

Comercio minorista). Como viene siendo habitual en este género de conflictos, el problema estriba en saber si la Comunidad Autónoma, al regular la venta en rebajas, *«ha incidido sobre el contenido contractual de este tipo de ventas»*, cosa que supondría vulnerar la competencia estatal sobre legislación mercantil.

El problema había sido ya abordado por una sentencia anterior, en relación con la Ley Foral 17/2001, de 12 de julio, reguladora del comercio en Navarra, que tenía prácticamente la misma redacción que el inciso aquí cuestionado (STC 157/2004). En esta nueva sentencia, el TC se limita a aplicar su doctrina anterior, llegando a la misma conclusión. En este sentido, el TC recuerda que *«la determinación de las relaciones contractuales propias de los diferentes tipos de ventas desarrolladas por los comerciantes se inscribe en el ámbito del artículo 149.1.6 CE (FJ 11 STC 157/2004)»* (FJ 4). Al igual que la ley Navarra, también la norma catalana se habría *«introducido en el núcleo normativo que es propio de la figura contractual de la venta en rebajas, separándose, además, de la conceptualización que de este contrato ha realizado la Ley estatal 7/1996 en su artículo 24.1»* (FJ 4). En efecto, prosigue el TC, siempre con cita de la anterior STC 157/2004: *«Definir la venta en rebajas como aquella modalidad de venta en la que se ofertan al público artículos “a un precio inferior al fijado antes de su venta o en unas condiciones que supongan una minoración en relación con el precio practicado habitualmente” supone regular las relaciones contractuales en un aspecto tan central como es el precio de los productos que se someten a esta modalidad de venta. Y hemos de coincidir con el Abogado del Estado en que la incidencia sobre dicha relación contractual desborda el marco fijado al respecto por la legislación estatal, puesto que la norma foral no sólo incluye como venta en rebajas la de aquellos productos que se ofertan a “un precio inferior al fijado antes de su venta”, sino también la de los que se ofertan “en unas condiciones que supongan una minoración en relación con el precio practicado habitualmente”. Es claro que la “minoración” en el precio no es asimilable, en términos conceptuales y en el preciso y estricto significado propio de esta expresión, a la oferta de condiciones complementarias que supongan, de hecho, una minoración en aquél, por lo que la regulación autonómica va más allá de lo previsto en la estatal, incidiendo en el ámbito del contenido contractual de la operación que contempla y, con ello, entrando en campo propio de la “legislación mercantil”, competencia exclusiva del Estado a tenor de lo establecido en el artículo 149.1.6 CE»* (FJ 4).

Con las anteriores premisas el TC concluye que *«el inciso final del artículo 34.1 del Decreto Legislativo de la Generalitat de Cataluña 1/1993 incide en el núcleo normativo propio de la figura contractual de la venta en rebajas, desbordando el marco fijado al respecto por el artículo 24.1 de la Ley estatal 7/1996, de ordenación del comercio minorista, puesto que la norma catalana incluye como venta en rebajas también la de aquellos productos que se ofertan en unas condiciones especiales de los precios “que supongan su aminoración en relación con los precios practicados habitualmente”», de modo que la regulación cuestionada provoca la alteración de una modalidad de contrato mercantil contenida en la legislación estatal, vulnerando con ello la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación mercantil (art. 149.1.6 CE)»* (FJ 5).

STC 7/2011, de 14 de febrero

RA: Estimado.

Ponente: Pérez Tremps.

Conceptos: Incapacitación. Derecho a la asistencia letrada en el procedimiento de incapacitación.

Preceptos de referencia: Artículos 24.1 y 24.2 CE.

El objeto del presente recurso de amparo es determinar si en el procedimiento judicial de incapacitación del recurrente se han vulnerado los derechos a la defensa, asistencia letrada y proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), por haberse seguido el procedimiento sin hacer posible la comparecencia personal del recurrente, al no haberse facilitado la designación de profesionales del turno de oficio. Subsidiariamente, se trata de analizar si se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) concretamente el derecho de acceso a los recursos, por haberse denegado el tener por preparado el recurso de apelación contra la sentencia de incapacitación.

El derecho a la defensa y a la asistencia letrada (art. 24.2 CE) tiene como finalidad asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción, y evita desequilibrios entre la respectiva posición procesal de las partes o limitaciones en la defensa que puedan generar indefensión. Si bien este derecho *«se ha vinculado especialmente al proceso penal y sólo en menor medida al resto de procesos, es indudable que también despliega todo el potencial de su contenido en relación con procedimientos como el de incapacitación no sólo por lo esencial de los derechos e intereses que en el mismo se ventilan sino por la situación de presunta incapacidad del sometido a este procedimiento»* (FJ 4).

La Sentencia distingue entre aquellos casos en que la intervención del letrado es legalmente preceptiva y aquellos en la que no lo es. En aquel supuesto, la pasividad del titular del derecho debe ser suplida por el órgano judicial, que debe considerar la ausencia de letrado como un requisito subsanable, ofreciendo al interesado una oportunidad de reparar tal omisión; en éstos, el ejercicio del derecho de asistencia letrada es disponible y por tanto el interesado debe solicitar formalmente la designación de letrado de oficio ante el órgano judicial. El artículo 750 LEC prevé que en el proceso sobre la capacidad de las personas las partes deben comparecer asistidas de abogado y representadas por procurador.

En las actuaciones quedó acreditado que el recurrente, interno en un centro penitenciario, tras la notificación del auto de admisión de la demanda de incapacitación presentada por el Ministerio Fiscal, dirigió un escrito al juzgado señalando que no necesitaba la tutela de ningún organismo y que se encontraba capaz para gobernar su persona y bienes; este escrito no fue admitido. El recurrente presentó otro escrito en que negaba padecer patología alguna que pudiera conllevar su incapacitación, que fue devuelto por no haber sido presentado en forma legal. Poco después presentó un tercer escrito solicitando la suspensión del procedimiento por necesidad de «hablar con mi defensa antes». El recurrente, por tanto, iba remitiendo escritos oponiéndose al procedimiento de incapacitación, que eran sistemáticamente inadmitidos, por falta de cumplimiento de requisitos formales. Según la Sentencia, *«el órgano judicial, siendo manifiesta e inequívoca la voluntad del recurrente de comparecer personalmente en el procedimiento de incapacitación, y aunque éste no solicitó formalmente la designación de profesionales del turno de*

oficio, no ofreció al recurrente la oportunidad de reparar esa omisión para que pudiera hacer efectiva su oposición a la demanda, generando con ello una indefensión con relevancia constitucional» (FJ 4). El órgano judicial debió adoptar las medidas necesarias que posibilitaran al recurrente, tal como era su voluntad expresa, comparecer formalmente en el proceso con su propia defensa y representación para oponerse a la acción de incapacitación. Concretamente, debió haber instado el nombramiento de abogado y procurador del turno de oficio o, en su defecto, al menos, haber puesto en conocimiento del recurrente la posibilidad de solicitar dicho nombramiento. Porque en los procesos de incapacitación, «la única posibilidad de hacer efectiva la personación del demandado en caso de que quiera oponerse personalmente a la pretensión de incapacidad es mediante Abogado y Procurador, estando vedada legalmente la posibilidad de autodefensa» (FJ 5). Esta conclusión es acorde con el artículo 13 del Convenio sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006. Al estimar el amparo por la vulneración del derecho a la defensa y a la asistencia letrada del recurrente, la Sentencia no entra a analizar el otro argumento del recurso, es decir, el derecho de acceso al recurso.

STC 8/2011, de 28 de febrero

RA: Estimado.

Ponente: Rodríguez Arribas.

Conceptos: Filiación. Sentencia extranjera anterior a la reforma legal para admitir pruebas biológicas.

Preceptos de referencia: Artículo 24.1 CE.

El recurso de amparo se interpone contra los autos dictados por el Juzgado de Primera Instancia núm. 71 de Madrid y la Sección 22.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, por los cuales se inadmite a trámite la demanda de impugnación de filiación presentada por las recurrentes en amparo contra doña Nelly Gladys Pérez Cava, quien figura como hija extramatrimonial del padre de aquellas (ya fallecido en el momento de promoverse la demanda) en virtud de una sentencia dictada por un juzgado de Lima en 1970.

Según las recurrentes, la declaración judicial de paternidad se dictó en una época en la que no existían pruebas biológicas que permitieran acreditar fehacientemente el parentesco. Las recurrentes interpusieron la demanda invocando la DT 6.^a de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio: «Las sentencias firmes sobre filiación no impedirán que pueda ejercitarse de nuevo la acción que se funde en pruebas o hechos sólo previstos por la legislación nueva». El Juzgado de instancia no admitió a trámite la demanda aplicando, sin más, lo dispuesto en el artículo 764.2 LEC, que impide impugnar una filiación ya establecida en sentencia firme. La Audiencia Provincial confirmó el rechazo *a limine* de la acción, introduciendo en la argumentación un elemento de extranjería.

El recurso de amparo no se centra en si el artículo 764.2 LEC ha derogado o no la DT 6.^a de la Ley 11/1981, ni en analizar los requisitos sustantivos y procesales de la acción de impugnación de filiación, sino en determinar si la falta de mención alguna en el Auto de inadmisión del Juzgado *a quo* de

aquella disposición transitoria lesiona el derecho de las recurrentes a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de acceso a la jurisdicción. Se atribuye, además, incongruencia *extra petitum*, defectuosa motivación e irrazonabilidad al Auto de apelación. Una segunda queja alega la vulneración del derecho a la igualdad ante la ley (art. 14 CE) que, sin embargo, no es analizada por el TC.

En cuanto a la falta de referencia alguna a un precepto que las recurrentes adujeron en su demanda, señala el TC que *«una decisión judicial que ha de dirimir si aquella Sentencia extranjera podía o no producir el efecto impeditivo de un nuevo proceso, no puede pronunciarse de plano y sin motivación alguna de si puede o no aplicarse aquella disposición transitoria sexta de la Ley 11/1981, como si sólo existiera el artículo 764.2 LEC, cuando la parte actora la ha invocado (...) y dicho precepto no aparece derogado expresamente por la disposición derogatoria única 2.1 LEC 1/2000, la cual contiene un largo listado de normas del Código civil del que, sin embargo, está ausente la disposición transitoria sexta referida. Exigía, en definitiva, una respuesta razonada sobre su aplicación o no»* (FJ 3). El TC destaca el *«vacío dialéctico en la labor de selección de la norma aplicable»* y los drásticos efectos que produce sobre *«el principio pro actione que rige en esta primera fase jurisdiccional»*, con el resultado de la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva que se denuncia (*ibíd.*). La labor de selección y aplicación de la norma aplicable es una función propia de la jurisdicción ordinaria, atribuida por el artículo 117 CE, pero el TC recuerda que puede ser objeto de control constitucional bajo el prisma del principio *pro actione*, más aún cuando conduce a un sacrificio desproporcionado del derecho de acceso a la justicia (FJ 2). No puede olvidarse, además, que el TC ha declarado que las acciones de impugnación de la filiación sirven también al fin de garantizar la efectividad del derecho a la investigación de la paternidad del artículo 39.2 CE, *«sin que pueda impedirse su ejercicio sin razón o justificación alguna, o afectando el derecho de acceso a la jurisdicción»* (FJ 2).

El Auto de la Audiencia Provincial, confirmando la inadmisión del Juzgado *a quo*, introduce un elemento de extranjería en la acción que se promueve, y de ahí deduce un requisito de procedibilidad de la acción de filiación que el Tribunal considera inadmisibles. Según la Audiencia, para admitir a trámite la demanda tenían las actoras que probar *ab initio* que en el Derecho de California (lugar de residencia de la demandada) o en el ordenamiento de Perú (donde se dictó la sentencia estableciendo la filiación) existe un precepto similar a la disposición transitoria sexta. Y como no lo han hecho, les aplica el artículo 764.2 LEC. El Auto empieza por sostener que la DT 6.^a es un precepto material, mientras que el artículo 764.2 LEC es de naturaleza procesal, sin aportar razones para discernir esta diferente calificación, *«siendo que ambos dispositivos se encargan de regular una misma cuestión jurídica de manera compatible entre sí, esto es, fijando el principio general y los supuestos de excepción para la inimpugnabilidad de un estado de filiación declarado judicialmente»* (FJ 4). *«Este tratamiento diferenciado entre normas sustancialmente de la misma índole, distorsiona el sentido de la regla de la especialidad normativa con resultado de impedir el acceso a una decisión de fondo de las pretensiones de la demanda (art. 24.2 CE)»* (*ibíd.*). El Tribunal recuerda que para que una norma de derecho interno pueda quedar condicionada por la previa acreditación de otra norma extranjera de similar tenor, tendría que preverse en algún precepto legal, lo que no es el caso (FJ 5).

STC 26/2011, de 14 de marzo

RA: Estimado.

Ponente: Manuel Aragón Reyes. Voto particular de Pablo Pérez Tremps. Conceptos: Conciliación de la vida familiar y laboral. Rechazo de la petición de horario laboral nocturno por el padre para cuidar de sus hijos menores. Derecho a la igualdad. Derecho a la no discriminación por razón del sexo y de las circunstancias familiares. Derecho a la tutela judicial efectiva. Protección de la familia y la infancia.

Preceptos de referencia: Artículos 14, 24.1 y 39 CE. Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. Artículos 36.3 y 34.8 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

El recurrente en amparo alega la vulneración de sus derechos fundamentales a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) y a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en la que incurrirían las resoluciones judiciales impugnadas. Sostiene que el rechazo de su pretensión de realizar las jornadas laborales del curso 2007-2008 en horario nocturno, que le permitiría el cuidado de sus dos hijos de corta edad, se basa en consideraciones de estricta legalidad (una interpretación restrictiva de los arts. 36.3 y 34.8 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y del convenio colectivo aplicable) ignorando la dimensión constitucional del asunto y privándole así del ejercicio de un derecho íntimamente ligado a la efectiva conciliación de su vida familiar y laboral. Ello implicaría además una discriminación indirecta por razón de sexo hacia su cónyuge, trabajadora y madre de los menores, al obligarla a reducir su jornada laboral para atender al cuidado de los hijos.

Antes de entrar a analizar la existencia o no de discriminación, el Alto Tribunal aclara dos cuestiones. En primer lugar, que concurre el requisito de «*especial trascendencia constitucional*» para la admisión del recurso de amparo [art. 50.1.b) LOTC] que le permitiría perfilar «*la doctrina constitucional sobre el derecho a la no discriminación en el ámbito laboral, cuando es un varón el que insta una modificación de sus condiciones de trabajo para el efectivo logro de la conciliación laboral y familiar*», puesta en relación con el mandato constitucional de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE). En segundo término, el TC niega sustantividad propia a la alegación de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) que entiende debe reconducirse al análisis de la lesión del derecho a la no discriminación (art. 14 CE).

Tras tales aclaraciones, define el objeto del recurso de amparo que considera es la determinación de si el demandante vio afectado su derecho fundamental a la no discriminación por razón del sexo o por cualquier otra circunstancia personal o social (art. 14 CE), independientemente que la decisión denegatoria del horario solicitado pueda haber tenido una repercusión negativa para su mujer. Mediante el recurso de amparo no puede analizarse si la denegación resulta lesiva para la esposa del demandante, pues se trata de un remedio para la persona que se ve directamente afectada en sus derechos fundamentales y libertades públicas (salvo contadas excepciones que no se reúnen en el caso).

Llegado a este punto, el Tribunal rechaza que haya existido una discriminación por razón del sexo, con dos fundamentos esenciales: 1.º) «*El cuidado de los hijos no ha sido una función históricamente impuesta a los varones, por lo que no ha supuesto la imposición de dificultades específicas al hombre*

para el acceso al trabajo y su promoción dentro del mismo, a diferencia de lo sucedido en el caso de las mujeres»; y 2.º) La denegación de su pretensión «no se fundamenta en que sea trabajador varón».

Ello no es óbice para que, en cambio, el TC encuentre que sí ha habido una «discriminación por razón de las circunstancias familiares», convirtiéndose ésta en la primera decisión en que utiliza esta categoría discriminatoria. Sostiene que la prohibición de discriminación entre mujeres y hombres impone, siguiendo al TJUE, erradicar normas e interpretaciones de normas que permitan consolidar una división sexista de papeles en las responsabilidades familiares. Por ello, «[e]l hecho de que los órganos judiciales no se hayan planteado la cuestión de si denegar al trabajador demandante la pretendida asignación del horario nocturno constituía o no un obstáculo para la compatibilidad de su vida familiar y laboral, en atención a las circunstancias concurrentes, supone no valorar adecuadamente la dimensión constitucional ex artículo 14 CE, en relación con el artículo 39.3 CE, del asunto planteado», siendo reprochable de este modo «que ni siquiera haya tenido en cuenta que este derecho estaba en juego y podía quedar afectado». La decisión judicial rechazando la pretensión del recurrente «sin analizar hasta qué punto [...] resultaba necesaria para lograr la efectiva participación de aquél en el cuidado de sus hijos de corta edad a través de un reparto equilibrado de las responsabilidades familiares, ni cuáles fueran las dificultades organizativas que el reconocimiento del horario solicitado pudiera ocasionar al centro de trabajo en el que presta servicios», conduce al TC a concluir que no tuteló debidamente su derecho fundamental a la no discriminación por razón de sus circunstancias personales o familiares, relacionadas con su responsabilidad parental para asistir en todo orden a sus hijos (art. 39.3 CE).

La decisión otorgando el amparo y declarando la nulidad de las decisiones judiciales dictadas con las omisiones señaladas fue adoptada por la mayoría del TC pero con el voto disidente del Magistrado Pérez Tremps respecto a dos cuestiones. En primer lugar, discrepa acerca de la delimitación del derecho fundamental implicado. Siendo que las «circunstancias familiares» configuran una nueva categoría discriminatoria distinta de las expresamente reconocidas en el artículo 14 CE debió haberse demostrado, a su parecer, la concurrencia de «diferenciaciones históricamente muy arraigadas que hayan situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10.1 CE». Rechaza que el hecho de tener dos hijos de corta edad haya supuesto históricamente una diferenciación que colocara a los hombres en una situación atentatoria de la dignidad personal que permita identificarla como una categoría discriminatoria. Disiente, asimismo, en que no haya existido una debida ponderación de las circunstancias personales del recurrente en las vías administrativa y judicial. Considera que los órganos judiciales han hecho suyo el razonamiento de la Administración que entiende razonable e incluso «respetuoso con las obligaciones familiares, intentando conciliar de la mejor forma posible para todos esas obligaciones y la organización del trabajo, al establecer tres turnos horarios, posibilitando la adscripción voluntaria no solo a un régimen de rotación, sino a un turno fijo en horario escolar coincidente con el horario en el que habitualmente los menores se encuentran en los centros educativos, para facilitar de ese modo la conciliación de la vida profesional con la familiar en caso de menores escolarizados».

STC 34/2011, de 28 de marzo

RA: Desestimado.

Ponente: Hernando Santiago.

Conceptos: Libertad religiosa en su vertiente objetiva y subjetiva, principio de igualdad.

Preceptos de referencia: Artículos 14 y 16.1 y 16.3 CE.

El recurrente en amparo es un abogado sevillano, miembro del Colegio del Abogados de Sevilla, que sostiene la inconstitucionalidad del artículo 2.3 de los Estatutos del Colegio de Abogados de Sevilla, aprobados por la Junta General el 30 de enero de 2004. En dicha disposición se declara que *«el Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla es aconfesional»*, y se añade: *«si bien por secular tradición tiene por Patrona a la Santísima Virgen María, en el Misterio de su Concepción Inmaculada»*.

Argumenta el recurrente que este inciso final de la norma colegial quiebra la neutralidad ideológica y religiosa constitucionalmente exigida en el artículo 16.3 CE, por lo que vulnera la libertad ideológica en su vertiente objetiva. Alega también que la mencionada disposición lesiona el derecho a la libertad ideológica en su vertiente subjetiva a no creer en ninguna religión (art. 16.1 CE) ya que la simple designación de la Virgen María como Patrona *«supone como mínimo la imploración de su protección y el sometimiento a la misma, algo que pertenece a la esfera de la más estricta intimidad de cada uno de los miembros de la Corporación»*. Considera también vulnerado el derecho a la igualdad (art. 14 CE) en la medida en que se priman las creencias religiosas de un determinado grupo en detrimento de quienes mantienen otras o carecen de ellas.

El recurso de amparo se interpone contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 25 de abril de 2006, que confirma en apelación la dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Sevilla, de 21 de marzo de 2005, desestimatoria del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la Orden del Consejero de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía, que declaraba la adecuación a la legalidad de los estatutos del Colegio de Abogados de Sevilla.

El Tribunal Constitucional considera que la redacción del artículo 2.3 de los Estatutos del Colegio de Abogados de Sevilla no vulnera la dimensión objetiva de la libertad religiosa (art. 16.3) puesto que al declarar que el Colegio de Abogados de Sevilla *«es aconfesional»* y *«tiene por Patrona a la Santísima Virgen María»* no incurre en una contradicción ya que una ambas frases por las palabras *«si bien por secular tradición»*, por lo que se advierte que la finalidad de la norma estatutaria es conservar una de las señas de identidad del Colegio de Abogados de Sevilla. Declara la sentencia que *«no basta con constatar el origen religioso de un signo identitario para que deba atribuírsele un significado actual que afecte a la neutralidad religiosa que a los poderes públicos impone el artículo 16.3 CE. La cuestión se centra en dilucidar, en cada caso, si ante el posible carácter polisémico de un signo de identidad, domina en él su significación religiosa en un grado que permita inferir razonablemente una adhesión del ente o institución a los postulados religiosos que el signo representa»* (FJ4). En este caso, considera el Alto Tribunal que *«cuando una tradición religiosa se encuentra integrada en el conjunto del tejido social de un determinado colectivo, no cabe sostener que a través*

de ella los poderes públicos pretendan transmitir un respaldo o adhesión a postulados religiosos» (FJ 4).

Tampoco admite el Tribunal Constitucional vulneración en este caso de la libertad religiosa del recurrente en su vertiente subjetiva (art. 16.1 CE) ya que el patronazgo de la Virgen María del Colegio de Abogados no cercena su libertad individual a no tener creencias puesto que no le obliga a participar en eventuales actos de contenido religioso ni el recurrente ha razonado convincentemente en qué medida se ha visto afectado su ámbito íntimo de creencias (FJ 5).

Al no haber apreciado que la norma colegial menoscabe la neutralidad religiosa del Colegio de Abogados de Sevilla ni la libertad religiosa de sus miembros, considera la sentencia que queda desprovista de sustento la queja relativa a la infracción del artículo 14 CE por lo que desestima el amparo solicitado.

STC 37/2011, 28 de marzo

RA: Estimado.

Ponente: Elisa Pérez Vera.

Conceptos: Consentimiento informado y derecho a la integridad física.

Daños derivados de intervención médica. Autonomía del paciente.

Derecho a decidir contando con la información adecuada. Interpretación de la legalidad contraria a los derechos fundamentales. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

Preceptos de referencia: Artículos 15, 17.1 y 24 CE. Artículos 8 y concordantes Ley 41/2002, de Autonomía del Paciente. Artículo 3 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE). Artículos 5 y 8 del Convenio de Oviedo sobre Derechos humanos y biomedicina.

En esta sentencia el TC incluye el llamado *consentimiento informado* en el artículo 15 CE (derecho a la integridad física) y anula las resoluciones judiciales que realizaron una interpretación de la legalidad contraria a la tutela efectiva del mismo. El caso tiene su origen en una reclamación por supuesta negligencia médica. El recurrente había ingresado, por su propio pie, en el servicio de urgencias de un hospital a causa de un dolor precordial. Al día siguiente se le realizó un cateterismo, con abordaje por el brazo derecho, encontrándose una lesión severa en la coronaria, que fue preciso dilatar mediante la colocación de un «*stent recubierto*», con resultado óptimo. No obstante, tras la intervención, «*la mano derecha del recurrente sufrió inflamación y hematoma y, posteriormente, carencia de sensibilidad y movilidad, quedando aquejada, finalmente, de incapacidad funcional total*». El paciente planteó entonces demanda, contra la aseguradora de los médicos que le habían intervenido, solicitando una indemnización por los daños. A su juicio estos derivaban de una mala praxis o bien de la falta de información acerca de los riesgos de la intervención y, en su caso, posibles alternativas. La demanda fue desestimada en primera instancia al entenderse que no había habido negligencia médica y que la omisión de la información —extremo que resultó acreditado— tampoco generaba responsabilidad: «*El padecimiento que llevó a urgencias al demandante, el hecho de haber tenido años antes una intervención del mismo tipo (cateterismo con abordaje por la ingle) y la*

urgencia relativa de la intervención, sin dejar de lado su edad, llevan a considerar que realmente no se ha privado al demandante de una información esclarecedora previa al consentimiento que dé lugar a la procedencia de ser indemnizado». El recurso de apelación fue desestimado, con argumentos parecidos.

El afectado recurrió entonces en amparo al TC, alegando la «vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con los derechos a la integridad física y a la libertad (arts. 15 y 17.1 CE), dado que ambas (sentencias) le niegan el derecho a ser indemnizado pese a considerar probado que no le se dio ningún tipo de información médica previa a la intervención. Ello supone, por consiguiente, la infracción de lo establecido en el artículo 8 de la Ley 41/2002, de autonomía del paciente, y en el Convenio del Consejo de Europa sobre derechos del hombre y la biomedicina, y de la propia Constitución, de la que dimana la obligación legal de informar sobre las consecuencias relevantes habituales de todo acto médico, salvo en caso de riesgo grave e inmediato, circunstancia ésta que, como admiten las Sentencias impugnadas, no concurría. En este punto, sostiene el demandante de amparo que existió un lapso de tiempo suficiente entre el ingreso del paciente en urgencias y la práctica del cateterismo al día siguiente como para que se diera información sobre el procedimiento a realizar y la autorización del mismo».

El TC excluye la posible lesión de la libertad (art. 17 CE), limitando el caso al derecho a la integridad (art. 15 CE). «La libertad personal protegida por este precepto (art. 17) es la “libertad física”. La libertad frente a la detención, condena o internamientos arbitrarios, sin que pueda cobijarse en el mismo una libertad general de actuación o una libertad general de autodeterminación individual» (FJ 3). Por tanto, «el análisis ha de quedar ceñido a si la intervención llevada a cabo sobre el demandante de amparo sin informarle previamente de sus riesgos y posibles consecuencias ha supuesto o no una lesión de su derecho a la integridad física y moral, derecho amparado de forma autónoma en el artículo 15 CE y que adquiere de esta forma una sustantividad propia; y, en relación con él, del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)» (FJ 3).

El derecho fundamental a la integridad «conlleva una facultad negativa, que implica la imposición de un deber de abstención de actuaciones médicas salvo que se encuentren constitucionalmente justificadas, y, asimismo, una facultad de oposición a la asistencia médica, en ejercicio de un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal, como distinto del derecho a la salud o a la vida (STC 154/2002, de 18 de julio, FJ 9)» (FJ 3). De aquí deriva la inadmisibilidad de la asistencia médica coactiva, salvo que concurra una justificación constitucional (SSTC 120/1990 y 137/1990).

Sin embargo, en el caso objeto del recurso no ha habido una intervención médica impuesta contra la voluntad del paciente sino «una intervención médica realizada sin que el sujeto afectado haya recibido información previa sobre la misma y sin que haya prestado el consentimiento subsiguiente a esa información» (FJ 3). La cuestión, por tanto, consiste en «dilucidar si esa omisión del consentimiento informado del recurrente en el supuesto examinado ha producido o no una lesión de su derecho a la integridad física, operación que conlleva la ineludible determinación de la naturaleza de ese consentimiento informado, para concretar si forma parte del derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE)» (FJ 3).

La falta de referencia expresa al consentimiento informado en el artículo 15 CE «no implica que este instituto quede al margen de la previsión constitucional de protección de la integridad física y moral» (FJ 4). Como resulta de los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España (art. 3 de la CDFUE; artículos 5 y 8 del Convenio de Oviedo sobre Derechos humanos y biomedicina) y de la doctrina del TEDH (vid. en particular *Caso Codarcea c. Rumania*, 2 junio 2009), «el consentimiento del paciente a cualquier intervención sobre su persona es algo inherente, entre otros, a su derecho fundamental a la integridad física, a la facultad que éste supone de impedir toda intervención no consentida sobre el propio cuerpo, que no puede verse limitada de manera injustificada como consecuencia de una situación de enfermedad. Se trata de una facultad de autodeterminación que legitima al paciente, en uso de su autonomía de la voluntad, para decidir libremente sobre las medidas terapéuticas y tratamientos que puedan afectar a su integridad, escogiendo entre las distintas posibilidades, consintiendo su práctica o rechazándolas. Ésta es precisamente la manifestación más importante de los derechos fundamentales que pueden resultar afectados por una intervención médica: la de decidir libremente entre consentir el tratamiento o rehusarlo posibilidad que ha sido admitida por el TEDH, aun cuando pudiera conducir a un resultado fatal (STEDH de 29 de abril de 2002, caso *Pretty c. Reino Unido*, § 63), y también por este Tribunal (STC 154/2002, de 18 de julio, FJ 9)» (FJ 5).

Pero para poder decidir, como es lógico, hay que contar con toda la información sobre el tratamiento y sus efectos y las posibles alternativas. De este modo, «el consentimiento y la información se manifiestan como dos derechos tan estrechamente imbricados que el ejercicio de uno depende de la previa correcta atención del otro, razón por la cual la privación de información no justificada equivale a la limitación o privación del propio derecho a decidir» (FJ 5). El consentimiento informado es así un «mecanismo de garantía para la efectividad del principio de autonomía de la voluntad del paciente y, por tanto, de los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales que pueden resultar concernidos por las actuaciones médicas, y, señaladamente, una consecuencia implícita y obligada de la garantía del derecho a la integridad física y moral, alcanzando así una relevancia constitucional que determina que su omisión o defectuosa realización puedan suponer una lesión del propio derecho fundamental» (FJ 5). De ahí la detallada regulación contenida en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

El TC pasa seguidamente a analizar el caso concreto. Siendo indubitado que el paciente no fue informado sobre la intervención quirúrgica a la que se le iba a someter, el problema consiste en comprobar si la omisión estaba o no constitucionalmente justificada. A este objeto hay que tener presente que «los supuestos en los que se pued[e] exceptuar la necesidad del previo consentimiento informado son también excepcionales, y así lo ha plasmado el legislador, que permite a los facultativos prescindir del mismo para llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables a favor de la salud del paciente tan sólo en los casos de riesgo para la salud pública, y “[c]uando existe riesgo inmediato y grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización”. Aun más, en este último supuesto, si las circunstancias lo permiten, se debe consultar a los familiares o personas vinculadas

de hecho al paciente (art. 9.2 de la Ley 41/2002 y art. 8 del Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina)» (FJ 7).

Con estas premisas, concluye el TC, no puede considerarse suficiente la «información prestada al actor con ocasión de un cateterismo realizado en 1994 (con acceso, además, por vía distinta)». Y, en cuanto a la urgencia del caso («urgencia relativa», según el JPI y «riesgo vital» según la AP), tampoco puede aceptarse cuando el paciente «ingresó en urgencias a las 14:16 del 4 de septiembre de 2005, y el cateterismo no se le practicó hasta la mañana del día siguiente» (FJ 7). Se dispuso por tanto de tiempo suficiente para cumplir con lo previsto en el artículo 10.1 de la Ley 41/2002. Asimismo, añade el TC, «no basta con que exista una situación de riesgo para omitir el consentimiento informado, sino que aquél ha de encontrarse cualificado por las notas de inmediatez y de gravedad, ninguna de las cuales ha sido objeto de mención y, mucho menos, de análisis por parte de los órganos jurisdiccionales» (FJ 7).

En conclusión: «La asistencia recibida por el demandante de amparo no satisfizo su derecho a prestar un consentimiento debidamente informado, y, por tanto, vulneró su derecho fundamental a la integridad física (art. 15 CE). Y las resoluciones judiciales impugnadas no tutelaron ese derecho al rechazar la pretensión del demandante ateniéndose a criterios no previstos legalmente (como el de la edad del paciente o la previa realización de otro cateterismo once años antes) a la hora de ponderar las circunstancias del caso, e interpretando y aplicando las normas concernidas de manera contraria a la mayor efectividad del derecho (art. 24 CE)» (FJ 7).

STC 41/2011, de 11 de abril

RA: Desestimado.

Ponente: Delgado Barrio. Voto particular de Pérez Tremps y Asúa Bata-rrita.

Conceptos: Derecho a la libertad de expresión. Imputación de un delito de falsedad a personas que ejercen funciones públicas. Delito de calumnias. Honor. Ejercicio de la libertad de expresión en conexión con el derecho de defensa.

Preceptos de referencia: Artículos 20.1.a); 24.2 y 18.1 CE.

El recurrente en amparo fue condenado en la jurisdicción penal como autor de un delito de calumnias derivado de las afirmaciones y expresiones utilizadas por él en dos escritos dirigidos al Subdelegado del Gobierno y a la Dirección General de Tráfico. Por medio de estos escritos, el recurrente formuló una queja en relación con la actuación de dos agentes de la Guardia Civil en la instrucción del atestado de un accidente de tráfico y solicitó la incoación de un expediente disciplinario a estos agentes. En particular, el recurrente alegó en dichos escritos que en el atestado se habían consignado datos falsos y que los dos agentes «alteraron el atestado para culparme a mí», incluyendo «datos falsos, con los cuales y por algún motivo oscuro tratan de culparme», considerando el «atestado amañado», «realizado profesionalmente para encubrir al verdadero culpable», estando «motivado quizá el instructor del atestado por algún motivo oscuro o personal», y concluyendo que ello «es un grave delito de falsedad documental» (apud FJ 1).

Su recurso de amparo es desestimado en la presente Sentencia, que confirma la condena relativa al delito de calumnias.

1) *Aun cuando se funde en hechos, la imputación de un delito de falsedad constituye, a efectos del encuadramiento de la conducta en el artículo 20.1 CE, un juicio de valor comprendido en el ámbito objetivo del derecho a la libertad de expresión.*—En la que constituye una aproximación clásica al enjuiciamiento de las pretensiones de amparo relativas a los derechos fundamentales a la libertad de expresión [art. 20.1.a) CE] y a la libertad de comunicar información [art. 20.1.b) CE], la presente Sentencia delimita, con carácter preliminar, el derecho fundamental efectivamente invocado por el recurrente. Y, en este sentido, recurre igualmente a su doctrina para concluir que *«la imputación del delito de falsedad que dio lugar a la condena del demandante constituye una denuncia, fundada en hecho, pero a la postre un juicio de valor que debe examinarse a la luz de la libertad de expresión»* (FJ 2).

2) *El recurrente no ejerció su derecho a la libertad de expresión en conexión con el derecho de defensa y, por tanto, no resulta de aplicación al caso el canon reforzado de tutela de la libertad de expresión. Voto Particular.*—La cuestión de fondo de mayor interés de esta Sentencia —y que motiva el Voto Particular del que enseguida se da cuenta— reside en determinar si, por medio de las afirmaciones y expresiones empleadas en sus dos escritos, el recurrente no solo ejercitaba (lícita o ilícitamente) el derecho a la libertad de expresión, sino si, además, lo hacía en relación con el derecho de defensa del artículo 24.2 CE. De ello, se desprendería una consecuencia axial para la resolución del recurso, al menos a tenor de la argumentación sostenida por el Voto Particular formulado por los Magistrados Pérez Tremps y Asua Batarrita: el canon reforzado de tutela del derecho a la libertad de expresión en conexión con el derecho de defensa obligaría, en ese caso, a concluir que las afirmaciones y expresiones empleadas por el recurrente estaban constitucionalmente justificadas. No obstante, la mayoría del Tribunal rechaza la conexión, en el presente caso, entre el ejercicio de la libertad de expresión y el derecho de defensa, y ello bajo un argumento esencialmente formal: *«la libertad de expresión no se ejerce como manifestación o instrumento de derecho de defensa, por cuanto la presentación por el recurrente de los escritos de queja ante la Administración no conforma un vehículo adecuado para el ejercicio de la defensa contradictoria en el proceso penal derivado del accidente de circulación [...]»* (FJ 3).

3) *La escasa prevalencia del derecho a la libertad de expresión cuando se atribuyen hechos delictivos: la condena por el delito de calumnias no vulneró el derecho a la libertad de expresión del recurrente.*—El Tribunal enjuicia finalmente la pretensión del recurrente en amparo por medio de su habitual *«ponderación de los derechos fundamentales en conflicto»*. Ahora bien, el recurso a la técnica de la ponderación en el presente caso presenta dos particularidades. En primer lugar, la Sentencia apenas contiene referencias al *otro derecho fundamental* que debe ponderarse junto con el derecho a la libertad de expresión; es claro, no obstante, que ese derecho es, según la Sentencia, el derecho al honor del artículo 18.1 CE (*«el honor de los guardias civiles»*) (FJ 5), pero la Sentencia no incide en que ese honor que había de ponderarse no era el derecho subjetivo (civil) al honor ejercitado reactivamente por los dos agentes en la vía civil, sino el honor como bien jurídico-penal tutelado por el delito de calumnias; lo que impide, en definitiva, saber con certeza si, en ambos casos, la tarea de ponderación debe ser la misma. En

todo caso, la Sentencia sostiene que la consideración de los agentes como funcionarios públicos determina una mayor resistencia y prevalencia del derecho a la libertad de expresión ejercitado: las personas que se dedican a actividades públicas «*están expuestas a un más riguroso control de sus actividades y manifestaciones*» y, por ello, «*la sujeción a esta crítica es inseparable de todo cargo de relevancia pública*» [FJ 5 b)]. En segundo lugar, también es llamativo –como también se apresura a resaltar el Voto Particular– que la Sentencia admita, sin matices, que la resolución impugnada por medio del presente recurso de amparo no realizó la tarea de ponderación de los derechos enfrentados en el presente caso, lo que lleva al Tribunal –realizando, con carácter preliminar, las funciones que deberían haber realizado los tribunales de la instancia– a «*efectuar aquí tal ponderación*» (FJ 5). Y, tras realizar esta labor de ponderación, el Tribunal concluye que la condena por el delito de calumnias no vulneró el derecho a la libertad de expresión del recurrente. Dos son las razones esenciales sobre las que se sustenta esta conclusión: (i) en la jurisdicción ordinaria se acreditó la falsedad de las manifestaciones realizadas por el recurrente y, además, que éste conocía positivamente su falsedad al momento de realizarlas; y (ii) las afirmaciones litigiosas revestían una especial gravedad, por cuanto «*el recurrente no se limitó a imputar a los agentes la comisión de un “grave delito de falsedad documental”, sino que además atribuyó su realización a la intención de perjudicarlo y de encubrir al verdadero responsable del accidente [...]*» (FJ 6). Esta última consideración enlaza coherentemente en la Sentencia con la jurisprudencia constitucional relativa al menor o escaso margen de protección del derecho a la libertad de expresión cuando se trata de imputaciones de hechos delictivos, especialmente cuando ello no «*va dirigido a fomentar el desarrollo de una opinión pública libre*» (*ibid.*).

STC 42/2011, de 11 de abril

RA: Estimado.

Ponente: Ramón Rodríguez Arribas.

Conceptos: Sanción a socio por declaraciones en la prensa. Contenido de la libertad de asociación (libertad de creación de asociaciones y de adscripción a las ya creadas; libertad de no asociarse y de dejar de pertenecer a las mismas; libertad de organización y funcionamiento internos sin injerencias públicas).

Preceptos de referencia: Artículos 22 y 24 CE.

La junta directiva de un club de caza acordó imponer una sanción a un socio. La sanción fue debida a unas declaraciones que el socio había realizado en un periódico de la zona, en las que vertía una serie de críticas contra el presidente y la junta directiva del club. El hecho fue considerado como una falta muy grave de las previstas en los estatutos sociales de la entidad, consistente en desconsideración o actos muy graves hacia directivos y club, de manera pública o privada, con grave perjuicio para la imagen del club y, en consecuencia, siguiendo el procedimiento sancionador estatutariamente previsto, se impuso la citada sanción. El socio afectado promovió juicio verbal contra la resolución sancionadora. En la sentencia se determinó que el club no había acreditado debidamente el grave perjuicio para la imagen de los miembros de la junta directiva del club, pues los hechos denunciados en el

medio de comunicación eran ciertos, de modo que el contenido del escrito no podía ser calificado como falta muy grave. La entidad deportiva interpuso recurso en el que, entre otras consideraciones, se hacía valer la lesión de su derecho de asociación garantizado por el artículo 22 CE. Dicha pretensión fue reiterada en el recurso de amparo.

La demanda razona que este derecho fundamental comprende no sólo el de asociarse sino también el de establecer la propia organización del ente creado por el acto asociativo. En tal sentido considera que la asociación recurrente se regula principalmente por sus estatutos sociales, debidamente presentados ante el registro general de entidades deportivas. La sanción impuesta a un socio en este caso lo ha sido, según se razona, previa la tramitación de un procedimiento completo y conforme a las normas sancionadoras establecidas por dichos estatutos sociales. Por ello la sanción no puede considerarse, a su parecer, contraria a la ley. Entienden que se ha producido una vulneración del derecho de asociación (art. 22 CE) al haber ignorado las resoluciones judiciales las potestades de autorregulación de la entidad. Junto a ello se aduce también la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) sustentada en que, a su parecer, las Sentencias deberían haber apreciado su solicitud de nulidad por inadecuación del procedimiento.

Empezando por esta segunda pretensión el TC señala, como cuestión previa que: *«La queja ha de ser desestimada. En efecto, este Tribunal ha desestimado reiteradamente la identificación entre defecto o irregularidad procesal e indefensión, pues no toda infracción procesal es causante de la vulneración del derecho recogido en el artículo 24.1 CE, sino que sólo alcanza tal relevancia aquella que, por anular las posibilidades de alegación, defensa y prueba cause una verdadera y real situación de indefensión material (por todas, SSTC 15/2005, de 31 de enero, FJ 2; y 76/2007, de 16 de abril, FJ 6). En el presente caso, aun en el discutible supuesto de que se hubiera producido la irregularidad procesal denunciada, no cabría apreciar en ella ningún perjuicio real y efectivo en las posibilidades de defensa de la entidad recurrente, sin que tal conclusión quede desvirtuada por la afirmación apodíctica de que supone una indefensión material el no haber podido interponer recurso de casación contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, ni existe un derecho previo a que se siga siempre el proceso de mayor complejidad y mayor posibilidad de recursos»* (FJ 2).

En relación a la aplicación de los estatutos para determinar la sanción, la sentencia reseñada señala que: *«Ya la STC 218/1988, de 22 de noviembre, —dictada en un supuesto que guarda similitud con el del presente recurso de amparo— reiteraba que el derecho de asociación reconocido en el artículo 22 CE comprende no sólo el derecho a asociarse, “sino también el de establecer la propia organización del ente creado por el acto asociativo”; potestad de organización que se extiende con toda evidencia “a regular en los estatutos las causas y los procedimientos de expulsión de los socios” (FJ 2). Así, hemos mantenido con posterioridad que “quienes ingresan en una asociación se entiende que conocen y aceptan en bloque las normas estatutarias, a las que quedan sometidos; normas que pueden prever, como causa de expulsión del socio, una conducta que la propia asociación valore como lesiva a los intereses sociales”»* (STC 96/1994, de 21 de marzo, FJ 2).

Por lo que, una vez comprobado que la sanción se impuso mediante el adecuado procedimiento, *«el respeto al derecho de asociación exige que la apreciación judicial se limite en este punto a verificar si se han dado circunstancias que puedan servir de base a la decisión de los socios, como son*

declaraciones o actitudes públicas que trasciendan del interior de la entidad y puedan lesionar su buen nombre, dejando el juicio sobre esas circunstancias a los órganos directivos de la asociación tal y como prescriben sus estatutos (STC 218/1988, FJ 1)». (FJ 4)

La Sentencia recurrida en amparo, había considerado que la asociación deportiva aplicó las normas sancionadoras «*a unos hechos que no merecen ser tipificados y, consiguientemente, sancionados tan gravemente como en su día lo fueron*». Reconocía que algunas de las frases contenidas en el escrito del socio publicado en el periódico local «*no son precisamente elogios hacia la persona del Presidente del Club*», si bien tomaba en cuenta «*las circunstancias personales y sociales concurrentes*» para concluir que son subsumibles dentro del derecho a la crítica y deben gozar de permisibilidad. Pero olvida que en los estatutos de la asociación se sancionaba la crítica, pública o privada, fuera de los órganos del club. En definitiva, el alcance del control judicial consiste en limitarse a comprobar si existió una base razonable para que los órganos de las asociaciones tomaran la correspondiente decisión.

STC 50/2011, de 14 de abril

CI: Desestimada.

Ponente: Delgado Barrio.

Conceptos: Derecho de igualdad, personas jurídicas, personas físicas, traspaso de local de negocio.

Preceptos de referencia: Artículo 14 CE, artículo 31.4 de la Ley de arrendamientos urbanos, de 24 de diciembre de 1964, según la redacción dada por el artículo 19 de la Ley 19/1989, de 25 de julio y la posterior redacción derivada de la disposición adicional decimotercera del Real Decreto-ley 7/1989, de 29 de diciembre, y confirmada por la disposición adicional décima de la Ley 5/1990, de 29 de junio.

La sentencia se pronuncia sobre la cuestión de inconstitucionalidad planteada por un Juzgado de Primera Instancia sobre el artículo 34.1 de la Ley de arrendamientos urbanos, de 24 de diciembre de 1964, según la redacción dada por el artículo 19 de la Ley 19/1989, de 25 de julio y la posterior redacción derivada de la disposición adicional decimotercera del Real Decreto-ley 7/1989, de 29 de diciembre, y confirmada por la disposición adicional décima de la Ley 5/1990, de 29 de junio.

La redacción derivada de la Ley 19/1989 era la siguiente: «*no se reputará causado el traspaso en los casos de transformación, fusión o escisión de Sociedades mercantiles, pero el arrendador tendrá derecho a elevar la renta como si el traspaso se hubiera producido*». La redacción introducida por el Real Decreto-ley 7/1989 es «*no se reputará causado el traspaso en los casos de transformación, fusión o escisión de Sociedades o Entidades públicas o privadas, pero el arrendador tendrá derecho a elevar la renta como si el traspaso se hubiese producido*». La Ley 5/1990 mantuvo este último texto.

El Juez proponente de la cuestión considera que el artículo 31.4 LAU, en sus diferentes redacciones, podría vulnerar el principio de igualdad, al otorgar un trato más favorable a estas personas jurídicas (en la medida que en tales casos el traspaso no puede considerarse ilegal y, por tanto, impide la apreciación de la causa de resolución prevista en el apartado quinto del art. 114 LAU) que el dispensado a las personas físicas u otras personas jurí-

dicas distintas de las previstas en el mismo. A juicio del Juzgado, esta diferencia de trato conlleva que los arrendadores de locales de negocio que tienen como arrendatarias a las entidades mencionadas en la norma en cuestión se encuentren en peor situación que los que tienen arrendados locales de negocios a personas físicas o a personas jurídicas distintas de las previstas en el artículo 31.4 LAU.

Señala el TC que de acuerdo con la doctrina constitucional el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual, con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica *«de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el artículo 14 CE, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, careciendo de una justificación objetiva y razonable para ello. (STC 273/2005 de 27 de octubre, FJ 3, por todas)»* (FJ 4).

Para el Tribunal Constitucional la diferente naturaleza de las personas físicas y de las personas jurídicas determina que existan actos jurídicos que, por ser incompatibles con su respectiva naturaleza jurídica, no puedan ser realizados indistintamente por estos sujetos de Derecho. De ahí que declare que *«este Tribunal haya afirmado que “no existe una necesaria equiparación entre personas físicas y jurídicas” (STC 23/1989, de 2 de febrero, FJ 3). Por esta razón, no siempre que se aduce una vulneración del principio de igualdad por el diferente trato otorgado a una persona jurídica en relación con el dispensado a una persona física, o viceversa, puede considerarse que el término de comparación alegado es idóneo, ya que la diferente naturaleza de estos sujetos de Derecho puede determinar que existan situaciones en las que sólo pueda encontrarse uno de ellos»* (FJ 4).

Considera el TC que el *«término de cotejo»* aducido por el Juzgador que plantea la cuestión *«no es idóneo para llevar a cabo la comparación que exige el juicio de igualdad, lo que implica que en el caso enjuiciado no se cumpla el primero de los requisitos que debe concurrir para poder apreciar que el diferente trato alegado es contrario al derecho fundamental que consagra el artículo 14 CE»* (FJ 4).

Por todo ello, resuelve el TC que el precepto cuestionado no vulnera el artículo 14 CE.

STC 51/2011, de 14 de abril

RA: Estimado.

Ponente: Aragón Reyes.

Conceptos: Intimidad personal y familiar, derecho de igualdad, derecho a la tutela judicial efectiva, aconfesionalidad y neutralidad religiosa del Estado, libertad religiosa en su vertiente subjetiva, derecho a contraer matrimonio en condiciones de plena libertad e igualdad.

Preceptos de referencia: Artículos 14, 18, 16.1, 16.3, 24, 32.1 CE.

La recurrente había prestado servicios como profesora de religión católica a propuesta del Obispado de Almería en diversos centros escolares públicos, desde hacía seis años. En mayo del año 2001 se le comunicó que no sería propuesta como profesora de religión y moral católica para el siguiente curso, por haber contraído matrimonio civil con un divorciado, al no considerarse

tal decisión coherente con la doctrina de la Iglesia católica respecto del matrimonio. Por este motivo, la recurrente en amparo formuló demanda por despido ante la jurisdicción social contra el Ministerio de Educación, la Consejería de Educación y Ciencia de la Comunidad Autónoma de Andalucía y el Obispado de Almería, en la que se solicitaba que su no renovación como profesora de religión se considerase como un despido y que dicho despido se declarase nulo por vulneración de sus derechos fundamentales, al entender que su no inclusión en la propuesta del Obispado para la contratación de profesores de religión y moral católica se debía exclusivamente al hecho de haber contraído matrimonio civil, lo cual supone un trato discriminatorio prohibido por el artículo 14 CE, así como una violación de su derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE).

El Juzgado de lo Social desestimó la demanda planteada por carecer de acción la demandante, al entender que no había existido despido, sino meramente una extinción de contrato de trabajo por expiración del tiempo convenido [art. 49.1.c) de la Ley del estatuto de los trabajadores]. El Juzgado entendió que se trataba de una relación laboral de naturaleza temporal pero objetivamente especial que, por ello, quedaba fuera del régimen de la Ley del estatuto de los trabajadores (en adelante LET). Añade la Sentencia que, aun admitiendo que la no renovación del contrato de la actora pudiera equipararse a un despido por la supuesta vulneración de los derechos fundamentales, no ha existido discriminación ni violación de cualquier otro derecho fundamental de la demandante porque es lógico que no se produzca la propuesta si quien tiene atribuida legalmente la competencia para efectuarla *«ha perdido la confianza en la actora para impartir clases de Religión Católica, porque considera que por el hecho de haber contraído matrimonio civil se ha apartado de la doctrina de la Iglesia Católica..., sin que ello suponga vulneración alguna de los derechos fundamentales de la demandante por las circunstancias excepcionales que concurren en el presente caso»*.

Contra dicha Sentencia interpuso recurso la solicitante de amparo, alegando que su no inclusión en la propuesta del Obispado para la contratación de profesores de religión no puede ser calificada como un supuesto de extinción de contrato de trabajo por expiración del tiempo convenido *ex* artículo 49.1.c) LET, sino que constituye un despido nulo por tener móvil discriminatorio (art. 55.5 LET), toda vez que la decisión del Obispado atenta contra el derecho a la igualdad y a no sufrir discriminación (art. 14 CE), y contra el derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE), sin que esa decisión del Obispado pueda escudarse en el derecho a la libertad religiosa (art. 16 CE) y en el Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede de 3 de enero de 1979, sobre enseñanza y asuntos culturales, para eludir el control jurisdiccional y el respeto a los derechos fundamentales de la trabajadora recurrente. El recurso fue desestimado por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que confirmó íntegramente el pronunciamiento de instancia.

En la demanda de amparo se alega, en primer lugar, que la Sentencia dictada en suplicación por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía ha vulnerado el derecho de la recurrente a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), porque incurre en incongruencia omisiva, al no dar respuesta a las cuestiones planteadas en el recurso de suplicación, esto es, si la propuesta del Obispado es susceptible de control jurisdiccional y si dicha propuesta, contraria a la renovación del contrato de la trabajadora recurrente, vulneró los derechos fundamentales de ésta (arts. 14

y 18.1 CE) y, en consecuencia, procede declarar como despido nulo su no renovación de contrato.

En segundo lugar, se aduce que tanto la Sentencia de instancia como la de suplicación vulneran el derecho de la recurrente a no sufrir trato discriminatorio por sus circunstancias personales (art. 14 CE), así como su derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE), pues desestiman la pretensión formulada sobre nulidad de despido partiendo de la inaceptable premisa de considerar que las propuestas realizadas por el ordinario diocesano en virtud de lo dispuesto en el artículo III del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede de 3 de enero de 1979, sobre enseñanza y asuntos culturales, no están sometidas a control alguno por parte de los Jueces y Tribunales del Estado español.

Cabe señalar que, en sus alegaciones, el Abogado del Estado destacó que debía tenerse en cuenta que, por virtud del artículo III del referido Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede, la Administración educativa española sólo puede admitir como profesores de religión y moral católica a quienes sean propuestos por el ordinario diocesano por contar la llamada «declaración eclesialística de idoneidad», habilitación docente creada por la Conferencia Episcopal Española, y que los obispos están a su vez vinculados por lo dispuesto en los cánones 804.2 y 805 del Código de Derecho canónico, de tal suerte que ese poder de propuesta reservado a la autoridad eclesialística sólo se explica como vehículo para la aplicación de los citados cánones, hasta el punto de que el repetido artículo III del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede carecería de sentido sin su trasfondo canónico. Señala el abogado del Estado que desde la perspectiva del ordenamiento canónico cabe perfectamente entender que el católico que contrae matrimonio civil no da testimonio de vida cristiana, dada la inseparabilidad entre contrato y sacramento (canon 1055.2), por lo que existiría en tal caso una razón religiosa o moral en el sentido del canon 805, y amparada en la libertad religiosa (art. 16.1 CE), para que el Obispado no propusiera para el siguiente curso escolar al profesor de religión católica que contrae matrimonio civilmente, como ocurre en el caso de la recurrente.

El Tribunal Constitucional rechaza la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), al no apreciar la concurrencia del vicio de incongruencia omisiva en la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. A juicio del Alto Tribunal *«la Sala se pronuncia en su Sentencia, por tanto, no sólo sobre la pretensión ejercitada por la demandante en el recurso de suplicación, que desestima, confirmando íntegramente la Sentencia de instancia, sino también sobre las concretas cuestiones alegadas en el recurso a las que se refiere la queja por incongruencia omisiva que se formula en la demanda de amparo (si la propuesta del Obispado es susceptible de control jurisdiccional y si esta propuesta, contraria a la renovación del contrato, vulneró los derechos fundamentales de la recurrente), cuestiones que la Sala descarta enjuiciar por entender que son ajenas a la pretensión ejercitada»* (FJ 2).

La sentencia analiza a continuación si la decisión adoptada por el Obispado de no renovar el contrato de la recurrente como profesora de religión vulnera su derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE) y a no sufrir discriminación (art. 14 CE) y señala, en primer lugar:

1.º) que tal pretensión debe abordarse a la luz de la doctrina sentada por el Pleno de este Tribunal en la STC 38/2007, de 15 de febrero, según la cual, *«la facultad reconocida a las autoridades eclesialísticas para determinar*

quiénes sean las personas cualificadas para la enseñanza de su credo religioso constituye una garantía de libertad de las Iglesias para la impartición de su doctrina sin injerencias del poder público» (FJ3);

2.º) que como subraya la STC 38/2007, el hecho de que la designación de los profesores de religión deba recaer sobre el correspondiente Obispado, y que dicha propuesta implique la previa declaración de su idoneidad basada en consideraciones de índole moral y religiosa *«no implica en modo alguno que tal designación no pueda ser objeto de control por los órganos judiciales del Estado, a fin de determinar su adecuación a la legalidad» (FJ 4).*

A continuación, el TC subraya que la demandante de amparo ejerció su derecho constitucional a contraer matrimonio en condiciones de plena libertad e igualdad (arts. 14 y 32.1 CE), y analiza si la reacción del Obispado que determinó la pérdida de su puesto de trabajo como profesora de religión y moral católicas puede entenderse lesiva de sus derechos fundamentales. Para ello el TC lleva a cabo una ponderación entre los derechos fundamentales de la recurrente (derecho a la libertad ideológica, en conexión con su derecho a contraer matrimonio en la forma y condiciones establecidas en la ley, y asimismo en relación con los derechos a no sufrir discriminación por razón de las circunstancias personales y a la intimidad personal y familiar) con el derecho de libertad religiosa (ar. 16.1 y 3 CE) del Obispado.

Considera el TC que *«la decisión de la demandante de casarse en la forma civil legalmente prevista con la persona elegida queda así, en principio, en la esfera de su intimidad personal y familiar, de suerte que la motivación religiosa de la decisión del Obispado de Almería de no proponerla como profesora de religión para el siguiente curso escolar (por haber contraído matrimonio sin ajustarse a las normas del Derecho canónico) no justifica, por sí sola, la inidoneidad sobrevenida de la demandante para impartir la enseñanza de religión y moral católicas, pues esa decisión eclesial no puede prevalecer sobre el derecho de la demandante a elegir libremente (dentro del respeto a las reglas de orden público interno español) su estado civil y la persona con la que desea contraer matrimonio, lo que constituye una opción estrechamente vinculada al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad humana (art. 10.1 CE)» (FJ 12).*

Procede, en consecuencia, el otorgamiento del amparo.

STC 63/2011, de 16 de mayo

CI: Estimada.

Ponente: Luis Ignacio Ortega Álvarez.

Conceptos: Principio de igualdad. Discriminación por razón de la edad.

Prohibición a los farmacéuticos mayores de 65 años de instalar nueva oficina de farmacia: medida irrazonable y desproporcionada. Inexistencia de discriminación positiva: ausencia de grupo desfavorecido y marginación de un colectivo concreto.

Preceptos de referencia: Artículos 14 y 10.1 CE. Artículo 22.6 de la Ley 4/1996 de Castilla-La Mancha de Ordenación del servicio farmacéutico.

La cuestión de inconstitucionalidad es planteada por el TSJ de Castilla-La Mancha, al estimar que la prohibición de que *«en ningún caso»* los farmacéuticos mayores de 65 años puedan *«participar en el procedimiento de instalación de una nueva oficina de farmacia»* (art. 22.6 de la Ley 4/1996, de 26 de diciembre, de ordenación del servicio farmacéutico en Castilla-La Man-

cha) vulnera el principio de igualdad del artículo 14 CE, en cuanto incorpora una discriminación por razón de la edad sin una justificación objetiva y razonable que la haga constitucionalmente legítima.

La desestimación interesada por la Junta de Comunidades y las Cortes de Castilla-La Mancha se fundamenta en dos razones. En primer lugar, la garantía de la mejor prestación de un servicio de claro interés público, que justificaría limitar la apertura de nuevas oficinas por quienes, sobrepasados los 65 años, *«no pueden prestar el servicio con todas las garantías o se enfrentarían con dificultades de adaptación a las peculiaridades de la localidad y población en la que la nueva oficina se instale»*. Pese a que la legislación castellano-manchega no impide seguir ejerciendo la actividad farmacéutica después de los 65 años, defiende que la fijación de la edad legal no es arbitraria por corresponderse con la edad de jubilación. En segundo lugar, la norma constituiría un supuesto de discriminación positiva, en tanto medida social orientada a garantizar el pleno empleo (art. 40.1 CE) y a incorporar nuevos profesionales menores de tal edad, que están en una situación objetivamente diferente de los mayores de 65 años que han visto realizadas ya sus expectativas laborales o empresariales.

Por su parte, el Ministerio público estima que el mencionado artículo 22.6 de la Ley 4/1996 establece una diferenciación atendiendo *únicamente* a la edad, sin que de su tenor ni contexto pueda deducirse una justificación razonable del diferente trato dispensado por la norma en función de la edad. Señala así la incongruencia de impedir a un farmacéutico mayor de 65 años instalar una oficina de farmacia pero permitirle dispensar medicamentos sin limitaciones por razón de edad si la instaló antes de llegar a aquella edad. Ello pondría en evidencia que la limitación no está relacionada con la capacidad para el ejercicio de la profesión o los méritos de los solicitantes (criterio que el propio artículo 22 de la Ley 4/1996 establece para otorgar las autorizaciones de instalación) y no se trata, por tanto, de una medida social de discriminación positiva a favor de un colectivo desfavorecido, sino de la exclusión de una minoría que es lo propio de las medidas de discriminación negativa.

El TC sigue la doctrina forjada en su seno relativa al principio de igualdad y a las prohibiciones de discriminación (art. 14 CE) cuya regla podría resumirse en el aforismo de que *«a iguales supuestos de hecho, iguales consecuencias jurídicas»*. Recuerda que es posible realizar diferenciaciones lícitas si ellas son *razonables* (objetivamente justificadas) y *proporcionadas* (al resultado producido y la finalidad pretendida). En el caso de supuestos de discriminación no previstos expresamente por el artículo 14, como el de la edad justamente, para que las diferencias sean discriminatorias deben estar históricamente arraigadas y haber situado a dichos sectores de la población (por la acción de los poderes públicos y la práctica social) en posiciones, no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona (art. 10.1 CE). Las prohibiciones de discriminación implican que el empleo por el legislador de las distinciones amparadas por el artículo 14 CE ha de ser excepcional, debiendo superar un juicio de legitimidad constitucional mucho más estricto y de proporcionalidad más riguroso; además de que la demostración de su justificación recae sobre quien la defiende. Desde esta doctrina, el TC analiza los precedentes en los que, entendiendo a la edad como factor de discriminación prohibido por el artículo 14, se ha resuelto acerca de la existencia o no de una diferenciación lícita con soluciones diversas (SSTC 75/1983, de 3 de agosto; 31/1984, de 7 de marzo; 69/1991, de 8 de abril; 361/1993, de 3 de diciembre; 149/2006, de 20 de septiembre; 280/2006, de 9 de octubre;

341/2006, de 11 de diciembre). Especial trascendencia tienen para el caso, las SSTC 109/2003, de 5 de junio y 152/2003, de 17 de julio en las que este Tribunal se pronunció sobre la edad (70 años) como causa de caducidad de las autorizaciones de farmacia prevista por leyes autonómicas. En ellas, entendió justificado y razonable «el establecimiento de una edad tope para el ejercicio de una actividad privada declarada de interés público» y que el cumplimiento de esa edad podría hacer mermar la prestación de la actividad en las condiciones requeridas por tal finalidad. Tuvo en cuenta que la caducidad ni enerva la transmisión de los elementos patrimoniales de la oficina (art. 25.3), ni impide el ejercicio de su actividad profesional en otras áreas. Sin embargo, el TC rechaza que esta doctrina sea trasladable automáticamente a este caso (los 70 años limitaban con carácter general el ejercicio de la actividad habilitada por una autorización de farmacia y el precepto legal aquí en cuestión solo sujeta al tope de 65 años el desempeño farmacéutico derivado de la obtención de una nueva autorización, permitiendo el normal ejercicio de una preexistente), siendo necesario valorar las razones esgrimidas. De dicho análisis extrae el TC las siguientes conclusiones:

a) La dificultad objetiva de los mayores de 65 años para prestar el servicio y, en particular, para adaptarse a las peculiaridades de la localidad y de la población en que haya de instalarse la nueva oficina de farmacia es *difícilmente contrastable* y, al ser instrumentada de un modo incondicional, resulta *desproporcionada* al fin al que se orienta. La desproporción, si no arbitrariedad, de presumir la dificultad de adaptación (e incluso la heterogeneidad de la población) es evidente cuando los farmacéuticos mayores de 65 años tenían ya una oficina en un núcleo y quieren acceder a otra en otro núcleo de la misma localidad o, por ejemplo, pretendan abrir una nueva oficina de farmacia por aumento de población en el mismo núcleo donde se encuentran trabajando como sustitutos, adjuntos o auxiliares en farmacia ajena.

b) En la justificación de la norma no se alude al objetivo de intentar favorecer a los farmacéuticos jóvenes o de mediana edad. Además la exclusión de los mayores de 65 años se manifiesta injustificada y desproporcionada y la pretendida medida de *discriminación positiva*, más que privilegiar a un grupo merecedor de especial protección margina a un colectivo concreto (los mayores de 65 años) como resulta de: 1) la amplitud del colectivo privilegiado (todos los farmacéuticos hasta los 65 años), que hace dudosa que se trate efectivamente de un grupo desfavorecido que precise de una medida de acción positiva para reequilibrar su posición frente a los mayores de 65 años; 2) la ausencia de medidas que potencien cualidades o condiciones en base a los principios de mérito y capacidad (informantes del sistema de autorizaciones de apertura de nuevas farmacias) en el propósito de favorecer al colectivo de los menores de 65 años; 3) que si los 65 años no son obstáculo para seguir ejerciendo la profesión de farmacéutico titular de la oficina de farmacia, la prohibición de acceso a una nueva autorización para los mayores de esa edad no está conectada con el interés público presente en la ordenación del servicio farmacéutico, y sin embargo incide en una de las formas de ejercicio profesional, precisamente la articulada a través de la organización de una actividad empresarial, faceta en la cual no está justificada la restricción impuesta a los mayores de sesenta y cinco años; 4) que la prohibición conduce a que la posibilidad de que los farmacéuticos que ya tienen farmacia en otro núcleo de población puedan participar en el concurso dependa de la edad que tengan; y 5) que la medida se revela como inidónea al fin pretendido ya

que la exclusión de los mayores de sesenta y cinco años no lleva consigo el acceso de nuevos profesionales.

Por ello, el TC considera *«que la prohibición establecida en la norma cuestionada implica una discriminación por razón de la edad que no es constitucionalmente admisible (art. 14 CE), porque no resulta ni idónea ni proporcionada respecto de la finalidad pretendida de favorecer el acceso de nuevos profesionales jóvenes y de mediana edad, produciendo en cambio la exclusión de los mayores de sesenta y cinco años de modo injustificado»* (FJ 5).

Esta decisión ha sido reiterado en otras sentencias judiciales dictadas con posterioridad por el TC, con referencia a otras leyes autonómicas de Galicia, Aragón y Extremadura (art. 19.5, inc. 1.º de la Ley del Parlamento de Galicia 5/1999, de 21 de mayo, de ordenación farmacéutica; art. 24.4, inc. 1.º de la Ley de las Cortes de Aragón 4/1999, de 25 de marzo, de ordenación farmacéutica para Aragón; art. 11 de la Ley de la Asamblea de Extremadura 3/1996 de atención farmacéutica, de 25 de junio, desarrollada por el Decreto del Gobierno de Extremadura 121/1997) al artículo 14 CE. Así, en las SSTC 79/2011, de 6 de junio, 117/2011, de 4 de julio, y 161/2011, de 19 de octubre, empleando los mismos o muy similares argumentos, el TC declara inconstitucionales dichas normas; aunque en algunas de ellas se hace referencia también a otros temas como la libertad de ejercicio de la profesión (art. 36 CE), la libertad de empresa (art. 38 CE), ciertas cuestiones relacionadas con la competencias básicas del Estado en materia de sanidad (arts. 149.1.16 y 149.3 CE), el principio de libre circulación y establecimiento en el territorio español (art. 139.1 y 2 CE) o el acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas (art. 23.2 CE). En todas las sentencias, incluida la que aquí comentamos, se deja constancia de la derogación de las normas cuestionadas por inconstitucionales pero entendiendo que estos procesos no pierden por ello su objeto y dictando, en consecuencia, sentencia.

STC 75/2011, 19 de mayo

CI: Desestimada.

Ponente: Manuel Aragón Reyes.

Conceptos: Principio de igualdad. Discriminación por razón del sexo.

Parto: derecho a la suspensión del contrato de trabajo con reserva de puesto. Exclusión de la posibilidad de cesión del período de descanso voluntario de la madre al padre trabajador cuando aquélla no fuese trabajadora por cuenta ajena. Licitud de la diferencia entre los supuestos de parto y adopción: diferente finalidad.

Preceptos de referencia: Artículo 14, 39 y 41 CE. Artículo 48.4 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

El TC rechaza que la regulación del derecho a la suspensión del contrato de trabajo con reserva de puesto en supuesto de parto, y concretamente la regla que permite a la madre ceder al padre el disfrute del periodo de descanso voluntario *sólo en el caso de que ambos trabajen* y, por tanto, impidiéndola cuando la madre no fuese trabajadora por cuenta ajena, en la redacción del entonces vigente artículo 48.4 LET (derogado por la Disposición Adicional Undécima de la Ley Orgánica 3/2007), vulnera el artículo 14 CE o los artículos 39 y 41 CE.

Siguiendo su doctrina sobre el principio de igualdad y de no discriminación, el TC desestima la existencia de una discriminación por razón del sexo contra el varón porque la maternidad, el embarazo y el parto, hacen referencia a una realidad biológica diferencial, protegida por el artículo 39.2 CE, que impide que las ventajas o excepciones legales para la mujer puedan considerarse discriminatorias para el hombre. De esta forma, *«la baja de maternidad está íntimamente relacionada con la condición femenina de la trabajadora»*, la protección legal va dirigida a las madres (no a la familia) atendiendo a la especial situación de vulnerabilidad en la que se encuentran las trabajadoras embarazadas que hayan dado a luz o que estén en período de lactancia y que impone resguardar su salud y afianzar todos sus derechos laborales.

Tampoco concurre una discriminación entre el supuesto de parto y de adopción o acogimiento por permitirse en estos últimos casos que puedan gozar del permiso exclusivo uno o ambos simultánea o sucesivamente dejando en cabeza de estos el ejercicio de la opción. El diferente tratamiento en la titularidad del derecho a suspender el contrato de trabajo en los supuestos de parto y de adopción o acogimiento es lícito puesto que radica en la finalidad tuitiva perseguida por el legislador. Aunque estos supuestos sean plenamente equiparables desde el punto de vista de la filiación y los derechos de los hijos (art. 39.2 CE), eso no significa necesariamente que hayan de surtir los mismos efectos en cuanto a los derechos laborales y a la protección social de los progenitores y adoptantes. Mientras en los supuestos de parto se preserva la salud de la madre trabajadora ante un hecho biológico singular (*«período de descanso por maternidad»*), en la adopción y acogimiento, se busca facilitar la integración del niño adoptado o acogido en la familia y contribuir a un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares. De allí que en estos últimos casos, *cuando ambos padres trabajen*, el derecho a suspender el contrato de trabajo con reserva de puesto durante el periodo establecido y a percibir la correspondiente prestación económica de la Seguridad Social, corresponda *ex lege* indistintamente al padre o madre, a elección de los propios interesados, pues no existe razón para dar preferencia en el disfrute del derecho a uno de los padres sobre el otro; y *si sólo uno de ellos es trabajador incluido en un régimen de la Seguridad Social*, la ley se lo atribuya a éste en exclusiva.

Concluye, de este modo, el TC que *«si la madre biológica no es trabajadora en alta en la Seguridad Social no tiene derecho a la suspensión del contrato de trabajo con reserva de puesto y no es sujeto causante del subsidio por maternidad, por lo que no puede ceder un derecho inexistente al padre, aunque éste sí sea trabajador por cuenta ajena, en alta en la Seguridad Social»*.

El TC parte de la doctrina fijada en esta sentencia para desestimar también la cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación con el artículo 70.4 de la Ley del Parlamento de Galicia 4/1988, de 26 de mayo, de la función pública de Galicia (STC 152/2011, de 29 de septiembre) y denegar el amparo que cuestionaba la decisión tomada en cumplimiento del artículo 75.2 del Decreto Legislativo 1/2001, de 26 de enero, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de la función pública de la Región de Murcia (STC 78/2011, de 6 de junio). Ambas normas eran idénticas a la contenida en el artículo 48.4 de la LET por lo que reitera su rechazo a que vulneren el artículo 14 CE.

STC 99/2011, de 20 de junio

RA: Desestimado.

Ponente: Asúa Batarrita.

Conceptos: Derecho de rectificación (o derecho de contradicción o contestación). Derecho a la libertad de información. Veracidad de la rectificación.

Preceptos de referencia: Artículos 20.1.d) y 24.1 CE. Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del ejercicio del derecho de rectificación.

En fechas 6, 12 y 16 de septiembre de 2004, el periódico *El Mundo* publicó varias informaciones que daban cuenta de supuestas revelaciones de un confidente policial al Juez instructor de un procedimiento penal seguido en la Audiencia Nacional. Estas revelaciones permitían concluir, a juicio del medio, que un determinado agente de la Guardia Civil –identificado en las noticias por su nombre y otros datos relativos a su trayectoria profesional y personal– había vendido armas a traficantes de droga y a bandas organizadas. Después de que el periódico no atendiera un requerimiento notarial en el que se exigía la publicación de un escrito de rectificación, el agente interpuso la acción que a este objeto prevé la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del ejercicio de derecho de rectificación («LO 2/1984»). El Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Madrid estimó parcialmente la demanda del agente y condenó al medio a publicar la rectificación. La Audiencia Provincial de Madrid confirmó en 2006 esta resolución.

En la presente Sentencia, el Tribunal Constitucional desestima el recurso de amparo interpuesto por el director de *El Mundo* y confirma la resolución recurrida.

1) *La delimitación del recurso de amparo interpuesto y del objeto de su enjuiciamiento.*—La pretensión de amparo formulada por el director del medio que fue condenado a publicar la rectificación solicitada por el agente no estaba estrechamente anudada a los hechos concretos del caso. Antes bien, como precisa el Tribunal en el fundamento jurídico 3.º de esta Sentencia, el recurso reprocha una cuestión ligada al ejercicio del derecho de rectificación con carácter general y que, en esencia, remite a unas preguntas sencillas, pero bajo cuya respuesta subyacen cuestiones de fondo importantes acerca de la naturaleza, contenido y alcance de ese derecho: ¿Es presupuesto del ejercicio válido del derecho de rectificación que el contenido de ésta sea objetivamente veraz? ¿Debe el órgano judicial que enjuicia la admisibilidad de la acción de rectificación enjuiciar en particular la veracidad objetiva del contenido de la rectificación pretendida? Si no lo hace, ¿el órgano judicial infringe el derecho fundamental a la libertad de información del artículo 20.1.d) CE?

2) *El ejercicio del derecho de rectificación con arreglo a la LO 2/1984 no infringe el derecho fundamental a la libertad de información, aun cuando la versión de los hechos contenida en la rectificación sea falsa.*—Ésta es la doctrina que, con carácter general y con apoyo en su anterior STC 51/2007, establece la presente Sentencia y que, en particular, determina la desestimación del recurso de amparo. Para el Tribunal, ello es así, por cuanto el medio de información que es condenado a publicar una rectificación que contenga una versión de los hechos que pueda revelarse como incierta no se halla impedido para ratificarse en su versión inicial, «ni le obliga a declarar que la

información aparecida en sus páginas sea incierta, ni a modificar su contenido» (FJ 7).

3) *El correcto encuadramiento del derecho de rectificación como «derecho de contradicción o derecho de contestación» cuestiones terminológicas sustantivas.*—Había advertido la doctrina de los autores [F. PANTALEÓN, «La Constitución, el honor y unos abrigos», *La Ley*, 1996, II, D-162, p. 1.689 (nota 5)] de la improcedencia de denominar *derecho de rectificación* a lo que, en realidad, es un mero *derecho de réplica*. Y si, ciertamente, no se repara en esta confusión, la pretensión del demandante en amparo adquiere pleno sentido: Una información no puede rectificarse válidamente por medio de otra información que es falsa; y esa es la conclusión que se desprende del régimen jurídico de auténticas acciones de rectificación reconocidas en nuestro ordenamiento (como, p. ej., la del art. 32.1 4.ª del Ley de Competencia Desleal). Pero es que, en efecto, la acción de rectificación de la LO 2/1984 no es una acción de rectificación, sino que, como expresa de forma ejemplar la presente Sentencia, es un «derecho a la contradicción» o un «derecho de contestación» (FF. JJ. 5 y 6). No obstante —conviene apresurarse a advertirlo—, el Tribunal no contribuye expresamente a deshacer ese equívoco conceptual; antes bien, asume su doctrina jurisprudencial por la que ese derecho se dirige a «rectificar [cualquier] información difundida [...] que [se] considere inexact[a] y cuya divulgación pueda causar» un perjuicio a su titular (FJ 3). Pero es igualmente claro que, al definir su contenido, no permite malentendido alguno: «la configuración normativa dada al derecho de rectificación permite que la persona aludida aporte su propia versión de los hechos en salvaguarda de su honor y patrimonio moral, ofreciéndola para su contraste con aquellas otras versiones vertidas en el mismo espacio público informativo a efectos de la pertinente formación de la opinión pública» (FJ 5).

4) *La naturaleza y funciones del derecho de rectificación.*—Del mismo modo, la presente Sentencia ofrece una caracterización de la naturaleza y funciones que asume el derecho de rectificación en nuestro ordenamiento. Por un lado, la Sentencia destaca su carácter de «derecho subjetivo» autónomo —aparentemente, respecto de los derechos y pretensiones de «tutela del honor» o de «bienes personalísimos asociados a la dignidad, al reconocimiento social de la autoestima» (FF. JJ. 4 y 5)— pero que sirve al propósito de tutelar, con carácter preventivo («preludio»), el «ejercicio de las acciones civiles o penales correspondientes» (FJ 5). Pero, por otro lado, la jurisprudencia constitucional destaca que ésta no es la única función del derecho de rectificación, pues este derecho también «opera como un complemento de la información que se ofrece a la opinión pública, mediante la aportación de una “contraversión” sobre hechos en los que el sujeto ha sido implicado por la noticia difundida por un medio de comunicación» (FJ 4). Esta consideración sigue siendo válida —aclara el Tribunal ante las alegaciones del recurrente en amparo— en la actual «sociedad de la información», «pues precisamente la transformación social apuntada hace aconsejable de todo punto el reforzamiento de los mecanismos de tutela frente a posibles excesos en la información que el derecho de rectificación contribuye a contener» (FJ 5).

5) *El enjuiciamiento de las pretensiones relativas al derecho de rectificación por medio del juicio verbal no infringe el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.*—La Sentencia también rechaza la alegación del recurrente en amparo, según la cual el enjuiciamiento del derecho de rectificación en el marco del juicio verbal, según dispone el artículo 6 de la LO 2/1984, impediría una ponderación razonable de otros intereses merecedores de tute-

la y, en particular, del derecho a la libertad de información. No obstante, para el Tribunal, además de la consideración de fondo del caso –que, como ha quedado dicho, concluye que la veracidad no es un presupuesto jurídico-material de la acción de rectificación– confirma que la configuración normativa del procedimiento conforme al cual deben ejercitarse y resolverse las pretensiones relativas al derecho de rectificación se ajusta plenamente a la exigencias constitucionales, y ello, por cuanto el control judicial queda limitado al «control jurídico de los requisitos legales de la rectificación instada» y, en concreto, al «examen de la “manifiesta improcedencia”» (FJ 2).

STC 120/2011, 6 de julio

RI: Estimación parcial.

Ponente: Delgado Barrio.

Conceptos: Fundaciones del sector público estatal. Territorialidad.

Preceptos de referencia: Artículos 34.1, 103.1, 149.1.8 CE. Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones. Ley 1/1998, de 2 de marzo, de fundaciones de la Comunidad de Madrid.

La representación del Presidente del Gobierno interpuso recurso de inconstitucionalidad contra dos preceptos de la Ley 1/1998, de 2 de marzo, de fundaciones de la Comunidad de Madrid (la «Ley 1/1998»), al considerar que las normas por ellos establecidas infringían las competencias del Estado por cuanto (i) incluían en el ámbito de aplicación de la normativa autonómica a las fundaciones constituidas por la Administración General del Estado (art. 9.3); (ii) habilitaban a la Comunidad de Madrid para requerir a los órganos estatales información al objeto de determinar el ámbito territorial de la actividad de las fundaciones domiciliadas en dicha Comunidad (inciso final del apartado primero de la DA primera); y (iii) establecían la presunción de que las fundaciones constituidas por las Universidades públicas de la Comunidad de Madrid desarrollan principalmente sus actividades en el territorio de ésta, quedando así sometidas a la ley autonómica (apartado segundo de la DA primera).

En la presente Sentencia, el Tribunal estima el recurso de inconstitucionalidad en relación con el primer y último de los reproches formulados.

1) *La inconstitucionalidad del sometimiento de las fundaciones del sector público estatal comprendidas en el ámbito territorial de la Comunidad de Madrid al régimen jurídico de las fundaciones de esta Comunidad.*– El artículo 9.3 de la Ley 1/1998 –cuya nulidad por inconstitucionalidad es declarada en la presente Sentencia– disponía, en unos términos inequívocamente amplios, un criterio territorial delimitador que determinaba el sometimiento al régimen jurídico de las fundaciones de la Comunidad de Madrid de las fundaciones «constituidas por una o varias personas jurídico-públicas cualquiera que sea [su] ámbito territorial de actuación». Para el Tribunal –en una extensa delimitación de la norma– ello significa que ésta comprende a las fundaciones a las que el artículo 44 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones, configura como fundaciones del sector público estatal, y cuyo régimen jurídico y particularidades jurídico-constitucionales son expuestas en la Sentencia del siguiente modo: (i) su fundamento constitucional no se halla en el artículo 34.1 CE, sino en el artículo 103.1 CE y, más

en particular, en la decisión del legislador estatal de desarrollar el mandato derivado de este precepto constitucional por medio del reconocimiento de la capacidad de las Administraciones públicas de constituir fundaciones; (ii) las fundaciones creadas por medio del ejercicio de esta capacidad por parte de la Administración General del Estado solo pueden realizar actividades relacionadas con el ámbito competencial del Estado; y (iii) del hecho de que quien actúa por medio de estas fundaciones sea un ente público y de que tengan un carácter instrumental ligado al interés general que las justifican se desprenden consecuencias relevantes en cuanto a su régimen jurídico y, en concreto, a su control e intervención administrativa. Por todo ello, la validez de la norma autonómica impugnada determinaría que *«la decisión [del Estado] de actuar a través de la interposición de una fundación tendría como consecuencia el sometimiento de la actuación de la Administración General del Estado, realizada en ejercicio de sus propias competencias, a un conjunto de controles administrativos de legalidad que, de no haberse empleado la veste fundacional, no resultarían de aplicación»* (FJ 8). Y, en particular, determinaría que las fundaciones del sector público estatal quedarían indebidamente sujetas a *«la supervisión y control administrativos de la Comunidad de Madrid, a través del ejercicio de las funciones de registro y protectorado»*, lo que resulta *«contrario al orden de distribución de competencias, pues introduce un mecanismo de control autonómico de la acción de la Administración estatal no previsto en el bloque de la constitucionalidad»* (FJ 9).

2) *La constitucionalidad de la previsión del requerimiento a los órganos estatales de la información para «determinar» el ámbito territorial de la actividad de las fundaciones domiciliadas en la Comunidad de Madrid: «determinar» significa «distinguir o discernir», y no «decidir».*—Se reprochaba, en particular, la utilización del verbo «determinar» en la norma autonómica impugnada, en la medida en que debía entenderse en el sentido de que el requerimiento de información lo era para decidir el ámbito de aplicación de la fundación. No obstante, el Tribunal descarta esta interpretación, al tiempo que ofrece otra más verosímil y, en todo caso, conforme a la CE: *«la Comunidad Autónoma no pretende arrogarse una función que no le pertenece, sino aludir [...] a la actividad consistente en “distinguir” o “discernir” el ámbito territorial de actuación de las fundaciones domiciliadas en el territorio de la Comunidad de Madrid»* (FJ 11).

3) *La inconstitucionalidad de la presunción de que las fundaciones constituidas por las Universidades públicas de la Comunidad de Madrid desarrollan principalmente sus actividades en el territorio de ésta.*— Para el Tribunal, el reparto de competencias entre el Estado y la Comunidad Autónoma en esta materia y, en particular, la sujeción de las fundaciones constituidas por Universidades públicas de la Comunidad de Madrid en la legislación estatal o autonómica de fundaciones viene exclusivamente determinada por el criterio territorial establecido por el legislador estatutario. Por ello, en el caso de la Comunidad Autónoma de Madrid, la competencia sobre esas fundaciones solo corresponderá a ésta si desarrollan principalmente sus funciones en la Comunidad de Madrid (art. 26.1.26 EAM), mientras que la competencia habrá de corresponder al Estado en caso contrario. De este modo, la presunción *iuris et de iure* contenida en la norma impugnada —por la cual todas las fundaciones de las Universidades públicas de la Comunidad de Madrid quedan sujetas a la competencia de esta Comunidad— es inconstitucional y determina la nulidad de dicha norma.

STC 140/2011, de 14 de septiembre**RI: Desestimado.****Ponente: Pérez Vera.****Conceptos: Competencias legislativas. Horarios comerciales. Comercio interior. Ordenación de la actividad económica.****Preceptos de referencia: Artículo 149.1.13.^a CE. Artículo 5 de la Ley 1/2004, de 21 diciembre, de horarios comerciales.**

El orden de distribución de competencias entre el Estado y las CC.AA. en materia de horarios comerciales constituye una materia compleja y cuya actualidad resulta innegable (recuérdense el Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad y la Ley de la Asamblea de Madrid 2/2012, de 12 de junio, relativa a la dinamización de la actividad comercial en la Comunidad de Madrid). El bagaje conformado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en este ámbito tiene –y, sobre todo, tendrá– un protagonismo particularmente relevante. A las anteriores SSTC 225/1993, 228/1993, 264/1993, 284/1993, 124/2003, 254/2004, 164/2006, 88/2010, habrá que añadir ahora la presente Sentencia 140/2011, cuya breve reseña se ofrece a continuación, así como la más reciente STC 26/2012.

1) *El objeto del recurso de inconstitucionalidad.*–El *Consell de Govern* de la Comunidad de las Islas Baleares interpuso recurso de inconstitucionalidad contra los apartados 1 y 4 del artículo 5 de la Ley 1/2004, de 21 de diciembre, de horarios comerciales (la «Ley 1/2004»), así como también contra su Disposición Final 1.^a, relativa a la invocación del título competencial del artículo 149.1.13.^a como fundamento de la regulación de los horarios comerciales contenida en los apartados impugnados. De este modo, las normas sustantivas cuya inconstitucionalidad se reprochaba en el recurso eran dos. Por un lado, el artículo 5.1 Ley 1/2004, por el cual el legislador estatal concreta y enumera los establecimientos comerciales que, por razón de sus peculiaridades, gozan –de modo excepcional– de plena libertad de horarios y, en particular, para decidir si permanecen abiertos en domingos y festivos. Por otro lado, el artículo 5.4 Ley 1/2004, por el que el legislador estatal precisa los requisitos que deben cumplir las tiendas de conveniencia para que sus titulares puedan beneficiarse de la plena libertad de horarios. A juicio de la Comunidad recurrente, estas normas vulnerarían sus competencias en materia de comercio interior, al someter a los establecimientos comprendidos en ellas a un régimen jurídico especial de horarios que excedería del ámbito objetivo de las competencias del Estado *ex* artículo 149.1.13.^a CE.

2) *El planteamiento del enjuiciamiento de la constitucionalidad de las normas impugnadas.*–No obstante el diferente contenido y alcance de las normas reproducidas, la Sentencia las enjuicia, en relación con su posible exceso competencial *ex* artículo 149.1.13.^a, de forma conjunta, aunque formalmente los argumentos se centran, en esencia, en el artículo 5.1 Ley 1/2004. Y, del mismo modo que en su anterior STC 88/2010, el Tribunal orienta su enjuiciamiento a dar respuesta a la inquietud de que la regulación estatal pudiera excluir o desplazar las competencias autonómicas y las consecuencias de ello: «*Es claro que el principio de plena libertad de apertura en cuanto a días y horarios de que gozan los establecimientos comerciales que ahora nos ocupan se formula en unos términos que excluyen la intervención normativa autonómica. Sin embargo, este dato no convierte a la norma esta-*

tal calificada como básica en inconstitucional. Debemos recordar que en nuestra doctrina sobre los horarios de los establecimientos comerciales no es éste el primer supuesto en que hemos admitido que, por excepción, puede ser calificada de norma básica ex artículo 149.1.13 CE una regulación estatal que posibilitaría la libertad de los establecimientos comerciales para determinar su régimen de horarios, sin intervención autonómica [...]. A igual conclusión hemos de llegar aquí, en que la libertad de horarios, sin intervención autonómica complementaria, se predica exclusivamente de los establecimientos a que se ha hecho referencia [...]» (FJ 3). No deja de llamar la atención que el Tribunal Constitucional concluya de forma tan rápida que la regulación estatal impugnada en el recurso excluya «la intervención normativa autonómica» o que, bajo ella, «no quepa intervención normativa de las Comunidades Autónomas».

3) *La constitucionalidad de las normas estatales impugnadas al amparo del artículo 149.1.13.ª CE: la necesidad de «homogeneizar» y establecer a nivel estatal un «mínimo común normativo» para los establecimientos cuya demanda se proyecta durante amplios horarios.*—La constitucionalidad de la totalidad del artículo 5.1 Ley 1/2004 se funda, con arreglo a lo expuesto en la presente Sentencia, en que la imposición de un régimen de plena libertad de horarios para los establecimientos de venta de pastelería y repostería, pan, platos preparados, prensa, combustibles y carburantes, floristerías y plantas, etcétera, se justifica por la necesidad del Estado de, al amparo de su competencia para legislar las bases de la «planificación general de la actividad económica» (art. 149.1.13.ª CE), establecer un «régimen homogéneo de libertad para todo el territorio nacional» o «mínimo común normativo»; y ello, porque estos establecimientos «presentan una demanda por parte de sus potenciales consumidores que es susceptible de proyectarse durante amplios horarios» (FJ 3). En cuanto al juicio de constitucionalidad del artículo 5.4, la Sentencia se limita a extender a éste la naturaleza básica del artículo 5.1 Ley 1/2004: «Por tanto, el artículo 5.1 también tiene naturaleza básica en el extremo analizado, naturaleza básica que, lógicamente, se extiende a la definición homogénea para todo el territorio nacional de la definición de las llamadas “tiendas de conveniencia”» (FJ 3).

STC 150/2011, de 29 de septiembre

RA: Desestimado.

Ponente: Rodríguez Arribas. Votos particulares de Aragón Reyes y Ortega Álvarez y otros.

Conceptos: Daños causados por ruidos. Derecho a la integridad física y moral. Derecho a la intimidad domiciliaria.

Preceptos de referencia: Artículos 15 y 18.1 y 2 CE.

El exceso de ruidos procedente del exterior de una vivienda puede afectar a la salud de una persona y a lo que se ha venido a denominar intimidad domiciliaria, derechos fundamentales cuya vulneración puede ser objeto de recurso de amparo. El Sr. Cuenca interpuso una reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Ayuntamiento de Valencia por los daños físicos y morales causados por el exceso de ruido y por los gastos efectuados en su vivienda para intentar su aislamiento acústico. La desestimación de la reclamación, por parte de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal

Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 20 de junio de 2003, dejó abiertas las puertas a la reclamación en amparo ante este Tribunal.

La sentencia recoge una serie de afirmaciones acerca de la incidencia que tiene el ruido sobre los derechos fundamentales. Así, *«si bien es cierto que no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del artículo 15 CE, sin embargo cuando los niveles de saturación acústica que deba soportar una persona, a consecuencia de una acción u omisión de los poderes públicos, rebasen el umbral a partir del cual se ponga en peligro grave e inmediato la salud, podrá quedar afectado el derecho garantizado en el artículo 15 CE»* (FJ 7).

Mayor debate genera la afectación del artículo 18 CE. Esta sentencia señala que *«una exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido, que puedan objetivamente calificarse como evitables e insoportables, ha de merecer la protección dispensada al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario, en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad, siempre y cuando la lesión o menoscabo provenga de actos u omisiones de entes públicos a los que sea imputable la lesión producida»* (FJ 7), como ya había hecho con anterioridad (STC 119/2001 y 16/2004). Recoge la doctrina del TEDH, sentada en la sentencia 9 de diciembre de 1994 (caso López Ostra contra España) y sentencia 19 de febrero de 1998 (caso Guerra y otros contra Italia), según la cual ciertos daños ambientales, aunque no pongan en peligro la salud de las personas, pueden privarle del disfrute de su domicilio, atentando contra su derecho al respeto de su vida privada y familiar en los términos del artículo 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Admitida con carácter general la posible afectación que el ruido excesivo tiene sobre los derechos fundamentales, en el presente caso el Tribunal desestima el recurso por entender que no concurren los requisitos indispensables para que esa afectación se produzca, por los siguientes motivos:

a) Falta la prueba de la lesión real y efectiva de los derechos fundamentales. El Sr. Cuenca se limita a demostrar que el ruido ambiental en el barrio de San José de Valencia, zona declarada como acústicamente saturada, supera con cierta habitualidad los límites de la ordenanza. Para el Tribunal, falta una prueba individualizada para acreditar la repercusión de ese ruido ambiental en el interior de su vivienda concreta, que dependerá de las condiciones identificativas de cada vivienda, como su altura, aislamiento de la fachada, y distribución de la vivienda (FJ 8).

b) Falta la prueba de la acción u omisión de un poder público al que atribuir el daño. Aunque se hubiera acreditado un daño a la salud o a la intimidad del Sr. Cuenca, éste sólo sería imputable al Ayuntamiento de Valencia en la medida que, por no haber desplegado la actividad que le fuera exigible, *«pudiera afirmarse que hizo dejación de su posición de garante de los derechos de los vecinos»* (FJ 9), por *«la ausencia de esfuerzos adecuados por parte de la autoridad pública orientados a preservar el ámbito propio de los derechos fundamentales invocados, incluso frente a los riesgos que puedan surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada»* (ibíd.). Al parecer del Tribunal, queda acreditado que el Ayuntamiento de Valencia no se mantuvo inactivo, sino que usó todas las facultades que tenía a su alcance para reducir el excesivo nivel de ruido existente en la zona.

El fallo cuenta con dos votos particulares. El primero de ellos, voto concurrente de Aragón Reyes, señala que, aunque pueda haber un «derecho fren-

te al ruido» derivado del artículo 8.1 CEDH en modo alguno puede ser un derecho fundamental. En la CE no existe un derecho fundamental a la «privacidad» en sentido amplio; el artículo 8.1 CEDH no puede identificarse por completo con el artículo 18.1 y 2 CE. Considera que ella mayoría del Tribunal hace una interpretación insostenible del artículo 10.2 CE, que no es una cláusula aditiva que permita ampliar el listado de derechos fundamentales, sino una norma interpretativa. Por tanto, la lesión de este derecho subjetivo no es susceptible de amparo constitucional.

El segundo voto particular, formulado por Ortega Álvarez, al que se adhieren Gay Montalvo y Pérez Vera, critica la argumentación y el fallo con dos argumentos:

a) La exigencia de la prueba del daño en el interior de la vivienda no es un requisito constitucional para amparar el derecho fundamental. El voto particular argumenta con base en la jurisprudencia del TEDH: exigir una medición sonora que permita determinar el nivel sonoro percibido en el interior de la casa resulta demasiado formalista (STEDH 16 noviembre de 2004, asunto Moreno Gómez contra España) o una carga desproporcionada (STEDH de 9 de noviembre de 2010, caso Dees contra Hungría). La comparación con el asunto Moreno Gómez resulta indispensable por tratarse de supuestos idénticos, ya que el Sr. Cuenca, aquí recurrente, reside en el mismo barrio y en la misma plaza que la Sra. Moreno Gómez, aunque la mayoría del pleno se esfuerza en destacar diferencias entre los dos asuntos.

b) Sí se produjo prueba del daño producido por exceso de ruidos, mediante prueba médica del síndrome ansioso-depresivo reactivo.

STC 173/2011, de 7 de noviembre

RA: Desestimado.

Ponente: Eugeni Gay Montalvo. Voto particular de Elisa Pérez Vera.

Conceptos: Derecho a la intimidad e intromisiones autorizadas por el afectado. Derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia. Corrupción de menores. Pornografía infantil. Imágenes y vídeos contenidos en ordenador personal. Acceso al contenido por parte del técnico a quien se encargo su reparación. Denuncia y entrega del ordenador a la policía. Acceso al contenido por parte de ésta. Licitud de la prueba incriminatoria.

Preceptos de referencia: Artículos 18.1 y 24.2 CE.

El caso tiene su origen en un hecho banal: la avería de la grabadora de DVDs de un ordenador personal. Su propietario, el recurrente, lo llevó a reparar y, a partir de aquí, se desencadenó una secuencia de hechos que acabó con su condena por corrupción de menores en la modalidad de pornografía infantil. El técnico, tras reparar el aparato, llevó a cabo algunas rutinas de comprobación. Para ello accedió a la carpeta «mis documentos» y procedió a abrir al azar algunos archivos, comprobando que se trataba de pornografía infantil. Ni el ordenador ni los archivos estaban protegidos por contraseña alguna. Tampoco el propietario había formulado restricción o reserva alguna al entregarlo al técnico. Éste acudió a la policía, denunció los hechos e hizo entrega del ordenador a cuyo propietario asimismo identificó. La policía incoó el correspondiente atestado y llevo a cabo un «análisis preliminar» del ordenador en el curso del cual accedió no sólo a la carpeta «*mis documentos*»

sino también a la denominada «*Incoming*», del programa *eMule* de intercambio de archivos P2P (*peer to peer*), que por lo visto habría sido utilizado para la descarga y puesta a disposición del material pornográfico. Sería precisamente este hallazgo y el hecho de que el programa estuviera «*configurado de forma que los archivos pedófilos depositados en el ordenador pudieran ser descargados por otras personas a través de Internet*», lo que fundaría «*la condena del recurrente por la modalidad específica de distribución de material pornográfico infantil del artículo 189.1.b) del Código penal*» (FJ 6). Tras esa indagación preliminar, al día siguiente, la policía detuvo al propietario del ordenador y encargó una pericial al grupo especializado en delincuencia informática. Concluido el atestado, el detenido fue puesto a disposición judicial. Tras el correspondiente procedimiento, se dictó sentencia condenatoria por delito de corrupción de menores en su modalidad de pornografía infantil. La resolución de la AP fue confirmada por el TS.

El condenado recurrió en amparo ante el TC denunciando la vulneración de los derechos a la intimidad y a un proceso con todas las garantías incluida la presunción de inocencia.

El TC dedica la primera parte de su fundamentación jurídica a exponer una síntesis de su propia doctrina sobre el derecho a la intimidad, el consentimiento del afectado (alcance limitado a los fines autorizados, posibilidad de otorgamiento verbal y también tácito mediante actos concluyentes) y el posible sacrificio del derecho ante otros derechos fundamentales o bienes constitucionalmente protegidos, para lo que se requiere: fin constitucionalmente legítimo, previsión legal (como regla general), resolución judicial motivada y, en fin, idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida. Una vez hecha esa síntesis la sentencia se centra en tres puntos: la relación entre el derecho a la intimidad y los ordenadores personales; la actuación del técnico que acudió a la policía; y, en fin, la actuación de esta última.

1) *Intimidad y ordenadores personales.*—Ante todo, dice la sentencia, se debe «*determinar si un ordenador personal puede ser un medio idóneo para el ejercicio de la intimidad personal, resultando entonces necesario para acceder a su contenido el consentimiento de su titular o que se den los presupuestos que legalmente habilitan la intromisión, de acuerdo con los parámetros constitucionales antes desarrollados*» (FJ 3). La respuesta al interrogante es indudablemente positiva. En este sentido, el TC pone de relieve que «*el cúmulo de la información que se almacena por su titular en un ordenador personal*» incluye datos sobre la vida privada y profesional que se insertan en el ámbito protegido. Además, añade: «*A través de su observación por los demás pueden descubrirse aspectos de la esfera más íntima del ser humano. Es evidente que cuando su titular navega por Internet, participa en foros de conversación o redes sociales, descarga archivos o documentos, realiza operaciones de comercio electrónico, forma parte de grupos de noticias, entre otras posibilidades, está revelando datos acerca de su personalidad, que pueden afectar al núcleo más profundo de su intimidad por referirse a ideologías, creencias religiosas, aficiones personales, información sobre la salud, orientaciones sexuales, etc. Quizás, estos datos que se reflejan en un ordenador personal puedan tacharse de irrelevantes o livianos si se consideran aisladamente, pero si se analizan en su conjunto, una vez convenientemente entremezclados, no cabe duda que configuran todos ellos un perfil altamente descriptivo de la personalidad de su titular, que es preciso proteger frente a la intromisión de terceros o de los poderes públicos, por cuanto atañen, en definitiva, a la misma peculiaridad o individualidad de la perso-*

na. A esto debe añadirse que el ordenador es un instrumento útil para la emisión o recepción de correos electrónicos, pudiendo quedar afectado en tal caso, no sólo el derecho al secreto de las comunicaciones del artículo 18.3 CE (por cuanto es indudable que la utilización de este procedimiento supone un acto de comunicación), sino también el derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE), en la medida en que estos correos o email, escritos o ya leídos por su destinatario, quedan almacenados en la memoria del terminal informático utilizado» (FJ 3). La conclusión, profusamente razonada, vendría corroborada por numerosas disposiciones y declaraciones, así como por la jurisprudencia del TJUE e incluso del propio TC en dos casos de acceso in consentido (STC 34/2009, al ordenador de una compañera de trabajo; y STC 230/2007, al registro de llamadas de un móvil por parte de la Guardia Civil).

2) *Licitud de la actuación del técnico denunciante.*—La sentencia aborda la cuestión desde el punto de vista del consentimiento afectado. Si el propietario del ordenador hubiera consentido el acceso del técnico a la documentación contenida en la carpeta «*mis documentos/mis imágenes*», quedaría excluida toda infracción por parte del mismo. No hubo, sin embargo, consentimiento expreso. Se descarta asimismo que lo hubiera tácito, aunque con una argumentación poco clara con la quizá se pretendió distinguir entre lo tácito y lo presunto: «(El recurrente) no autorizó de forma expresa al encargado de la tienda de informática a acceder al contenido de sus archivos o ficheros donde se encontraban las fotografías y videos de contenido pedófilo, ni tampoco tácitamente porque nos encontramos ante una manifestación de voluntad efectuada por su parte, por lo que no es necesario acudir a conjeturas o presunciones sobre los hechos para su interpretación» (FJ 5). Como quiera que sea, a la postre, el TC admite que el técnico sí contaba con el beneplácito del propietario del ordenador o, al menos, que no hizo nada incorrecto. He aquí su explicación: «Lo que sí se aprecia claramente en el recurrente es la concurrencia de una declaración expresiva de su voluntad de hacer entrega a dicho encargado de su portátil, poniéndolo a su disposición, para que éste procediera a su reparación (en concreto, para cambiar la grabadora que no funcionaba)». Sobre esa base, al acceder a la repetida carpeta «*mis documentos/mis imágenes*» el técnico «no se extralimitó del mandato recibido» (FJ 5). A partir de ahí, una vez descubierto el material pornográfico, no hizo sino cumplir con la obligación de todo ciudadano de denunciar los posibles delitos.

3) *Licitud de la actuación policial.*—Esta cuestión es más compleja. El técnico descubrió el material por azar mientras hacía aquello que se le había encomendado, sin extralimitarse en relación con las rutinas habituales en el sector. La policía, en cambio, llevó a cabo un análisis preliminar (en el curso del cual accedió a la carpeta «*Incoming*» del programa *Emule*) y encargó a sus técnicos una pericia exhaustiva, todo ello sin autorización judicial y, en cuanto a lo último, con el propietario del ordenador ya detenido.

El TC empieza dejando claro que la autorización dada al técnico no puede extenderse a la policía, pues se trata de «una intervención posterior realizada por personas distintas y motivada por otros fines» (FJ 6). También excluye el TC que el consentimiento pudiera derivarse del hecho de que el programa utilizado fuese un programa de intercambio P2P (*Emule*) mediante el cual el usuario, al tiempo que descarga material, abre su propia carpeta de archivos compartidos a cualquier otro usuario («tampoco el hecho de que el recurrente permitiera, a través del programa *eMule* este acceso de otros

usuarios a sus archivos, puede erigirse en una suerte de autorización genérica frente a posteriores y distintas injerencias en el ámbito reservado de su intimidad, a pesar de que ha sido éste el argumento utilizado aquí tanto por la Audiencia Provincial de Sevilla como por la Sala Segunda del Tribunal Supremo» FJ 6).

Descartada la existencia de consentimiento la resolución entra a analizar si la actuación policial podría estar justificada por la concurrencia de otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos. Es aquí donde radica la desestimación de la petición de amparo pues el TC entiende que, en el caso planteado, «*la actuación de la policía era necesaria, resultando, además, la medida de investigación adoptada razonable en términos de proporcionalidad*» (FJ 7). No sin señalar «*la necesidad de que el legislador regule esta materia con más precisión*» (FJ 7), el TC refuerza su argumentación aludiendo a la conveniencia de una actuación rápida por parte de la policía, así como a la especial gravedad de la pornografía infantil.

Es en esta última parte de la sentencia –la relativa a la actuación policial– donde la magistrada discrepante se aparta de la mayoría. A su juicio la «*deficiente calidad de la ley*» debería haber llevado a «*extremar (el celo del TC) como garante de los derechos fundamentales*». Estando el ordenador en poder de la policía y su propietario detenido, no había riesgo alguno de eliminación de los archivos. Tampoco de una hipotética conexión a «*la nube*» con la que la sentencia especula sin base técnica alguna. En esas circunstancias, sin concurrir una «*urgente necesidad*», el examen del ordenador «*debió llevarse a cabo con la autorización previa y el control de su ejecución por parte de la autoridad judicial*». El voto particular concluye declarando la existencia de vulneración de los derechos a la intimidad y a un proceso con todas las garantías y, en consecuencia, la procedencia de otorgar el amparo negado por la mayoría.

STC 182/2011, de 21 de noviembre

RA: Estimado.

Ponente: Elisa Pérez Vera.

Conceptos: Matrimonio. Bien común. Liquidación y adjudicación a uno de los cónyuges. Aplicación analógica de las normas. Derecho a una resolución jurídicamente fundada. Arbitrariedad en el uso de la analogía legis. Asimilación indebida de los cónyuges a la condición de acreedor y deudor. Lesión del derecho a un proceso con todas las garantías.

Preceptos de referencia: Artículo 24. 1 y 2 CE.

La Audiencia Provincial de Álava dictó Sentencia en proceso de medidas matrimoniales acordando entre otras la siguiente: «*la vivienda común podrá ser usada y disfrutada por la menor en compañía de la madre hasta que en ejecución de sentencia proceda su adjudicación a uno de los progenitores o en todo caso su venta a un tercero o en pública subasta conforme a lo establecido en el fundamento jurídico segundo de esta resolución*».

Tras unos años de inactividad el marido instó la subasta del bien. A la misma no acudió ningún postor y el actor solicitó la adjudicación de la vivienda subastada por 600 €, «*de conformidad analógica con el artículo 671 y 670 y concordantes LEC*» con el compromiso de subrogarse en las cargas

del bien y con la posibilidad de ceder el remate a un tercero. Se planteó oposición a esa adjudicación aunque finalmente el Juzgado consideró que: *«es procedente, admitir la solicitud del recurrente [...] y proceder a la adjudicación de la vivienda al solicitante y ello es así, porque una vez efectuada la subasta sin que se haya efectuado postura alguna, lo procedente es dar término a la ejecución, y solicitada la adjudicación por una de las partes, sin que la contraria haya instado la misma, ni haya alegado razón que justifique su negativa, es lo procedente acceder a lo solicitado a tenor de la aplicación analógica del artículos 670 y 671 LEC».*

La demanda de amparo se dirige contra lo resuelto por el Juzgado de ejecución de medidas matrimoniales, centrada la queja de fondo en la vulneración del artículo 24.1 CE, es decir, del derecho a obtener una resolución jurídicamente fundada.

El TC nos recuerda que: *«Este Tribunal, en una muy reiterada y ya consolidada doctrina, recogida en sus inicios en las SSTC 61/1983, de 11 de julio, FJ 3, y 13/1987, de 5 de febrero, FJ 3, y confirmada últimamente en el FJ 4 de la STC 248/2006, de 24 de julio, ha venido declarando que el derecho a la tutela judicial efectiva incluye el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada, fundada en Derecho y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, por cuanto la motivación de las resoluciones judiciales, aparte de venir impuesta en el artículo 120.3 CE, es una exigencia derivada del artículo 24.1 CE que permite conocer las razones de la decisión que aquéllas contienen y que posibilita su control mediante el sistema de los recursos (entre otras muchas, SSTC 163/2000, de 12 de junio, FJ 3; 187/2000, de 10 de julio, FJ 2; y 214/2000, de 18 de septiembre, FJ 4). La motivación debe contener una fundamentación en Derecho (STC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3)».* (FJ.3)

Esta afirmación no incluye un pretendido derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales (salvo que con ellas se afecte al contenido de otros derechos fundamentales distintos al de tutela judicial efectiva). Pero sí incluye la garantía de que la decisión no sea arbitraria, irrazonada o irrazonable, o incurra en un error patente. Pues bien, es precisamente siguiendo esta línea que el Tribunal considera que la resolución que se impugna en este amparo, parte de una premisa patentemente errónea, como es la asimilación de la figura del cónyuge que solicita la liquidación de un bien común, a un «acreedor», y, en sentido contrario, la de aquel otro que no ha tomado la misma iniciativa (en el caso, la aquí recurrente) a un «deudor» de aquél. Por ello se llega a un resultado absolutamente desproporcionado e irrazonable, el de permitir la adjudicación de la vivienda común, cuya propiedad pertenecía al marido sólo en una porción de 5/12, por un precio total, descontadas las cargas del inmueble de las que aquél se hace cargo, de seiscientos euros (600 €), cuando la vivienda estaba tasada, sin cargas, en la cantidad de ciento diecisiete mil setecientos veintidós euros con sesenta y tres céntimos (117.722,63 €). *«En efecto, no cabe asimilar en pura lógica los papeles de “acreedor” y “deudor” entre cónyuges que están liquidando un bien común, como si uno de ellos fuera el obligado y otro el titular del derecho, sólo porque formalmente uno ha pedido la liquidación-ejecución y por ello reciba el trato de “ejecutante” incluso cuando, como en este caso, el otro se opone a esa ejecución»* (FJ 4).

Y dado que entra en el campo de control del TC apreciar si esa operación analógica parte en su caso de *«premisas inexistentes o patentemente erróneas o siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal*

magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas», entiende que el hecho de que la Ley de enjuiciamiento civil prevea que en los casos de ejecución de obligaciones dinerarias y donde se subasta un bien inmueble, a falta de posturas suficientes no se le deba causar más perjuicios al acreedor, permitiéndole la adjudicación del bien por una cantidad igual o superior al cincuenta por ciento (50 por 100) del valor de tasación o por lo que se le deba «por todos los conceptos» (art. 671 LEC), es una medida que se justifica, precisamente, en la óptica de un proceso seguido para el cumplimiento de una obligación que un sujeto tiene contraída frente a otro. «Tal situación nada tiene que ver, sin embargo, con la liquidación de un bien matrimonial, donde ambos son titulares del bien inmueble –en este caso incluso en mayor proporción para la recurrente afectada– y ambos se ven sujetos a su conversión en dinero. De allí que si bien en principio resulten aplicables las reglas de la subasta previstas en la Ley de enjuiciamiento civil, ello ha de serlo hasta el punto en que resulte razonable la asimilación» (FJ 4).

STC 190/2011, 12 de diciembre

RA: Desestimado.

Ponente: Pablo Pérez Tremps.

Conceptos: Acceso a la justicia. Cónyuges separados legalmente. Irrelevancia de la separación a efectos de aplicar la prohibición de ejercicio de acciones penales entre cónyuges.

Preceptos de referencia: Artículo 24.1 CE. Artículo 103.1 LECrim.

El tutor de un mayor de edad interpuso querrela contra la esposa de éste (de la que estaba separado) por supuestos delitos de estafa y apropiación indebida, que fue admitida a trámite. La defensa de la acusada planteó como cuestión previa en la vista oral que la acusación particular carecía de la necesaria legitimación, en primer lugar, porque el tutelado tenía plena capacidad y, en segundo lugar, porque, en cualquier caso, al ser el tutelado cónyuge de la acusada regía la prohibición del artículo 103 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrím) que impide el ejercicio de la acción penal entre cónyuges. La Sala, en resolución *in voce* documentada en el acta de la vista oral, acordó rechazar el primero de los motivos, al existir una declaración judicial de incapacidad no revocada, y estimar en cambio el segundo.

El objeto del presente recurso de amparo es determinar si las resoluciones judiciales impugnadas han vulnerado el derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), desde la perspectiva del derecho de acceso a la jurisdicción, por haberle negado legitimación para ejercer la acusación particular por supuestos delitos de estafa y apropiación indebida contra su esposa, de la que estaba separado legalmente.

El recurrente en ningún caso cuestiona en este proceso de amparo la constitucionalidad de la exclusión del ejercicio de la acción penal entre cónyuges prevista en el artículo 103.1 LECrim. Su pretensión se limita, exclusivamente, a que se declare que la interpretación de dicho precepto efectuada por los órganos judiciales en el sentido de equiparar el tratamiento de los cónyuges y quienes ya estén separados legalmente ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva.

En cuanto al ejercicio de la acción penal, el TC recuerda que: *«Este Tribunal ha reiterado que el derecho de acceso a la jurisdicción penal que ostenta la víctima para el ejercicio de la acusación particular no supone un derecho fundamental, constitucionalmente protegido, a la condena penal de otra persona, sino que se concreta esencialmente en un ius ut procedatur, lo que implica el derecho a poner en marcha un proceso, sustanciado de conformidad con las reglas del proceso justo, en el que pueda obtener una respuesta razonable y fundada en Derecho, que también queda satisfecho con una decisión de inadmisión o meramente procesal que apreciara razonadamente la concurrencia de un óbice fundado en un precepto expreso de la ley (por todas, STC 106/2011, de 20 de junio, FJ 2), incluyendo la falta de legitimación activa de quien pretendía el ejercicio de la acción penal bien sea como acusación popular (por todas, STC 67/2011, de 16 de mayo, FJ 2) o particular (por todas, STC 163/2001, de 11 de julio, FJ 4)»* (FJ 3).

Habiendo negado la posibilidad del ejercicio de la acción particular contra su esposa el TC señala que *«la interpretación finalmente asumida por los órganos judiciales no puede ser calificada de excesivamente formalista, ya que responde a un sentido gramatical y sistemático del concepto “cónyuge” utilizado en el artículo 103.1 LECrim, toda vez que la separación judicial, en los términos del artículo 85 del Código civil (CC), no supone una disolución del matrimonio, sino una mera suspensión de la vida en común y de la posibilidad de vincular bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica (art. 83 CC)»* (FJ 4).

La decisión de no excluir de la excepción del ejercicio de la acción penal entre cónyuges a los que estén separados legalmente no puede ser considerada desproporcionada si se ponderan los fines y los intereses. La circunstancia de que tanto las situaciones de divorcio como las de separación judicial puedan evidenciar, que los lazos de afectividad ya están rotos, no impide apreciar que ambas situaciones son jurídicamente bien distintas y que también lo son sus efectos, no siendo el menor de ellos que en el caso de divorcio hay una disolución del vínculo, ausente de la separación judicial, que impide la producción de efectos legales de una eventual reconciliación.

Por último, en relación con el argumento del Ministerio Fiscal, que sostiene que la vulneración del artículo 24.1 CE se habría producido por no haberse valorado por las resoluciones judiciales la imposibilidad del ejercicio de la acción de divorcio por la incapacidad del recurrente, es de destacar que *«éste es un argumento que, al margen de no haber sido alegado por el recurrente en su demanda de amparo, parte de un presupuesto que no ha quedado verificado ni acreditado en el caso concreto, ya que ninguna referencia aparece en la demanda de amparo o en las actuaciones en relación con un eventual intento de ejercicio de dicha acción de divorcio ante la jurisdicción civil que, por haber sido rechazado, tuviera que haber sido asumido y ponderado por los órganos judiciales del orden penal»* (FJ 6).