si estiman oportuno personarse?

El TC concreta el alcance de su decisión anulando la sentencia y retrotrayendo los autos a fin de que el órgano judicial provea el trámite de admisión de la demanda «*dando ocasión a la recurrente*» (y cabe pensar que a cualquier otra entidad de gestión) «*para que mediante su personación en el proceso pueda defender sus intereses*». El TC se abstiene de hacer consideraciones sobre el fondo, aunque no deja de indicar al juez, de forma bastante innecesaria, que deberá resolver el litigio «*con base en las normas del ordenamiento interno, incluyendo el Derecho comunitario aplicable [últimamente, a este respecto, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Tercera, de 21 de octubre de 2010, asunto C-467/08 (Caso SGAE/Padawan)]*» (FJ 4).

STC 124/2010, de 29 de noviembre

RA: Estimado parcialmente.

Ponente: Rodríguez Arribas.

Conceptos: Internamiento como medida de seguridad. Duración.

Revisión de la medida. Derecho a la libertad. Legalidad penal.

Garantía del sometimiento del Juez a la ley penal sin incurrir en arbitrariedad o discrecionalidad.

Preceptos de referencia: Artículos 17, 24 y 25 CE. Artículos 20.1 y 101 CP.

Los hechos sucintamente expuestos son los siguientes. El demandante fue condenado como autor de un delito de asesinato en grado de tentativa, en concurso con un delito de incendio, con la concurrencia de la eximente incompleta de esquizofrenia paranoide y la agravante de parentesco, a la pena única de siete años de prisión e internamiento en centro psiquiátrico penitenciario por igual tiempo. Su recurso de casación fue estimado por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que apreció en el recurrente la eximente completa por incapacidad de culpabilidad del artículo 20.1 CP, absolviéndole libremente de los delitos de los que había sido acusado, con aplicación de la medida de seguridad prevista en el artículo 101 CP por tiempo de veinte años, sin que pudiera ser revisada hasta transcurridos ocho años de internamiento.

La demanda de amparo, invocando los artículos 17, 24 y 25 CE, denuncia la vulneración del derecho del recurrente a la libertad, a la tutela judicial efectiva sin indefensión y a un proceso con todas las garantías, al incurrir la Sentencia recurrida en reforma peyorativa e infringir los principios de legalidad penal y de orientación de las medidas de seguridad hacia la reeducación y reinserción social. Si bien el establecimiento de la medida de seguridad prevista en el artículo 101 CP por la Sentencia recurrida es plenamente legítimo, no lo es –a juicio del recurrente– la especificación de que «*dicha medida no podrá ser revisada hasta transcurridos ocho años de internamiento*», ya que supone una agravación de la medida de seguridad impuesta por la Audiencia Provincial no solicitada por ninguna de las acusaciones y, al no permitir la revisión de la medida, se dificulta la reinserción social del demandante.

En relación a la queja de reforma peyorativa el TC recuerda que la doctrina sobre la interdicción de la *reformatio in peius* (entre otras STC 28/2003, de 10 de febrero), reconoce la relevancia constitucional de la reforma peyorativa determinante de una situación de indefensión, cuando el recurrente, en virtud de su propio recurso, ve empeorada o agravada la situación creada o declarada en la resolución impugnada, produciéndose un efecto contrario al perseguido. Sin embargo, dice el TC: «*Esta doctrina no resulta de aplicación al presente supuesto ya que la Sentencia del Tribunal Supremo estimó el recurso de casación interpuesto por el demandante, único recurrente, absolviéndole de los delitos por los que había sido condenado en la instancia al ser declarado exento de responsabilidad criminal con arreglo al artículo 20.1 CP, dejando sin efecto el pronunciamiento recurrido, todo lo cual evidencia que la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo no agravó la situación penal del demandante al excluir la pena privativa de libertad que le fue impuesta como reacción a la culpabilidad apreciada en el pronunciamiento condenatorio de instancia. Así la medida de internamiento finalmente establecida como de seguridad y no como pena, fue una consecuencia jurídica del pronunciamiento absolutorio del delito (...), aplicación que lleva implícita la previsión contenida sobre límite de duración del internamiento que “no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de*

libertad, si hubiera sido declarado responsable el sujeto, y a tal efecto el Juez o Tribunal fijará en la Sentencia ese límite máximo.” (FJ 3)

Ahora bien, en cuanto al internamiento, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la STC 112/1988, de 8 de junio, han venido a señalar que deben darse las siguientes condiciones y presupuestos: Existencia de una perturbación mental real; que ésta revista un carácter o amplitud que legitime la medida; y constatación de la persistencia de la perturbación. Ello implica que no puede prolongarse válidamente el internamiento cuando no subsista el trastorno mental que dio origen al mismo [ver sentencias de 24 de octubre de 1979 (TEDH 1979, 4), 5 de noviembre de 1981 (TEDH 1981, 5, caso X contra Reino Unido) y 23 de febrero de 1984 (TEDH 1984, 4, caso Luberti contra Italia)]. Por tanto, resulta obligado su cese cuando conste la curación o la desaparición del estado de peligrosidad que motivó el mismo, correspondiendo al Tribunal penal realizar los pertinentes controles sucesivos a tal fin.

En relación a la prohibición establecida por la Sentencia, según la cual la medida de seguridad impuesta al demandante –internamiento– no podrá ser revisada hasta transcurridos ocho años, el TC señala que: *«Lo expuesto conecta la vulneración denunciada del derecho a la libertad con la infracción de precepto penal (...) que tiene su encaje en el artículo 25.1 CE, al regular la forma de cumplimiento de la medida de seguridad impuesta, que se integra, en el desarrollo legislativo dado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, dentro de las privativas de libertad del artículo 96.2 CP, privación de libertad que aparece definida en cuanto a su alcance, forma y límites en los preceptos penales que dan desarrollo a la regulación de dichas medidas como garantía del derecho a la libertad reconocido en abstracto por la Constitución»*. Y prosigue: *«El precepto citado por la Sentencia recurrida (...) establece con carácter obligatorio una revisión periódica anual, circunstancia por la que el pronunciamiento combatido vulnera el principio de legalidad penal, artículo 25.1 CE, en su vertiente de garantizar el estricto sometimiento del Juez a la Ley penal, vedando todo margen de arbitrio o de discrecionalidad en su aplicación, STC 133/1987, de 21 de julio, al merecer tal consideración la prohibición de la revisión de la medida hasta transcurridos ocho años de internamiento, por ser contraria a la previsión sustantiva de revisión anual contenida en el artículo 97 CP.»* (FJ 6)

STC 131/2010, y 132/2010, ambas de 2 de diciembre

CI: Estimada.

Ponente: Aragón Reyes (131/2010) y Gay Montalvo (132/2010).

Conceptos: Internamiento en centro psiquiátrico. Libertad. Necesidad de regulación por Ley orgánica.

Preceptos de referencia: Artículos 17.1 y 81.1 CE. Artículo 211 CC y Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor (disposición final 12.^a y 23.^a). Artículo 763.1 (párr. 1 y 2) LEC.

Toda medida de internamiento, sea en un centro penitenciario, sea en un centro psiquiátrico, es una medida de privación de libertad que afecta al núcleo fundamental de ese derecho, reconocido en el artículo 17 CE y, por el juego del artículo 81.1 CE, sólo puede ser objeto de regulación por Ley orgánica. Con este entendimiento, el Juzgado de primera instancia de A Coruña

plantea una cuestión de inconstitucionalidad en relación con el artículo 211.1 CC, que establece uno de los supuestos en que cabe privar a una persona de su libertad y que debería haber sido aprobado por Ley orgánica. La regulación del artículo 211.1 CC fue modificada por la disposición final 12.^a de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (LOPJM, en lo sucesivo), y por tanto, inserta en una Ley Orgánica, pero la misma Ley Orgánica, en su disposición final 23.^a, declara el carácter de ley ordinaria de la disposición final 12.^a. El mismo juzgado plantea después una cuestión de inconstitucionalidad respecto al artículo 763.1 LEC, que deroga el artículo 211 CC. Dada la similitud de argumentos planteados, examinaremos primero la STC 131/2010, a los que la STC 132/2010 se remite en lo fundamental, con algún matiz que será recogido al final.

Una cuestión previa a resolver por el TC, en la STC 131/2010, era si se había producido la desaparición sobrevenida del objeto de este procedimiento por derogación de la norma legal impugnada. Como es sabido, la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, deroga el artículo 211 CC, cuyo contenido se reproduce sustancialmente en el artículo 763 LEC. El TC distingue, a estos efectos, entre los recursos de inconstitucionalidad y las cuestiones de inconstitucionalidad, pues si bien es cierto que en aquellos la derogación de la norma impugnada supone la pérdida del objeto del proceso como regla general, no ocurre lo mismo en éstos. En las cuestiones de inconstitucionalidad, *«los efectos extintivos (...) de la derogación o modificación de la norma cuestionada vienen determinados por el hecho de que, tras esa derogación o modificación, resulte o no aplicable en el proceso a quo y de su validez dependa la decisión a adoptar en el mismo»* (FJ 2.^o).

Entrando en el fondo del asunto, el TC considera que dentro de los casos del artículo 17.1 CE ha de entenderse incluido también el del internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico, como hace el artículo 5.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y que *«es obvio que la decisión de internamiento sólo puede ser acordada judicialmente y que, en lo que aquí importa, el precepto que la hace posible sólo puede ser una Ley orgánica, pues, dada su condición de norma que fija uno de los casos en que una persona puede ser privada de libertad, concurre al desarrollo del derecho fundamental garantizado en el artículo 17.1 CE»* (FJ 4.^o). Por tanto, el artículo 211.1 CC es declarado inconstitucional por regular materia reservada a Ley orgánica. Cabe recordar que el segundo párrafo del artículo 211 CC había sido declarado constitucional por la STC 129/1999, de 1 de julio, porque las reglas procedimentales no contienen una regulación directa del derecho a la libertad personal. En este sentido, el TC adopta un criterio estricto para determinar el alcance de la reserva de Ley orgánica, que afecta la regulación del contenido esencial de un derecho fundamental, y que no alcanza el artículo 211.2 CC, máxime cuando el procedimiento de autorización del internamiento garantiza la posibilidad de defensa y oposición.

El fallo de la STC 131/2010 declara inconstitucional tanto la disposición final 23.^a de la LOPJM por declarar el carácter de ordinario de una materia reservada a ley orgánica, como el artículo 211.1 CC en la redacción dada por la disposición final 12.^a de la LOPJM, por regular materia reservada a Ley orgánica. Este precepto es inconstitucional, pero no nulo. El TC recuerda que no siempre es necesaria la vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad (SSTC 273/2005, 236/2007 y 120/2010, entre otras). Para evitar que se produzca un vacío en el ordenamiento jurídico, y dado que no se ha cuestionado su contenido material, el precepto declarado inconstitucional despliega todos

sus efectos hasta su derogación por la Ley 1/2000, es decir, hasta el 8 de enero de 2001.

Y como al artículo 763 LEC, por ser Ley ordinaria, se le pueden hacer los mismos reproches de inconstitucionalidad que al artículo 211 CC, el Juzgado de Primera Instancia de A Coruña interpuso cuestión de inconstitucionalidad contra dicho precepto. La STC 132/2010 declara la inconstitucionalidad de los párrafos 1 y 2 del precepto. Estos párrafos hacen referencia a la habilitación al juez para acordar la medida de internamiento forzoso de las personas que padecen trastornos psíquicos, y no se ven afectados los párrafos que establecen las reglas procedimentales para la conformación de la decisión judicial de internamiento. Al igual que la sentencia anterior (STC 131/2010), la STC 132/2010 señala que en este caso la inconstitucionalidad no conlleva la nulidad del precepto, *«pues esta última crearía un vacío en el ordenamiento jurídico no deseable, máximo no habiéndose cuestionado su contenido material.»* (FJ 3.º). Esta STC 132/2010 termina instando al legislador *«para que, a la mayor brevedad posible, proceda a regular la medida de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico mediante ley orgánica.»* Mientras tanto, deberemos seguir aplicando un precepto que ha sido declarado inconstitucional que no nulo, porque adolece de defectos formales pero no materiales o de fondo.

STC 133/2010, de 2 de diciembre

RA: Desestimado.

Ponente: Casas Baamonde.

Conceptos: Derecho a la educación. Escolarización obligatoria de menores de edad que reciben la educación en sus domicilios. Alcance del concepto escolarización.

Preceptos de referencia: Artículo 27 CE.

El recurso de amparo se dirige contra las Sentencias por las que se ordenaba la escolarización de los hijos menores de los demandantes de amparo, que recibían enseñanza en su propio domicilio. Los recurrentes alegaron que sus hijos hablan cinco idiomas y reciben clases de música, matemáticas, ciencias y lengua, así como una educación ética bastante completa y adecuada y que con ello no se les está causando ningún perjuicio.

La cuestión central es la relativa a la vulneración del derecho a la educación. La posible lesión del derecho descansa en dos premisas. En primer término, se alega que la libertad de los recurrentes para decidir que sus hijos reciban la enseñanza básica en su propio hogar, se encuentra protegida por el artículo 27 CE, que proclama el derecho de todos a la educación reconociendo al tiempo la libertad de enseñanza (art. 27.1 CE) y el derecho de los padres a que sus hijos reciban una formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 27.3 CE). En segundo lugar, en este contexto nos encontraríamos, al parecer de los recurrentes, ante una *«laguna legislativa; pues no aparece en nuestra legislación nada referente a la enseñanza que no sea en centros docentes»*, de tal manera que los órganos judiciales, en lugar de *«haber[la] suplido con una interpretación abierta y conforme al momento histórico, social y político en que vivimos»*, la habrían integrado mediante una decisión vulneradora de la libertad constitucional señalada en primer lugar.

Respondiendo a estas apreciaciones el TC considera que: «el origen de la lesión alegada en la demanda de amparo no se encontraría en las resoluciones judiciales impugnadas sino, en su caso, en la disposición legislativa que éstas aplican puntualmente al supuesto de autos. En efecto, pese a lo que aducen los recurrentes no nos encontramos aquí en modo alguno ante una laguna normativa: la cuestión de si la escolarización en la edad correspondiente a los hijos de los recurrentes en amparo debe o no ser obligatoria ha sido decidida expresamente, en sentido afirmativo, por el legislador, pues el artículo 9 de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación (en adelante LOCE), vigente en el momento en que se dicta la Sentencia del Juzgado aquí recurrida, establece que la enseñanza básica, además de ser obligatoria y gratuita (apartado 1) en los términos del artículo 27.4 CE, “incluye diez años de escolaridad”, de tal manera que se “iniciará a los seis años de edad y se extenderá hasta los dieciséis” [apartado 2; en el mismo sentido, cfr. el vigente artículo 4.2 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (en adelante LOE)]. Quiere ello decir que la conducta de los padres ahora recurrentes en amparo consistente en no escolarizar a sus hijos supone el incumplimiento de un deber legal –integrado, además, en la patria potestad– que resulta, por tanto, en sí misma antijurídica. No hay, pues, laguna normativa de ninguna clase» (FJ 4).

Una vez dicho esto, ha de precisarse si la imposición normativa del deber de escolarización de los hijos de entre seis y dieciséis años, es o no respetuosa con los derechos fundamentales alegados, resultando que: «La invocada facultad de los padres de elegir para sus hijos una educación ajena al sistema de escolarización obligatoria por motivos de orden pedagógico no está comprendida, ni siquiera prima facie, en ninguna de las libertades constitucionales que la demanda invoca y que el artículo 27 CE reconoce (...) No lo está, en primer lugar, en la libertad de enseñanza (art. 27.1 CE) (...) La libertad de enseñanza de los padres se circunscribe en este contexto, por tanto, a la facultad de enseñar a los hijos sin perjuicio del cumplimiento de su deber de escolarización, de una parte, y a la facultad de crear un centro docente cuyo proyecto educativo, sin perjuicio de la inexcusable satisfacción de lo previsto en el artículo 27.2, 4, 5 y 8 CE, se compadezca mejor con sus preferencias pedagógicas o de otro orden (...) tampoco está comprendida, en segundo lugar, en el derecho de todos a la educación (art. 27.1 CE), que, dejando ahora a un lado su dimensión prestacional, no alcanza a proteger en su condición de derecho de libertad la decisión de los padres de no escolarizar a sus hijos. (...) el derecho a la educación en su condición de derecho de libertad no alcanza a proteger, siquiera sea prima facie, una pretendida facultad de los padres de elegir para sus hijos por razones pedagógicas un tipo de enseñanza que implique su no escolarización en centros homologados de carácter público o privado» (FJ 5).

En relación al alcance del artículo 27 CE, el TC lo integra con lo establecido en la normativa internacional, en concreto hace referencia al «Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), cuyo artículo 18.4 reconoce “la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”, o el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) (RCL 1977, 894), cuyo artículo 13.3 reconoce el derecho de los padres o tutores a “escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas (...) y hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus pro-

pias convicciones”. A la misma conclusión se llega en atención al artículo 2 del Protocolo adicional al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH), que reconoce el derecho de los padres a asegurar que la educación y enseñanza de sus hijos resulte “conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas”, sin que, de acuerdo con su interpretación por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), éstas puedan amparar cualquier consideración independientemente de cuál sea su naturaleza (cfr., entre otros, Caso Kjeldsen, Sentencia de 7 de diciembre de 1976 (TEDH 1976, 5))» (FJ.6).

Además de por esta razón, el amparo se desestima por un segundo motivo: *«La escolarización sirve para garantizar una adecuada transmisión de conocimientos a los alumnos, pero debe servir también de garantía del libre desarrollo de la personalidad individual en el marco de una sociedad democrática y a la formación de ciudadanos respetuosos con los principios democráticos de convivencia y con los derechos y libertades fundamentales, una finalidad ésta que se ve satisfecha más eficazmente mediante un modelo de enseñanza básica en el que el contacto con la sociedad plural y con los diversos y heterogéneos elementos que la integran, lejos de tener lugar de manera puramente ocasional y fragmentaria, forma parte de la experiencia cotidiana que facilita la escolarización» (FJ.7).*

«En definitiva, la medida propuesta como alternativa en la demanda de amparo quizás resulte menos restrictiva desde la perspectiva del derecho de los padres reconocido en el artículo 27.3 CE, pero en modo alguno resulta igualmente eficaz en punto a la satisfacción del mandato que la Constitución dirige a los poderes públicos en el artículo 27.2 CE y que constituye, al tiempo, el contenido del derecho a la educación reconocido en el artículo 27.1 CE. Por lo demás, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido que la apreciación de que estos objetivos no pueden «ser satisfechos en la misma medida por la educación en el propio domicilio, incluso en el caso de que ésta permitiera a los niños la adquisición del mismo nivel de conocimientos que proporciona la educación escolar (...) no es errónea y que cae dentro del margen de apreciación que corresponde a los Estados signatarios en relación con el establecimiento y la interpretación de las normas concernientes a sus correspondientes sistemas educativos» (Caso Konrad v. Alemania, Decisión de admisibilidad de 11 de septiembre de 2006, núm. 35504/2003) (FJ 8).

El alcance de la restricción ha de ser en todo caso relativizado en la medida en que, los padres pueden influir en la educación de sus hijos tanto fuera como dentro de la escuela: dentro porque los poderes públicos siguen siendo destinatarios del deber de tener en cuenta las convicciones religiosas particulares, y fuera de ella porque los padres continúan siendo libres para educar a sus hijos después del horario escolar y durante los fines de semana, de modo que el derecho de los padres a educar a sus hijos de conformidad con sus convicciones morales y religiosas no resulta completamente desconocido. A esto se debe añadir que los padres pueden ejercer su libertad de enseñanza a través del derecho a la libre creación de centros docentes (art. 27.6 CE). *«Según ha reconocido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la “escolarización obligatoria en el ámbito de la educación primaria no priva a los padres demandantes de su derecho a ‘ejercer sobre sus hijos las funciones de educadores propias de su condición parental, ni a guiar a sus hijos hacia un camino que resulte conforme con sus propias convicciones religiosas o filosóficas’ (véase, mutatis mutandis, Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen v.*

Dinamarca (TEDH 1976, 5), cit., pp. 27-28, apartado 54; Efstratiou v. Grecia, Sentencia de 18 de diciembre de 1996 (TEDH 1996, 71) Repertorio de Sentencias y Decisiones, 1996-VI, p. 2359, apartado 32) (Caso Konrad v. Alemania, Decisión de admisibilidad de 11 de septiembre de 2006, núm. 35504/2003)» (FJ.8).

En definitiva: «*La Constitución española no prohíbe al legislador democrático configurar la enseñanza básica obligatoria (art. 27.4 CE) como un período de escolarización de duración determinada (cfr. arts. 9.2 LOCE y 4.2 LOE) durante el cual quede excluida la opción de los padres de enseñar a sus hijos en su propio domicilio en lugar de proceder a escolarizarlos. Según se ha comprobado, esa configuración legislativa no afecta en el caso presente a los derechos constitucionales de los padres (art. 27.1 y 3 CE), (...). Con todo, ésta no es una opción que venga en todo caso requerida por la propia Constitución que, efectivamente, no consagra directamente el deber de escolarización, ni mucho menos otros aspectos más concretos de su régimen jurídico (...). Quiere ello decir que, a la vista del artículo 27 CE, no cabe excluir otras opciones legislativas que incorporen una cierta flexibilidad al sistema educativo y, en particular, a la enseñanza básica, sin que ello permita dejar de dar satisfacción a la finalidad que ha de presidir su configuración normativa (art. 27.2 CE) así como a otros de sus elementos ya definidos por la propia Constitución (art. 27.4, 5 y 8 CE)» (FJ 9).*

STC 136/2010, de 2 de diciembre

RA: Desestimado.

Ponente: Pérez Tremps.

Conceptos: Arbitraje y derecho a la tutela judicial efectiva. Renuncia al derecho y renuncia a las acciones. Necesaria voluntariedad del arbitraje. Arbitraje impuesto como condición para una operación de fusión empresarial. Conducta suficientemente expresiva del ánimo de renunciar. Arbitraje institucional.

Preceptos de referencia: Artículo 24.1 CE.

Entre las condiciones para la aprobación por parte del Consejo de Ministros de la integración de *Vía Digital* en *Sogecable* se incluyó la obligación de presentar ante el Servicio de Defensa de la Competencia un plan de actuaciones que, necesariamente, debía incorporar un mecanismo de arbitraje privado destinado a resolver los conflictos que pudieran suscitarse con terceros operadores. Si no se llegaba a un acuerdo sobre la designación de árbitros, *Sogecable* propondría como árbitro independiente a la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones, sujetándose el procedimiento a las normas que regulan la función arbitral de esta Comisión. El plan fue efectivamente presentado en los términos requeridos y aprobado.

En ese marco, *Telecable Asturias* solicitó a *Sogecable* la formalización de una oferta para la transmisión de determinados canales temáticos. Las gestiones, sin embargo, resultaron infructuosas y, al fin, *Telecable Asturias* formalizó demanda de arbitraje contra *Sogecable* ante la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones.

Sogecable se opuso a la demanda alegando, entre otras razones, la inexistencia de un convenio arbitral entre las partes y el incumplimiento del procedimiento arbitral previsto en el plan de actuaciones. Asimismo planteó la

recusación de los miembros de la Comisión por haber intervenido en un expediente administrativo previo. Pese a ello la Comisión se declaró competente. La impugnación judicial de tal declaración fracasó. Lo mismo sucedió más tarde con la impugnación del propio laudo arbitral, que fue desestimada por sentencia de la AP de Madrid.

En esta tesis *Sogecable* interpuso recurso de amparo. Alegaba, básicamente, que la resolución de la Audiencia había vulnerado el derecho a la tutela judicial por haber argumentado de forma irrazonable la existencia de un convenio arbitral, y aceptar en definitiva un arbitraje impuesto legalmente, contra el criterio de la STC 134/1995. Subsidiariamente, denunciaba la incorrecta designación de árbitros, la ausencia de independencia e imparcialidad de éstos y el hecho de que no se trata de abogados en ejercicio. La demanda de amparo, sin embargo, se desestima.

1. La sentencia resume en primer lugar la doctrina constitucional en materia de arbitraje, empezando por su admisibilidad. El carácter irrenunciable e indisponible del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), recuerda el TC, resulta compatible con «*la voluntaria y transitoria renuncia al ejercicio de las acciones en pos de unos beneficios cuyo eventual logro es para el interesado más ventajoso que el que pudiera resultar de aquel ejercicio.*» (FJ 2). Es cierto que la renuncia, añade, debe ser «*explícita, clara, terminante e inequívoca.*». Pero, en aras de «*la protección que se debe dispensar a la buena fe*», también puede «*inferirse de la conducta de los titulares del derecho*», siempre que sea «*suficientemente expresiva del ánimo de renunciar*» (FJ 2, con remisión a la STC 65/2009). Lo que, en cambio, no resultaría admisible es «*la imposición obligatoria e imperativa del sometimiento a arbitraje (por todas, STC 174/1995, de 23 de noviembre, FJ 3)*» (FJ 2). El control constitucional, por tanto, se limita a la verificación de la voluntariedad del arbitraje.

Asimismo recuerda la sentencia que tanto el procedimiento como el laudo quedan fuera de la jurisdicción constitucional. Ésta sólo entra en juego cuando se trata de actos referibles a algún poder público. «*De ese modo, las garantías contenidas en el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) sólo pueden ser proyectadas respecto del control jurisdiccional que se desarrolle sobre las fases del procedimiento arbitral previstas en la legislación, entre las más relevantes, la formalización judicial del arbitraje, el recurso o acción de anulación y la ejecución forzosa del laudo (por todas, STC 9/2005, de 17 de enero, FJ 2)*» (FJ 2).

2. En cuanto al caso concreto, la Audiencia había entendido que la voluntad de someterse a arbitraje quedaba suficientemente acreditada dados los términos del plan de actuación presentado por *Sogecable* ante el Servicio de Defensa de la Competencia. El TC considera que esta argumentación es respetuosa con la exigencia de motivación de las decisiones: «*Excluido que en este caso el sometimiento a arbitraje haya sido impuesto por ley, la conclusión sobre la efectiva voluntad de la recurrente de que controversias como la planteada fueran resueltas por un procedimiento arbitral con renuncia a la vía judicial se ha inferido de una conducta suficientemente expresiva del ánimo de renunciar, como es el hecho de que fue una de las condiciones contenidas en el acuerdo para la operación de concentración económica y que expresamente se aceptó y desarrolló en el plan de actuación presentado por la recurrente*» (FJ 3). «*Tampoco cabe apreciar ningún defecto de motivación con trascendencia constitucional en la respuesta judicial obtenida para desestimar la corrección de la designación de árbitros, el rechazo de la*

causa de recusación de los árbitros y la carencia de la condición profesional exigida por la Ley para el arbitraje» (FJ 4). «Igualmente, se destaca en la resolución judicial impugnada, en cuanto a la carencia de la condición de abogados en ejercicio de los árbitros y la concurrencia de la causa de recusación, que era de aplicación la doctrina de los actos propios, ya que se trataba de un arbitraje institucional asumido voluntariamente por la recurrente, que conocía tanto que los miembros de la Comisión no tenían la condición de abogados como su carácter de organismo administrativo, señalando, además, que no concurría ninguna de las causas de recusación establecidas en la Ley de arbitraje» (FJ 4).