

Dossier de

Jurisprudencia

Sentencias analizadas de especial relevancia TC y TS

Emilio Cortés Bechiarelli
(Director)



María Linacero de la Fuente
Justa Gómez Navajas
Tomás Quintana López
Carolina Serrano Falcón
Rosario Serra Cristóbal



Cátedra de Derechos Humanos

Manuel de Lardizabal



tirant lo blanch

DOSSIER DE JURISPRUDENCIA N° 7

Sentencias de especial relevancia TC y TS

MARÍA LINACERO DE LA FUENTE
JUSTA GÓMEZ NAVAJAS
TOMÁS QUINTANA LÓPEZ
CAROLINA SERRANO FALCÓN
ROSARIO SERRA CRISTÓBAL



Cátedra de Derechos Humanos

Manuel de Lardizabal



Santander

tirant lo blanch

Valencia, 2016

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
www.tirant.com
Librería virtual: www.tirant.es
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.

Índice

Comentario Sentencia del Tribunal Supremo. Civil.....	4
Comentario Sentencia del Tribunal Supremo. Penal.....	28
Comentario Sentencia del Tribunal Supremo. Contencioso-Administrativo ...	45
Comentario Sentencia del Tribunal Supremo. Social.....	66
Comentario Sentencia del Tribunal Constitucional	82

CIVIL

MARÍA LINACERO DE LA FUENTE

Catedrática acreditada de Derecho Civil. Universidad Complutense de Madrid

(Tol 5190690)

Cabecera: Guarda y custodia compartida. Convenio regulador previo. Cambio de circunstancias. Interés del menor. Convenio regulador guarda y custodia compartida. Modificación convenio regulador divorcio mutuo acuerdo en mediación

Jurisdicción: Civil

Ponente: José Antonio Seijas Quintana

Origen: Tribunal Supremo

Fecha: 26/06/2015

Tipo resolución: Sentencia

Sala: Primera

Sección: Primera

Número Sentencia: 390/2015

Número Recurso: 469/2014

I. LA RESOLUCIÓN JUDICIAL

1. Objeto del proceso. Tipo de recursos. Partes y Sala

Con fecha 26 de junio de 2015, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, falla desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal y estimar en parte el recurso de casación sobre modificación de medidas provisionales acordando el sistema de guarda y custodia compartida en relación con la hija de los litigantes.

Ante el Tribunal Supremo es recurrente el padre de la niña, siendo parte recurrida la madre de la menor.

La relevancia de la decisión del Alto Tribunal, resulta indudable habida cuenta de que consolida una tendencia jurisprudencial favorable a considerar la custodia compartida como medida normal y no excepcional.

A mayor abundamiento, confirma una orientación jurisprudencial [STS 758/ 2013, 25 noviembre (Tol 4035768)] que admite la modificación de la medida de custodia individual por la de custodia compartida al amparo de un cambio de circunstancias, atendiendo de forma prevalente a la valoración del interés superior de la niña y a que en la fecha en que se firmó el conve-

nio regulador (abril 2011), según el Alto tribunal *«la custodia compartida era un régimen ciertamente incierto, como ha quedado demostrado con la evolución de la doctrina del Tribunal Supremo y de la propia Sociedad»*¹.

2. Hechos

El supuesto de hecho del que parte la Sentencia del Tribunal Supremo 390/2015, es el siguiente:

En Convenio regulador suscrito por los litigantes de 1 de abril de 2011 (aprobado en la Sentencia de divorcio de fecha 12 de mayo de 2011), se había dispuesto que la hija de aquellos quedaba bajo la custodia de la madre

El padre, por medio de procurador, interpuso demanda de juicio sobre modificación de medidas provisionales solicitando al Juzgado que dictara sentencia adoptando, entre otras medidas, la custodia compartida de la niña a favor de ambos progenitores, por periodos semanales.

De forma subsidiaria, para el improbable supuesto de que no se accediera a lo solicitado y referido a la custodia compartida, en forma subsidiaria se acuerde la disminución de la pensión por alimentos en la cantidad de 400 euros mensuales actualizables a principio de cada año, conforme al IPC publicado por el Instituto Nacional de Estadística

El Juzgado de Primera Instancia de Sevilla dictó Sentencia de 7 de noviembre de 2012, por la que desestima la solicitud de modificación de medidas provisionales.

Contra dicha Sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de padre de la niña.

La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Sevilla dictó sentencia el 5 de diciembre de 2013, en la que desestima el recurso de apelación y confirma la sentencia de instancia que atribuía a la madre la custodia exclusiva de la niña, con un amplio régimen de comunicación y visitas o estancias en favor del progenitor no custodio.

¹ Art. 90.3 CC modificado por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Ley de la Jurisdicción voluntaria: *«Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges judicialmente, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio aprobado por el Juez, cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges. Las medidas que hubieran sido convenidas ante el Secretario judicial o en escritura pública podrán ser modificadas por un nuevo acuerdo, sujeto a los mismos requisitos exigidos en este Código»*.

Art 90 CC penúltimo párrafo, redacción anterior: *«Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo, o las convenidas por los cónyuges, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio cuando se alteren sustancialmente las circunstancias»*.

No obstante, el artículo 91 CC sigue aludiendo a la alteración sustancial de circunstancias.

Contra dicha sentencia se interpuso **recurso extraordinario por infracción procesal**, con apoyo en los tres motivos que constan en el apartado tercero de los Antecedentes de hecho de la STS 390/2025, de 26 de junio.

Asimismo, se interpone **recurso de casación** en base a los argumentos que constan en los referidos Antecedentes de Hecho y que se concretan en tres apartados, que expongo resumidamente:

PRIMERO.- Infracción del art. 92 del Código Civil, al amparo de lo establecido en el art. 477.2,3 de la LEC, en relación con el art. 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre derechos del Niño de 20 de noviembre de 2011, el art. 39 de la Constitución, y el art. 2 de la Ley 1/1996 de Protección del Menor, ya que la sentencia recurrida se opone a la doctrina del Tribunal Supremo que consagra el interés del menor como principio básico que determina la adopción de la guarda y custodia compartida de ambos progenitores y que viene recogida en las sentencias del Tribunal Supremo de julio de 2011, 25 de mayo de 2012, 8 de octubre de 2009, 9 de marzo de 2012, 19, 25 y 29 de noviembre de 2013, ente otras muchas. Mantiene el recurrente que la petición principal que ha formulado es la custodia compartida de su hija, y la sentencia recurrida concede la custodia exclusivamente a cargo de la madre, cuando el equipo psicosocial dice que ambos progenitores están capacitados para el cuidado de Paula; denuncia además que se vulneran todos los artículos citados en cuanto la menor tiene derecho a ser cuidada de forma compartida por ambos progenitores en un sistema que garantice su estabilidad emocional.

SEGUNDO.- Jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales, y vulnera también la doctrina de la Sala más reciente sobre la custodia compartida, entre otras cita la sentencia de 25 de noviembre de 2013, que recoge un supuesto similar al que se trata en el presente caso. Manifiesta también el recurrente que en la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley sobre el Ejercicio de Corresponsabilidad Parental en caso de Nulidad, Separación o Divorcio, se comenta que las sentencias de la Sala son la inspiración del modelo que va a seguir la futura ley, se regula la guarda y custodia compartida, no como un régimen excepcional, sino como una medida que se puede adoptar por el Juez si lo considera conveniente, para la protección del interés superior del menor.

TERCERO.- En atención a las normas con menos de cinco años de vigencia, plantea en relación a la custodia compartida que el art. 92 de CC que se denuncia como infringido y sobre el que existe contradicción en su interpretación entre las sentencias de distintas Audiencias Provinciales de todo el territorio nacional, lo que da lugar a una gran incertidumbre. Denuncia el recurrente que tras la aprobación de leyes autonómicas se produce un trato desigual a los niños cuyos progenitores se separan o se divorcian

según su lugar de nacimiento como son: Comunidad Valenciana, Ley 5/2011 de Relaciones Familiares de los Hijos y de las Hijas, y la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de Aragón.

3. Disputa judicial y fundamentos usados por el Tribunal

El centro de la contienda se refiere a la modificación del régimen de custodia y comunicación establecido en sentencia anterior (que ratifica el convenio regulador acordado por los litigantes que atribuía la custodia de la niña a la madre), por un sistema de guarda y custodia compartida a solicitud del padre.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación en la parte relativa a la atribución de la custodia compartida.

Como señala el Alto Tribunal todo el esfuerzo argumental viene referido tanto desde el punto de vista doctrinal como jurisprudencial a la guarda y custodia compartida.

El Tribunal Supremo (Fundamento Tercero) centra su argumentación en la doctrina jurisprudencial sobre la custodia compartida en interés del menor, formulada en la relevante Sentencia del Tribunal Supremo 257/2013, de 29 de abril (*Tol 3711046*), a la que se añade, entre otras, las precisiones contenidas en la STS 495/2013, de 19 de julio (*Tol 3888169*) (*vid infra*, II, 1.2 del presente comentario).

La Audiencia entiende que en el convenio se dispuso que la menor permaneciera bajo el cuidado cotidiano de su madre, por lo que no resulta oportuno la modificación de la medida, alterando una situación «*que se viene desarrollando de forma adecuada y que responde a lo querido por los progenitores*».

Según el Tribunal Supremo, la Audiencia no tiene en cuenta el cambio de circunstancias como la evolución natural de la niña que ha iniciado su etapa escolar o que el padre es un «buen padre de familia»,

El Tribunal Supremo entiende que la sentencia solo ha valorado el convenio regulador anterior sin tener en cuenta este cambio de circunstancias que propician un régimen de custodia distinto, como tampoco ha tenido en cuenta el hecho de que en el tiempo en que aquél se firmó era un régimen de custodia ciertamente incierto, como ha quedado demostrado con la evolución de la doctrina de esta Sala y de la propia sociedad.

El Tribunal Supremo, afirma con términos muy explícitos que «***La sentencia de la Audiencia petrifica la situación de la menor desde el momento del pacto, sin atender a los cambios que desde entonces se han producido***».

Según el Alto Tribunal, que invoca jurisprudencia de la Sala, la valoración del interés de la menor no ha quedado adecuadamente salvaguardado.

4. Decisión del Tribunal

El Tribunal Supremo desestima el recurso extraordinario por infracción procesal y estima en parte el recurso de casación

Como pronunciamientos más importantes del Alto Tribunal destacan los siguientes:

Se acuerda el sistema de guarda y custodia compartida en relación a la hija de los litigantes, y que, a falta de lo que las partes puedan decidir al respecto, se establece que sea por periodos semanales

Respecto a los alimentos el padre abonará en concepto de alimentos de la hija la cifra de quinientos euros al mes; cifra que se actualizará el día 1 de enero de cada año conforme al IPC publicado por el Instituto Nacional de Estadística u organismo que lo sustituya. Deberá abonar además el 10 % de los gastos de guardería, si los hubiera, la cuota del club deportivo, si se mantiene, así como a la mitad de los gastos de salud que no estén cubiertos por la seguridad social o por seguro médico, y de la misma forma los gastos extraordinarios.

II. CUESTIONES PLANTEADAS EN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 390/2015, DE 26 JUNIO

1. La custodia compartida y el principio del interés superior del niño

1.1. El principio del interés superior del niño

La legislación, la jurisprudencia y la doctrina proclaman el carácter prevalente del principio del «*interés superior del niño*», como directriz básica en el sistema de protección jurídica del menor.

En todo caso, se trata de un concepto indeterminado y, por tanto, resulta conveniente disponer una relación de criterios que doten de contenido a dicho principio (como ha venido siendo habitual en los ordenamientos anglosajones).

Dichos criterios, como he propuesto reiteradamente², pueden estructurarse en base a los siguientes parámetros:

1. La noción del interés del menor debe determinarse poniendo en relación dicho principio con el respeto a los derechos fundamentales del niño

² LINACERO DE LA FUENTE: *Protección jurídica del menor*, Montecorvo, 2001, págs. 60-65; *Derecho Civil I*, Tirant lo Blanch, 2013, págs. 218-219.

consagrados en la Convención sobre los derechos del niño de 1989 (*v. gr.*, derecho a la salud; derecho a la educación; derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión; derecho a ser oído; derecho a la protección contra toda forma de perjuicio, abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación; derecho a no ser separado de sus padres salvo que sea necesario al interés del menor; derecho del niño impedido física o mentalmente a recibir cuidados especiales...).

2. Si hemos construido el edificio de los derechos del menor sustentándole en el principio del «interés superior del niño», la audiencia y voluntad del menor será un elemento fundamental para averiguar dicho interés.

3. Por último, el interés del menor debe interpretarse a la luz del libre desarrollo de su personalidad (art 10 CE). En dicho sentido, la STS 216/ 2013, de 5 de febrero (*Tol 3010824*), dice «*el componente axiológico que anida en la tutela del interés superior del menor viene íntimamente ligado al libre desarrollo de su personalidad* (art 10 CE)»,

El artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor (en adelante LOPJM), reformado por Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, dota de contenido al concepto del interés del niño, mediante una enumeración detallada —acaso excesivamente casuística— de criterios generales a tener en cuenta a los efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor.

El artículo 2 LOPJM, ha incorporado tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años como los criterios de la Observación general núm. 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial³.

No obstante, el referido artículo 2 LOPJM reformado por LO 8/2015, al hacer el elenco de criterios generales para la interpretación del interés del niño, en su apdo 2 a) se limita a la cita de algunos derechos del niño (*v.gr.* protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor), y

³ Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia «*Este concepto se define desde un contenido triple, como un derecho sustantivo, ... como principio general de carácter interpretativo... y, finalmente, como una norma de procedimiento...*

A la luz de estas consideraciones, es claro que la determinación del interés superior del menor en cada caso debe basarse en una serie de criterios aceptados y valores universalmente reconocidos por el legislador que deben ser tenidos en cuenta y ponderados en función de diversos elementos y de las circunstancias del caso, y que deben explicitarse en la motivación de la decisión adoptada, a fin de conocer si ha sido correcta o no la aplicación del principio.

omite la referencia a otros derechos consagrados en la Convención de los derechos del niño. (v.gr. derecho a la educación, integridad, identidad etc)⁴

En todo caso, y de acuerdo con lo expuesto, el interés del hijo debe funcionar como principio básico informador para atribuir la guarda y custodia de los menores en los supuestos de crisis matrimonial o de pareja.

1.2. Interés superior del niño. Criterios de determinación. Custodia compartida. Argumentación del Tribunal Supremo. Análisis Crítico

El argumento principal de la Sentencia comentada, radica en que el sistema de custodia compartida solicitada por el padre en procedimiento de modificación de medidas, es la medida más adecuada para la salvaguarda del interés de la niña

En la determinación del interés de la menor se tienen en cuenta los criterios orientativos enumerados en la doctrina jurisprudencial (STS 29 abril de 2013)

En este sentido, el Alto Tribunal, en la Sentencia 390/2015, 26 junio, reitera la doctrina jurisprudencial que declara la STS 257/2013, 29 de abril (Tol 3711046).

La citada sentencia 257/2013, señala que:» *la interpretación de los arts 92, 5,6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la que se va a tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven.*

Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse

⁴ Del mismo modo y de acuerdo con la opinión que he mantenido reiteradamente, la reforma acaso debería haberse aprovechado para subsanar el tratamiento parcial de los derechos del menor en la LO 1/1996, de 15 de enero.

En efecto, dicha ley únicamente regula algunos derechos del menor y omite otros de especial trascendencia. La reforma por LO 8/2015, si bien dota de contenido el interés del niño o refuerza el derecho a la audiencia, vuelve a incidir en una regulación parcial de los derechos del menor que contrasta con diversas leyes autonómicas

normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea».

Como precisa la STS de 19 de julio de 2013, «se prima el interés del menor y este interés, que ni el artículo 92 del Código Civil ni el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, definen ni determinan, exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel».

Corresponde hacer sendas observaciones respecto al tenor literal de las Sentencias del Tribunal Supremo citadas.

En concreto, la STS 19 julio de 2013 señala que «la legislación no precisa que es el interés del menor, ni el artículo 92 del Código Civil ni el artículo 9 LOPJM». Pues bien, dicha remisión parece que corresponde hacerla no al artículo 9 LOPJM relativo al derecho a ser oído y escuchado, sino al artículo 2 LOPJM que regula el interés superior del menor

Asimismo, la STS 29 abril de 2013, alude a «la interpretación del artículo 92, en sus apartados, 5, 6 y 7 CC», sin embargo, se omite el artículo 92.8 CC que se refiere precisamente a la custodia compartida a solicitud de uno sólo de los progenitores

El elenco de criterios enumerados en la STS 257/ 2013, para que el juez pueda determinar en interés del menor la custodia compartida, tiene precedentes en la doctrina jurisprudencial anterior, fundamentalmente, en la STS 623/2009, de 8 de octubre.

La citada STS 623/2009, de 8 de octubre (Tol 1635092), destaca la ausencia en el Código Civil de una lista de criterios que permitan al juez determinar el interés del menor para justificar la medida de custodia compartida. Dicha laguna legal, contrasta con la regulación casuística propia de algunos ordenamientos comparados (artículo 373-2-11 Code⁵ y la Children Act 1989 inglesa)

⁵ **Artículo 373-2-11** (introducido por la Ley n° 2002-305 de 4 de marzo de 2002 art. 5 V Diario Oficial de 5 de marzo de 2002)

Cuando se pronuncie sobre las modalidades del ejercicio de la patria potestad, el juez tendrá especialmente en cuenta:

1° La práctica seguida anteriormente por los padres o los acuerdos que hubiesen firmado con anterioridad;

2° Los sentimientos expresados por el niño en las condiciones previstas en el artículo 388-1;

Algunos de los criterios enumerados en la citada STS 623/2009 de 8 octubre, extraídos del Derecho Comparado, han servido de base para la jurisprudencia posterior⁶.

En la misma línea, algunas legislaciones civiles especiales, han venido elaborando una lista de criterios para que el juez determine el régimen de convivencia con los hijos en las crisis familiares (artículos 233-11 CC Cataluña, 5.3 Ley 5/2011, de 1 de abril, de Valencia, de las relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven; 9,3 de la Ley 7/2015, de 30 de junio, del País Vasco, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores).

A la vista de lo expuesto, podemos decir que la doctrina jurisprudencial en la materia recogida en la STS 29 abril de 2013, enumera un elenco de criterios razonable y orientativo, que concluye con una fórmula abierta «*otros criterios que permitan al menor una vida adecuada*». Sin embargo, no hace referencia explícita a algunos criterios especialmente relevantes, habitualmente empleados en las legislaciones que regulan la materia

En concreto, la medida relativa a la custodia compartida y, en general, cualquier otra relativa al ejercicio de la responsabilidad parental **parece que debe tener en cuenta criterios que no se refieren expresamente por la citada doctrina jurisprudencial** como los siguientes: la edad del hijo, los acuerdos de los progenitores, la opinión de los hijos, en todo caso, cuando hayan cumplido 12 años⁷, la no separación de hermanos, las posibilidades de conciliación de la vida laboral y familiar de los progenitores, el

^{3º} La aptitud de cada uno de los padres para asumir sus deberes y respetar los derechos del otro;

^{4º} El resultado de los informes periciales que hayan podido efectuarse, teniendo en cuenta particularmente la edad del niño;

^{5º} Los datos de las encuestas y contra-encuestas sociales previstas en el artículo 373-12 que hayan podido llevarse a cabo.

⁶ STS 8-10-2009, FJ5 «Del estudio del Derecho comparado se llega a la conclusión que se están utilizando criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven».

⁷ El carácter imperativo del derecho de audiencia del menor a partir de los 12 años se suprime en la reforma del art 92 por ley de 8 de julio de 2005, a nuestro juicio de forma criticable (vid LINACERO, M: «Leyes de familia y Constitución: Ley 13/2005, de 1 de julio y Ley 15/2005, de 8 de julio», R.D.P, marzo-abril 2006 y Derecho Civil I, Tirant, 2013, pág. 221 juicio crítico, STC 163/2009). En todo caso, parece que se restablece en el nuevo tenor del art 9. 2 LOPJM.

arraigo social, familiar y escolar de los niños, la ausencia de riesgos para su integridad física y psicológica o su estabilidad y, en general, cualquier circunstancia relevante para el régimen de convivencia (criterios recogidos en la legislación de protección del menor, jurisprudencia y en las legislaciones civiles especiales).

2. La custodia compartida como medida normal y deseable

La jurisprudencia reciente considera la custodia compartida como **normal e incluso deseable**.

La doctrina jurisprudencial que reitera la Sentencia comentada señala que *«la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea»*.

La medida de custodia compartida a solicitud de un progenitor tendría carácter excepcional según la letra del art 92.8 CC.

El Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental, afirmaba en su Exposición de Motivos que la jurisprudencia mantiene una interpretación extensiva de la excepcionalidad [STS 579/2011, 22 julio (Tol 2196632)]

En puridad y como afirma la doctrina al referirse al artículo 92.8 CC «en el supuesto de no haber acuerdo o pacto de los progenitores, sólo en casos muy excepcionales se establecerá el ejercicio conjunto de la guarda siempre que lo solicite al menos uno de los progenitores» (BLASCO GASCÓ).

Por tanto, nos encontramos con una regulación restrictiva de la custodia compartida, cuando no hay acuerdo y, por ello, más que una interpretación extensiva de lo excepcional, habría que acudir a una interpretación evolutiva del art 92.8 CC en relación con el art 92.5 CC y preceptos concordantes, para mitigar dicho carácter excepcional de la custodia compartida faltando acuerdo entre los progenitores.

En efecto, la interpretación evolutiva o dinámica del citado precepto conforme a la realidad social y a la evolución de las relaciones familiares, permite considerar como deseable o normal en la sociedad actual, la medida de guarda conjunta con el fin de garantizar el derecho del niño a relacionarse con ambos padres en condiciones de igualdad *v.gr.* artículos 154 CC, 18 Convención de los derechos del niño; Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el recono-

cimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental; Reglamento (UE) 1259/2010, del Consejo, de 20 de diciembre, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la Ley aplicable al divorcio y a la separación judicial; Principios europeos del Derecho de Familia.

La custodia compartida se construye en torno a dos principios básicos consagrados en la legislación nacional e internacional: el principio de interés del menor de carácter prevalente y el principio de corresponsabilidad parental.

En dicho sentido, la custodia compartida puede considerarse como medida deseable al permitir la corresponsabilidad parental, entendida como un reparto equitativo de los derechos y deberes de los padres hacia los hijos, cuyas bases son el principio de igualdad de hombre y mujer y el derecho del hijo a ser cuidado por ambos progenitores

En todo caso, el régimen de custodia compartida (aún siendo normal y deseable), no tiene carácter preferente ni es la regla general en la actual redacción del artículo 92 CC (ni siquiera se configuraba con tal carácter de preferente en el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental), salvo que se produzca una modificación legislativa en la línea de algunas legislaciones civiles especiales.

En el Código Civil y en las legislaciones civiles especiales el panorama legislativo es diverso (la custodia compartida es regla general en Aragón, Valencia y País Vasco, sin embargo, en el Código Civil y Navarra, no optan por ninguna en concreto, tampoco el legislador catalán considera preferente la custodia compartida)⁸.

3. Cambio de circunstancias. La evolución de las relaciones familiares y de la realidad social

La Sentencia del Tribunal Supremo de 26 junio de 2015, admite la sustitución de la custodia individual por la custodia compartida en un procedimiento de modificación de medidas por cambio de circunstancias

El cambio de circunstancias se fundamenta, esencialmente, en la evolución natural de la niña a pesar de que no ha transcurrido un año desde la sentencia que atribuía a la madre la custodia exclusiva,

⁸ En Valencia, Aragón y País Vasco, en general, a falta de acuerdo de los progenitores, la guarda conjunta tiene carácter preferente a la custodia individual, salvo que en aras del interés del menor sea aconsejable otro régimen de convivencia.

Realmente en el caso concreto no concurren en puridad, los elementos que justifican una modificación sustancial de las circunstancias en los procedimientos de modificación de medidas (cambio objetivo y con entidad, permanente, imprevisible, involuntario).

No obstante, desde nuestro punto de vista y a la luz de las motivaciones de la Sentencia, parece que el desarrollo de la niña y el inicio de la etapa escolar podrían justificar dicha modificación de medidas. El interés de la niña permite flexibilizar o matizar la concurrencia de un efectivo cambio sustancial de circunstancias

El Tribunal Supremo entiende que la sentencia de la Audiencia *«tampoco ha tenido en cuenta el hecho de que en el tiempo en que aquél se firmó era un régimen de custodia ciertamente incierto, como ha quedado demostrado con la evolución de la doctrina de esta Sala y de la propia sociedad»*.

La sentencia del Tribunal Supremo 758/2014, 25 noviembre (Tol 4035768), que resuelve un caso similar a la sentencia comentada, entiende que lo razonable es declarar que se ha producido *un cambio de circunstancias extraordinario y sobrevenido* (art 91 CC), tras la nueva doctrina del Tribunal Supremo que considera normal la custodia compartida (la citada STS —por un probable error de transcripción— dice TC), unido a las amplias facultades que la jurisprudencia del TC 185/2012 de 17 octubre, fijó para la decisión de los tribunales en la materia. Complementario de todo ello es la reforma del Código Civil y la amplia legislación autonómica favorecedora de la custodia compartida

En todo caso, a nuestro entender, el cambio de circunstancias se refiere a las necesidades del niño o al cambio en la situación de los padres, no al hecho de que cuando se firmó el convenio no fuera previsible una apertura de la jurisprudencia y de la realidad social hacia la custodia compartida o que haya habido regulaciones autonómicas que contemplan la custodia compartida como general o preferente

En dicho sentido, la reciente reforma del art 90.3 CC al regular la modificación judicial de medidas o por nuevo convenio aprobado por el juez sustituye la expresión *«cambio sustancial de circunstancias»* (que, sin embargo, mantiene el art 91 CC), por *«cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades del hijo o el cambio de las circunstancias de los cónyuges»*

III. RELEVANCIA Y CONSECUENCIAS DE LA SENTENCIA COMENTADA

La doctrina sostenida en el presente caso por el Tribunal Supremo relativa a la custodia compartida, tiene especial relevancia, por dos razones:

En primer lugar, refrenda la doctrina jurisprudencial en materia de guarda y custodia compartida, contenida en la Sentencia de 29 de abril de 2013 y reiterada por el Alto Tribunal [SSTS 495/ 2013, de 19 de julio (*Tol 3888169*); 758/2013, de 25 de noviembre (*Tol 4035768*); 757/2013, de 29 de noviembre (*Tol 4031153*). 616/2014, de 18 de noviembre (*Tol 4556709*); 52/2015, de 16 de febrero (*Tol 4179934*); tendencia jurisprudencial iniciada en SSTS 623/2009, de 8 de octubre (*Tol 1635092*); 579/2011, de 22 de julio (*Tol 2196632*)].

Dicha jurisprudencia a partir del principio prevalente del *interés superior del niño*, enumera algunos criterios que permitan al juez, en cada caso concreto, determinar en interés del niño la custodia compartida (*v.gr.* la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales, los deseos del niño, informes exigidos legalmente, respeto mutuo entre los progenitores...), considerando que el art 92 CC no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino normal e incluso deseable

En segundo lugar, confirma una orientación jurisprudencial (SSTS 25 noviembre de 2013), que admite la sustitución de la custodia individual por la custodia compartida en un procedimiento de modificación de medidas por cambio de circunstancias

Dicho cambio sustancial de las circunstancias, se apoya (además de en el interés de la niña en razón al caso concreto —su evolución natural y comienzo de la etapa escolar—), en la circunstancia de que cuándo se firmó el convenio, la custodia compartida *«era un régimen custodia ciertamente incierto, como ha quedado demostrado en la evolución de la doctrina del Tribunal Supremo y en la realidad social (...)*» (FJ 3º, STS 390/2015).

En definitiva, la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2015, objeto del presente comentario, siguiendo jurisprudencia anterior y al amparo del principio del interés superior de la niña, considera la medida de custodia compartida como normal e incluso deseable por permitir a ambos progenitores el ejercicio de la responsabilidad parental en condiciones de igualdad.

El Alto Tribunal consolida dicha solución incluso en un procedimiento de modificación de medidas, apoyándose en una visión dinámica del convenio a la vista de las nuevas necesidades de la niña (frente a *«la sentencia de la Audiencia que petrifica la situación de la menor desde el momento del pacto»*) y en los últimos cambios jurisprudenciales en la materia.

IV. CONCLUSIONES: TENDENCIA JURISPRUDENCIAL FAVORABLE A LA CUSTODIA COMPARTIDA

I. La custodia compartida **se apoya preferentemente en el interés del menor** (examinado a la luz del caso concreto) y en la igualdad y corresponsabilidad de ambos progenitores en el ejercicio de la patria potestad. En este sentido, es un régimen deseable para el bienestar del niño y su derecho a disfrutar de ambos progenitores

La medida de custodia compartida debe adoptarse por el juez teniendo en cuenta como principio rector y prevalente el interés superior del niño.

Los criterios generales y elementos de ponderación de dicho interés, son los generales relativos a cualquier medida que afecte al menor (artículo 2 LOPJM, reformado por Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, Convención sobre los derechos del niño de 20 noviembre de 1989 y demás legislación aplicable).

En orden a la fijación del régimen de convivencia en las crisis familiares, habrá que estar a la doctrina jurisprudencial y, en su caso, a los criterios explicitados en la legislación civil especial.

En todo caso, como ha quedado expuesto, consideramos que es factible a la luz de los recientes cambios legislativos y ordenamientos comparados, que la jurisprudencia pueda dar entrada a otros criterios orientativos que permitan al juez acordar con las mayores garantías la medida de guarda compartida en interés del niño

Los criterios y sus elementos de ponderación tenidos en cuenta por el juez, deben explicitarse en la motivación de la decisión adoptada.

II. En la doctrina jurisprudencial se ha consolidado una apertura progresiva hacia la custodia compartida, incluso en modificación de medidas, si bien, lo cierto es que el legislador alude a la excepcionalidad de dicha medida cuando la solicita sólo uno de los progenitores (artículo 92.8 CC).

La custodia compartida, se inserta dentro de un marco legal que actualmente no considera la custodia compartida como regla general o preferente, ni siquiera normal o deseable (aunque dicha nota de normalidad ha sido preconizada con rotundidad por el Tribunal Supremo y puede justificarse en base a la legislación de protección del menor)

La lectura del artículo 92 CC (*vid.* artículo 92.8 CC) debe realizarse mediante una interpretación evolutiva o dinámica, refrendada por los cambios sociales, a la espera de una nueva regulación legal

III. **El cambio de circunstancias** que justifica la modificación de la medida de custodia individual por la compartida, debe supeditarse al interés

del menor. Dicho cambio de circunstancias, parece que debe referirse en concreto a *las nuevas necesidades del hijo o al cambio de circunstancias de los cónyuges* (en dicho sentido, la reforma del artículo 90,3 CC por la Ley 15/2015 de la Jurisdicción Voluntaria).

La nueva tendencia jurisprudencial de apertura hacia la custodia compartida, la evolución de la realidad social y algunas reformas (en fase de Anteproyecto o de alcance autonómico), no deben considerarse propiamente como un cambio extraordinario de circunstancias que avale cualquier pretensión de modificación de la medida de custodia individual por la compartida

En síntesis:

La medida de custodia compartida es deseable y recomendable en aras del mejor desarrollo emocional del niño y del principio de corresponsabilidad parental. Ahora bien, dicha medida no es regla general en nuestro ordenamiento (salvo en Aragón, Valencia y País Vasco).

Corresponde al juez, en cada caso concreto, ponderar el interés del niño y motivar la decisión adoptada, en base a los criterios y valores aceptados en la legislación y en la jurisprudencia que han sido expuestos en el presente comentario.

La adecuación a la legislación internacional y nacional de protección de la infancia y a la nueva realidad social, reflejada en una tendencia jurisprudencial más aperturista hacia la custodia compartida (refrendada en la STS 390/2015 de 26 de junio, objeto del presente comentario), aconseja un cambio legislativo en el ejercicio de la corresponsabilidad parental cuya *ratio* se edifique sobre los sólidos cimientos del interés del niño.

Sentencia de 26 de junio de 2015

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Junio de dos mil quince.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso extraordinario por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Sevilla, como consecuencia de autos de juicio sobre modificación de medidas nº 521/12, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Sevilla, cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de don Dionisio,

representada ante esta Sala por la Procuradora de los Tribunales doña María Asunción Sánchez González; siendo parte recurrida doña Asunción, representada por la Procuradora de los Tribunales doña María Jesús Fernández Salagre. Autos en los que también ha sido parte el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- El procurador don Francisco José Martínez Guerrero, en nombre y representación de don Dionisio, interpuso demanda de juicio sobre modificación de medidas provisionales, contra doña Asunción y alegando los hechos y

fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que con adopción de las medidas señaladas en los ordinales que anteceden, en concreto:

1º.- Patria Potestad y Custodia Compartida y Conjunta de la menor Esmeralda a favor de ambos progenitores, por lo que todas las decisiones relevantes con respecto a la menor deberán ser tomadas por consentimiento expreso de los mismos. En caso de desacuerdo se acudiría a un centro de mediación familiar dependiente de instituciones públicas antes que acudir a un juzgado, como viene recomendando la Comisión Europea.

2º.- En cuanto a la fórmula a adoptar para la concreción del régimen de custodia compartida, consideramos que el más beneficioso para la menor, ya que es el que supondría una adaptación rápida de la menor al mismo, habida cuenta la semejanza en las alternancias, con el régimen de visitas que en la actualidad tiene recogido el padre a su favor, sería el siguiente:

2.1.- La menor permanecerá con cada progenitor en semanas alternas, desde el lunes a la salida del colegio (desde las 12:00 h si fuera festivo) hasta el lunes siguiente a la entrada en el centro educativo (a las 12:00 h si fuera festivo), salvo los miércoles desde la salida del colegio (desde las 12:00 h si fuera festivo) hasta los jueves a la entrada del colegio a las 12:00 h si fuera festivo), que estaría con el otro progenitor.

Será tarea del progenitor al que le corresponda la semana de estancia con la menor, recogerla del colegio o de la casa del otro progenitor y la llevará al colegio o la casa al terminar su semana de estancia con Esmeralda.

El resto de reparto en periodos no ordinarios será como sigue en ambos casos, correspondiendo al padre la primera mitad de cada periodo, en los años pares, y la segunda mitad en los impares y viceversa a la madre:

2.2.- En Semana Santa la menor estará con el progenitor a quien le corresponda el con ella hasta el miércoles a las 18:00 en que Esmeralda pasará a estar con el otro hasta el domingo de Resurrección.

2.3.- En verano, se repartirán los periodos vacacionales por quincenas, siendo que la primera sería del 1 al 15 de julio; la segunda del 16 al 31 de julio; la tercera del 1 al 15 de agosto y la cuarta del 16 al 31 de agosto. Las recogidas de la menor se realizarán a las 12,00 horas del día comienzo de las quincenas y las entregas a las 18,00 horas del día de la finalización de las quincenas.

Se acordará que el fin de semana previo al primer periodo vacacional quincenal, la menor permanecerá con el progenitor al que le corresponda la segunda quincena.

El padre elegirá dichos periodos en los años pares y la madre en los impares.

2.4.- Feria de Sevilla dividiendo en dos periodos. El primero, desde el último día de clase antes de las vacaciones escolares a la salida del colegio. Hasta el Viernes de Feria a las 4:00 horas.

Segundo periodo, desde el Viernes de Feria a las 14:00 horas, hasta el lunes después de la Feria, a la entrada en el colegio. Esmeralda permanecerá con el progenitor que no le corresponda dicha semana. Durante el primer periodo y el segundo periodo con el progenitor que le corresponda dicha semana. En los años sucesivos, se realizará el reparto a la inversa.

2.5.- En Navidad Esmeralda estará con el padre los años pares la primera mitad que va desde el comienzo de las vacaciones escolares oficiales, hasta las 18:00 del 31 de diciembre, en que la menor pasará a estar con su madre hasta el día de reintegro al centro escolar. Los años impares será a la inversa.

2.6.- Durante los puentes o fines de semana largos en que lunes sea fiesta, la hija con el progenitor a quien corresponda tenerla el fin de semana más cercano.

Caso de que por enfermedad o cualquier otra circunstancia acreditada profesionalmente ambos progenitores tuvieran o se vieran obligados a cambiar este sistema, se volvería a la normalidad una vez desaparecida la eventualidad.

Para cualquier disputa o conflicto sobre estas medidas, ambas partes se someterían a mediación familiar dependiente de instituciones públicas, antes de acudir a un juzgado.

En todo caso y de forma general, ambos progenitores, deberán cooperar en relación a las responsabilidades y funciones referentes a la guarda y custodia de su hija.

De forma subsidiaria, para el improbable supuesto que no se accediera a lo solicitado en los dos primeros ordinales referidos en definitiva el sistema de custodia compartida de forma subsidiaria se acuerde lo disminución de la pensión por alimentos en cuantía recogida en el ordinal Décimo Cuarto del cuerpo de este escrito en la cantidad de 400 euros mensuales pagaderas por mensualidades anticipadas en doce mensualidades al año entre los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que la Sra. Asunción señale, siendo actualizable anualmente a principios de cada año, conforme a la variación que experimente el Índice de Precios al Consumo publicado por el Instituto Nacional de Estadística u organismo que los sustituyera.

Todo ello con expresa condena en costas a la contra parte en caso de oposición a lo solicitado en el presente escrito.

El Ministerio Fiscal presentó escrito contestando la demanda y alegando los hechos y fundamentos que estimó de aplicación, terminó suplicando se dicte sentencia conforme a lo que resulte probado y en base a los preceptos invocados.

2.- La procuradora doña Lucía Suárez Bárcenas Palazuelo, en nombre y representación de doña Asunción, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que: se desestime totalmente la demanda de modificación de medidas solicitada, estableciendo que las medidas reguladoras son las mismas medidas que las establecidas en el Convenio regulador de fecha 1 de abril de 2011, aprobado en la Sentencia de Divorcio de fecha 12 de mayo de 2011 dictada en los autos 432/2011 del Juzgado al que nos dirigimos, con expresa imposición en costas al actor.

3.- Previos los trámites procesales correspondiente y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Ilmo Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Sevilla,

dictó sentencia con fecha siete de noviembre de 2012, cuya parte dispositiva es como sigue:

FALLO: Debo desestimar la solicitud de modificación de medidas presentada por el procurador de los Tribunales Sr. Martínez Guerrero, en nombre y representación de don Dionisio.

Todo ello sin hacer especial condena en las costas causadas en la tramitación del presente juicio.

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de don Dionisio. La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Sevilla, dictó sentencia con fecha cinco de diciembre de 2013, cuya parte dispositiva es como sigue:

FALLO: Que desestimando el recurso de apelación confirmamos la sentencia sin hacer pronunciamiento sobre las costas de la alzada.

TERCERO.- Contra la expresada sentencia interpuso **recurso extraordinario por infracción procesal** la representación de don Dionisio con apoyo en los siguientes **MOTIVOS: PRIMERO.-**

a) Infracción del art. 216, en relación con el art. 218.1, ambos de la LEC, que regula la exhaustividad y congruencia de las sentencias. b) Infracción del artículo 217 LEC 1/200, que regula la carga de la prueba. La sentencia vulnera este artículo por cuanto no ha valorado el hecho de que a esta parte se le impidió aportar pruebas, y las aportados abundante documental económica como social de la familia, o dossier parental le fueron o simplemente denegadas o simplemente ni siquiera han sido objeto de estudio o valoración. c) Infracción del art. 218.2. LEC, que regula la falta de motivación fáctica y jurídica en las sentencias.

SEGUNDO.- Infracción de los artículos 238.3. y 240.1. de la LOPJ, en relación con el art. 247 de la LEC, respecto de las reglas de la buena fe procesal.

TERCERO.- Infracción del art. 24 de la Constitución por la vulneración de los siguientes principios: 1.- El principio de inmediatez: no se ha podido exponer de forma directa pruebas relevantes en defensa del interés superior de la menor, ni la situación de crisis económica del padre. 2.- El principio de proporcionalidad, no puede existir proporcionalidad en la sentencia cuanto no se ha permitido conocer cuales son los ingresos de la madre. 3.- Arbitrariedad del equi-

po psicosocial pues ambos progenitores están capacitados para ejercer la custodia de a menor.

4.- Vulneración del derecho a la tutela Judicial, por la denegación de la práctica de las pruebas, y por la inadmisión de hechos nuevos. Se denuncia también la infracción del art. 14 de la CE por discriminación. Infracción del art. 32.1 C.E sobre el derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica; Infracción del art. 33.3 CE en cuanto al carácter confiscatorio y despatrimonializador de la pensión.

El recurso de casación se desarrolla en tres apartados:

PRIMERO.- Infracción del art. 92 del Código Civil, al amparo de lo establecido en el art. 477.2, 3 de la LEC, en relación con el art. 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre derechos del Niño de 20 de noviembre de 2011, el art. 39 de la Constitución, y el art. 2 de la Ley 1/1996 de Protección del Menor, ya que la sentencia recurrida se opone a la doctrina el Tribunal Supremo que consagra el interés del menor como principio básico que determina la adopción de la guarda y custodia compartida de ambos progenitores y que viene recogida en las sentencias del Tribunal Supremo de julio de 2011, 25 de mayo de 2012, 8 de octubre de 2009, 9 de marzo de 2012, 19, 25 y 29 de noviembre de 2013, ente otras muchas. Mantiene el recurrente que la petición principal que ha formulado es la custodia compartida de su hija, y la sentencia recurrida concede la custodia exclusivamente a cargo de la madre, cuando el equipo psicosocial dice que ambos progenitores están capacitados para el cuidado de Esmeralda; denuncia además que se vulneran todos los artículos citados en cuanto la menor tiene derecho a ser cuidada de forma compartida por ambos progenitores en un sistema que garantice su estabilidad emocional.

SEGUNDO.- Jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales, y vulnera también la doctrina de la Sala más reciente sobre la custodia compartida, entre otras cita la sentencia de 25 de noviembre de 2013, que recoge un supuesto similar al que se trata en el presente caso. Manifiesta también el recurrente que en la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley sobre el

Ejercicio de Corresponsabilidad Parental en caso de Nulidad, Separación o Divorcio, se comenta que las sentencias de la Sala son la inspiración del modelo que va a seguir la futura ley, se regula la guarda y custodia compartida, no como un régimen excepcional, sino como una medida que se puede adoptar por el Juez si lo considera conveniente, para la protección del interés superior del menor.

TERCERO.- En atención a las normas con menos de cinco años de vigencia, plantea en relación a la custodia compartida que el art. 92 de CC que se denuncia como infringido y sobre el que existe contradicción en su interpretación entre las sentencias de distintas Audiencias Provinciales de todo el territorio nacional, lo que da lugar a una gran incertidumbre. Denuncia el recurrente que tras la aprobación de leyes autonómicas se produce un trato desigual a los niños cuyos progenitores se separan o se divorcian según su lugar de nacimiento como son: Comunidad Valenciana, Ley 5/2011 de Relaciones Familiares de los Hijos y de las Hijas, y la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de Aragón.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por auto de fecha 4 de noviembre de 2014 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días. 2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, la procuradora doña María Jesús Fernández Salegre, en nombre y representación de doña Asunción, presento escrito de impugnación al mismo.

Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido al Ministerio Fiscal presentó escrito interesando su estimación.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 17 de junio de 2015, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana,

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- El recurso de casación se formula contra el pronunciamiento de la sentencia que

desestima la demanda de modificación de medidas que don Dionisio había interesado en su demanda, en lo que se refiere a la guarda y custodia compartida. Dichas medidas habían sido adoptadas en la sentencia de 12 de mayo de 2011 en la que se aprobó el convenio suscrito por los litigantes de 1 de abril de 2011, estableciendo que esposa quedaba bajo la guarda y custodia de la hija, recogiendo un pormenorizado régimen de visitas a su favor. Se le niega la guarda y custodia compartida, según la Audiencia, porque «la demanda se presenta el 20 de abril de 2012, sin que haya transcurrido un año desde la sentencia, lo cual es correcto, pero se debe para que sea viable una modificación a lo querido y aceptado por las partes en tan breve espacio de tiempo, justificar de forma clara y contundente la existencia de hechos que no se pudieron prever cuando se aceptó el convenio, y que obligan a modificar lo pactado, pues las medidas máxime cuando son como este caso las que aceptaron las partes, se adoptaron teniendo o previendo que se deben aplicar hacia el futuro y atendiendo a todas las circunstancias previsibles que se produzcan tras la aprobación del convenio; las medidas tienen vocación de futuro y solo hechos que no pudieron preverse y de entidad justifican que se puedan modificar las declaraciones recogidas en una sentencia firme, pues así lo exige la cosa juzgada y la seguridad jurídica; y si esto es exigible a todas las medidas, mas si cabe a las que afectan a la estabilidad emocional de los hijos, relativas a quien ostenta la guarda y custodia, pues cuando se acuerda la medida sobre esta importante función, lo es tras evaluar y analizar los progenitores, atendiendo a las concretas circunstancias, que es lo mejor para el menor, en el momento en que se recogen en el convenio y con posterioridad; si se acepta un convenio, se aceptan sus consecuencias no pudiendo revisar lo que se firmó, sin que exista un motivo objetivo e imprevisible y que pueda afectar al interés de los menor; en este caso no existe ningún motivo objetivo para modificar la situación sobre la guarda y custodia que se viene desarrollando de forma adecuada y que responde a lo querido por los progenitores y por tanto se debe mantener pues en el convenio se

podría haber previsto esa posibilidad de la guarda y custodia compartida en el futuro, y nada se recogió y para la decisión de atribuir la guarda y custodia a la madre, se debió tener en cuenta todas las circunstancias y en concreto la actividad laboral de los progenitores, y en base a todo ello se asumió esa medida, que se debe mantener».

Se formula un doble recurso: extraordinario por infracción procesal y de casación

El Ministerio Fiscal apoya los recursos interpuestos solicitando su estimación.

RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL

SEGUNDO.- Se formulan tres motivos. En el primero se citan como infringidos los artículos 216 y 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre la exhaustividad y congruencia de las sentencias, ya que no se ha valorado en interés de la menor, basándose exclusivamente en un hecho, como es el que no ha pasado tiempo suficiente desde que se firmó el primer convenio, como para que haya cambio de circunstancias, y porque no ha tenido en cuenta todos los hechos, pruebas y pretensiones. También cita los artículos 217 y el 218.2 de la misma Ley, sobre carga de la prueba, motivación y porque la sentencia no ha sido congruente con la demanda y las pretensiones solicitadas, especialmente sobre el dossier parental que aportó en cuanto a la idoneidad del padre para ejercer la custodia compartida, educación y cuidado de la hija.

En el segundo, la infracción versa sobre las reglas de la buena fe procesal. En su argumentación se formulan varios interrogantes sobre el conocimiento de los saldos e ingresos de la madre, pruebas en ambas instancias, no señalamiento para deliberación y fallo y valoración de los informes sobre idoneidad del padre para el cuidado de la hija. Finalmente en el tercero se citan los artículos 24, 14 y 32 de la CE, relacionados con la situación personal de la niña y proporcionalidad de los alimentos.

Todos ellos se desestiman.

1. La sentencia valora el interés del menor, otra cosa es como la hace, lo que se verá al examinar el recurso de casación. Lo hace para negar

que este interés sea distinto del que ambas partes tuvieron en cuenta en el convenio regulador, aprobado judicialmente, en el que dejaron a la niña bajo la custodia y guarda de la madre con un amplio régimen de visitas a favor del padre.

2. La sentencia no hace uso del artículo 217 de la LEC para imputar al recurrente las consecuencias negativas de una ausencia de prueba sobre unos determinados hechos sobre discriminación por razón de sexo alegados en la demanda, en la vista y en la apelación, evaluación del equipo psicosocial y aportación de pruebas sobre la situación económica de la madre, pudiendo haberlas obtenido fácilmente mediante la averiguación patrimonial que si hicieron al padre. La vulneración de este precepto se produce únicamente en los supuestos en que, teniéndose por no probado un determinado hecho relevante para la resolución de la controversia (por el tribunal, y no por la parte), se atribuyen los efectos negativos de tal vacío probatorio a la parte a la que no corresponde soportarlos de conformidad, lo que no sucede en este caso.

3. Es doctrina de esta Sala que el derecho a la tutela judicial efectiva se satisface con una resolución fundada en derecho que aparezca suficientemente motivada. Exigencia de motivación que aspira a hacer patente el sometimiento del Juez a la ley o, más ampliamente, al ordenamiento jurídico, y a lograr la convicción de las partes en el proceso sobre la justicia y corrección de una decisión judicial, a la par que facilita el control de la sentencia por los Tribunales superiores, operando, por lo tanto, como garantía o elemento preventivo de la arbitrariedad (SSTC 32/96, que cita las SSTC 159/89, 109/92, 22/94 y 28/94; y también STS 20-3-97), matizando la misma doctrina que la exigencia de motivación no autoriza a exigir un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener sobre la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengán apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, es decir, la «ratio decidendi»

que ha determinado aquélla, o razón causal del fallo (SSTC 28/94, 153/95 y 32/96; STS 20-3-97, que cita las anteriores). Asimismo esta Sala no excluye una argumentación escueta y concisa (STS de 5 de noviembre de 1992), y considera motivación suficiente que la lectura de la resolución permita comprender las reflexiones tenidas en cuenta por el Juzgador para llegar al resultado o solución contenidos en la parte dispositiva (aparte de otras, STS de 15 de febrero de 1989), o se expresen las razones de hecho y de derecho que las fundamentan, es decir, el proceso lógico-jurídico que conduce a la decisión o fallo (entre otras, SSTC 30 de abril de 1991, 7 de marzo de 1992 y 1 de febrero de 2006). De igual manera es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional que no están faltas de motivación las sentencias que se remiten a la fundamentación del órgano «a quo», cuando éste ha resuelto todas las cuestiones ventiladas en el pleito (SSTC 174/87, 24/96 y 115/96).

4. La sentencia permite conocer tanto a la parte que ahora recurre como a este Tribunal las razones por las que ha sido desestimada su pretensión sobre guarda y custodia compartida.

5. No corresponde a esta Sala dar respuesta a los distintos interrogantes que plantea el recurrente. Es a el a quien ella corresponde señalar como y de que forma han sido vulneradas en la sentencia las reglas de la buena fe.

6. No se indican que normas del procedimiento han sido infringidas, ni si, en su caso, se han hecho valer mediante los recursos correspondientes que pudieran ejercitarse.

RECURSO DE CASACIÓN

TERCERO.- El recurso de casación se justifica por concurrencia de interés casacional, y se desarrolla a partir de los siguientes puntos: a) infracciones legales; b) jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales y c) normas con menos de cinco años de vigencia. Conviene señalar que el suplico del recurso interesa la casación de la sentencia para que se acuerde la guarda y custodia compartida de la hija menor; se establezca una pensión de alimentos acorde con la realidad familiar y que se recuerde a todos los operadores

jurídicos que la doctrina que se fije es de obligado cumplimiento para los juzgados de familia y Audiencias provinciales de todo el país, salvo a los que tienen derecho foral o autonómico propio.

A pesar de esta aparente mezcla de cuestiones, lo que realmente se plantea es la atribución de la guarda y custodia compartida sustituyendo el régimen de guarda y comunicaciones que venía establecido en la sentencia anterior. Con esta finalidad cita como infringidos los artículos 92, 68, 97 del Código Civil; artículos 9 y 18 de la Convención Internacional sobre los Derechos del niño de 20 de noviembre de 1989; artículos 11.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor; artículo 120.3 de la Constitución Española y artículos 8 y 14 del Convenio Europeo de derechos Humanos. Cita también algunos artículos que no son propios de este recurso, sino del extraordinario por infracción procesal, como los artículos 286 y 751 de la LEC; otros que tampoco están en el enunciado del motivo, como los artículos 1 y 14 CE, sin que nada se argumente sobre el artículo 97, sobre pensión compensatoria.

Todo el esfuerzo argumental viene referido tanto desde el punto de vista doctrinal como jurisprudencial a la guarda y custodia compartida, con invocación, además, de la jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales que justifica con citas tanto de sentencias de distintas Audiencias como de esta propia Sala, que están en contradicción con la que se recurre, y que, por razones obvias, estas últimas serán las que se tendrán en cuenta.

El recurso, en lo que respecta a lo que se expone, se va a estimar.

La sentencia de 29 de abril de 2013 declara como doctrina jurisprudencial la siguiente: «la interpretación de los artículos 92, 5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el

cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea».

Como precisa la sentencia de 19 de julio de 2013, «se prima el interés del menor y este interés, que ni el artículo 92 del Código Civil ni el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, definen ni determinan, exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel».

Pues bien, lo que la sentencia dice es que ambas partes convinieron las medidas que habían de regir en el futuro sus relaciones y en ellas se dispuso que la menor permaneciera bajo el cuidado cotidiano de su madre, por lo que no resulta oportuno la modificación de la medida, alterando una situación «que se viene desarrollando de forma adecuada y que responde a lo querido por los progenitores». Nada más dice. Nada dice que el padre es «buen padre de familia», como señala el juzgado en la sentencia que ratifica la Audiencia, circunstancia que no se niega ni se discute, y nada argumenta tampoco sobre la evolución natural de la menor desde que el convenio se aprueba hasta ahora especialmente referida a un momento importante como es para la niña el del

inicio de su etapa escolar, y la menor dependencia de sus padres.

La sentencia solo ha valorado el convenio regulador anterior sin tener en cuenta este cambio de circunstancias que propician un régimen de custodia distinto, como tampoco ha tenido en cuenta el hecho de que en el tiempo en que aquél se firmó era un régimen de custodia ciertamente incierto, como ha quedado demostrado con la evolución de la doctrina de esta Sala y de la propia sociedad. Una cosa es que al tiempo de la quiebra de la unidad familiar, ambos progenitores consideraran que tal alternativa era la que mejor se adaptaba a las necesidades de la niña, y otra distinta que el simple transcurso del tiempo, dice la sentencia, apelando a la cosa juzgada y a la seguridad jurídica, no tenga entidad suficiente para modificar un status que, hasta el presente, ha ofrecido las condiciones necesarias para un desarrollo armónico y equilibrado de la niña, y que podría verse afectada negativamente por el régimen de alternancia que postula el apelante, por más que el mismo ofrezca, al menos en teoría, las aptitudes necesarias para asumir, en plano de igualdad con la otra progenitora, la función debatida, ignorando que en la actualidad el régimen de estancias es muy amplio y flexible ya que, como reconoce la esposa, la menor está con el padre todos los miércoles hasta el jueves, además de los lunes alternos, los fines de semana alternos desde el viernes hasta el lunes, y la mitad de las vacaciones. Una semana, dice, «la menor ve al padre y está con el padre el lunes, el miércoles hasta el jueves y viernes hasta el lunes. (Está el padre con la menor el lunes, miércoles, jueves, viernes, sábado y domingo). Luego la semana siguiente, la lleva el lunes al colegio, y la recoge el miércoles hasta el jueves. (Está el padre con la menor el lunes, miércoles y jueves)».

La sentencia no concreta el interés de la menor, en la forma que esta Sala ha señalado con reiteración. La sentencia petrifica la situación de la menor desde el momento del pacto, sin atender a los cambios que desde entonces se han producido.

En primer lugar —STS 18-11-2014—, el hecho de que haya funcionado correctamente el sistema

instaurado en el convenio no es especialmente significativo para impedirlo, lo contrario supone desatender las etapas del desarrollo de los hijos y deja sin valorar el mejor interés del menor en que se mantenga o cambie en su beneficio este régimen cuando se reconoce que ambos cónyuges están en condiciones de ejercer la custodia de forma individual, como resulta de la sentencia de 29 de noviembre de 2013.

En segundo lugar, lo que se pretende con esta medida —dice la misma sentencia— es «asegurar el adecuado desarrollo evolutivo, estabilidad emocional y formación integral del menor» y, en definitiva, «aproximarlo al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que sin duda parece también lo más beneficioso para ellos».

En tercer lugar, la rutina en los hábitos de la niña que resultan del régimen impuesto en el convenio regulador no solo no es especialmente significativa, dada su edad, sino que puede ser perjudicial en el sentido de que no se avanza en las relaciones con el padre a partir de una medida que esta Sala ha considerado normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, de una forma responsable.

Por consiguiente, la valoración del interés de la menor Esmeralda no ha quedado adecuadamente salvaguardado. La solución aplicada en la resolución recurrida no ha tenido en cuenta los parámetros necesarios, y ello sin perjuicio de que esta medida pueda ser revisada cuando se demuestre que ha cambiado la situación de hecho y las nuevas circunstancias permiten un tipo distinto de guarda o impiden el que se había acordado en un momento anterior.

QUINTO.- La estimación del recurso formulado determina la casación de la sentencia. Asumiendo la instancia, se estima la demanda y se acuerda el sistema de guarda y custodia compartida

en relación la hija de los litigantes que, a falta de lo que las partes puedan decidir al respecto, se determina sea por periodos semanales desde el lunes a la salida del colegio hasta el lunes siguiente a la entrada en el centro educativo (a las 12 en ambos casos si fuera festivo). Será tarea del progenitor al que corresponda la semana de estancia con la menor recogerla del colegio o de la casa del otro progenitor y la llevará al colegio o la casa al terminar la estancia.

En Semana Santa la menor estará con el progenitor a quien le corresponda estar con ella hasta el miércoles a las 18 horas, en que pasará a estar con el otro hasta el domingo de resurrección.

En verano se repartirán los periodos vacacionales por mitad, eligiendo el padre dichos periodos en los años pares y la madre los impares.

En Navidad, Esmeralda estará con el padre los años pares la primera mitad que va desde el comienzo de las vacaciones escolares oficiales, hasta las 18 horas del 31 de diciembre, en que pasará a estar con su madre hasta el día de reintegro al centro escolar.

Uno y otro deberán cooperar en relación a las responsabilidades y funciones referentes a la guarda y custodia de la hija y resolverán de mutuo acuerdo sobre cualquier otra cuestión no prevista, siendo responsabilidad de ambos colaborar con el otro ante cualquier contingencia, como enfermedad, asistencia sanitaria, etc.

Cualquier desacuerdo de los padres sobre esta o sobre otra cuestión relacionada con este régimen se resolverá judicialmente.

SEXTO.- Por lo que se refiere a los alimentos, el recurrente solicita pagar doscientos euros al mes; cifra insuficiente. Lo pactado en el convenio fueron mil cincuenta euros, además de otras prestaciones económicas. En principio el régimen de guarda y custodia comporta que cada progenitor, con ingresos propios, atienda directamente los alimentos cuando tenga consigo a la hija. El problema surge cuando existen diferencias sustanciales en los ingresos y recursos de uno con reparto al otro y no es posible cumplir la regla de atemperar los alimentos a las necesidades de los hijos y recursos de los padres —artículo 93 CC— especialmente en el momento en que

estos permanecen bajo la custodia del menos favorecido, como ocurre en este caso, en el que la diferencia de ingresos de uno y otro es sustancial, lo que determina que el padre vendrá obligado a satisfacer en este concepto la cifra de quinientos euros al mes; cifra que se actualizará el día 1 de enero de cada año conforme al IPC publicado por el Instituto Nacional de Estadística u organismo que lo sustituya. Abonará también el 10 % de los gastos de guardería, si los hubiera, la cuota del club deportivo de Tablada, si se mantiene, así como a la mitad de los gastos de salud que no estén cubiertos por la seguridad social o por seguro médico, y de la misma forma los gastos extraordinarios.

SÉPTIMO.- Se imponen a la recurrente las costas causadas por el recurso extraordinario por infracción procesal y no se hace especial declaración de las del recurso de casación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 398.1, que se remite al artículo 394, ambos de la LEC. Tampoco se hace especial pronunciamiento de las causadas en ambas instancias.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO:

1º.- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal y estimar en parte el recurso de casación formulado por don Dionisio, contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Sevilla en fecha de 5 de diciembre de 2013, cuya resolución anulamos en parte.

2º.- Con revocación de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 7 de Sevilla en fecha de 7 de noviembre de 2012, estimamos en parte la demanda deducida por el ahora recurrente contra D^a Asunción, sobre guarda y custodia.

3º.- Se acuerda el sistema de guarda y custodia compartida en relación a la hija de los litigantes, y que, a falta de lo que las partes puedan decidir al respecto, se establece que sea por periodos semanales desde el lunes a la salida del colegio hasta el lunes siguiente a la entrada en el centro educativo (a las 12 en ambos casos si fuera festi-

vo). Será tarea del progenitor al que corresponda la semana de estancia con la menor recogerla del colegio o de la casa del otro progenitor y la llevará al colegio o la casa al terminar la estancia.

En Semana Santa la menor estará con el progenitor a quien le corresponda estar con ella hasta el miércoles a las 18 horas, en que pasará a estar con el otro hasta el domingo de resurrección.

En verano se repartirán los periodos vacacionales por mitad, eligiendo el padre dichos periodos en los años pares y la madre los impares.

En Navidad, Esmeralda estará con el padre los años pares la primera mitad que va desde el comienzo de las vacaciones escolares oficiales, hasta las 18 horas del 31 de diciembre, en que pasará a estar con su madre hasta el día de reintegro al centro escolar.

Uno y otro deberán cooperar en relación a las responsabilidades y funciones referentes a la guarda y custodia de la hija y resolverán de mutuo acuerdo sobre cualquier otra cuestión no prevista, siendo responsabilidad de ambos colaborar con el otro ante cualquier contingencia, como enfermedad, asistencia sanitaria, etc.

Cualquier desacuerdo de los padres sobre esta o sobre otra cuestión relacionada con este régimen se resolverá judicialmente.

4º.- Don Dionisio abonará en concepto de alimentos de la hija la cifra de quinientos euros al mes; cifra que se actualizará el día 1 de enero de cada año conforme al IPC publicado por el Instituto Nacional de Estadística u organismo que lo sustituya. Deberá abonar además el 10 % de los gastos de guardería, si los hubiera, la cuota del club deportivo de Tablada, sin se mantiene, así como a la mitad de los gastos de salud que no estén cubiertos por la seguridad social o por seguro médico, y de la misma forma los gastos extraordinarios.

5º.- La sentencia se mantiene en todo lo demás.

6º.- Se reitera como doctrina la siguiente: «la interpretación de los artículos 92, 5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concu-

rran criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea».

7º.- Se imponen las costas del recurso extraordinario por infracción procesal a la parte recurrente y no se hace especial declaración de las del recurso de casación.

8º.- No se imponen las costas de ninguna de las instancias.

Librese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos José Antonio Seijas Quintana. Antonio Salas Carceller. Francisco Javier Arroyo Fiestas. Eduardo Baena Ruiz. Firmado y Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. José Antonio Seijas Quintana, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

El presente texto proviene del Centro de Documentación del Poder Judicial. Su contenido se corresponde íntegramente con el del CENDOJ.

PENAL

JUSTA GÓMEZ NAVAJAS

Profesora de Derecho Penal. Universidad de Granada

(Tol 5495510)

Cabecera: Delito contra la intimidad cometido por funcionario público y otro. Estimatoria parcial. Descubrimiento y revelación de secretos. Falsedad documental. Documento privado. Falsedad documental autoridad

Jurisdicción: Penal

Ponente: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Origen: Tribunal Supremo

Fecha: 23/09/2015

Tipo resolución: Sentencia

Sala: Segunda

Sección: Primera

Número Sentencia: 534/2015

Número Recurso: 462/2015

RESUMEN

Delito contra la intimidad cometido por funcionario público y otro.- Estimatoria parcial.-

Descubrimiento y revelación de secretos. El perdón del ofendido no es contemplado por el legislador cuando se trata de delitos que afectan a intereses generales o a bienes jurídicos respecto de los que el ofendido no tiene una especial disponibilidad. Casos en los que es preciso incluir aquellos previstos en el artículo 198, en los que el delito es cometido por una autoridad o funcionario público prevaleciéndose de su cargo. Los bienes jurídicos protegidos por el artículo 198 no se reducen al interés privado en mantener la propia privacidad, sino que se extienden al de la Administración y al de la sociedad en general respecto de la correcta actuación de las autoridades y funcionarios públicos.

Falsedad documental. Escrito dirigido por particular a la Administración en el que falsifica la firma de quien lo suscribe. Documento privado. Documentos oficiales son todos aquellos que provienen, son emitidos o puestos en circulación por entidades públicas del Estado de las Comunidades Autónomas, Provinciales o del Municipio, con la finalidad de satisfacer las necesidades del servicio público, dentro del ámbito de sus funciones.

La falsedad cometida en un documento privado no se convierte en falsedad en documento oficial solo porque posteriormente el documento sea incorporado a un expediente oficial. Después de su incorporación, el documento privado adquiere carácter oficial en tanto parte del propio expediente, y su falsificación o alteración supondría la de éste. Pero, cuando la maniobra falsaria se ha ejecutado antes de la incorporación, ésta no cambia el hecho de que la falsificación fue efectuada en un documento privado.

Excepción: cuando tenga como destino único y como exclusiva razón de su existencia, el incorporarse a un expediente oficial, administrativo o de otra clase, con la finalidad de servir de base a una declaración o resolución oficial, que resulta así, una vez emitida, de contenido falsario a causa de la mendacidad del particular. Sin embargo, la anterior doctrina no puede extenderse a considerar documento oficial cualquier manifestación realizada por escrito por un particular y dirigida a la Administración Pública en la que quien la suscribe cometa alguna de las conductas previstas en el artículo 390.1 del Código Penal.

COMENTARIO:

I. OBJETO DEL PROCESO

Los hechos juzgados por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 28 de enero de 2015 —Sección 10ª— (*Tol 5511243*), casada parcialmente por la del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2015 (*Tol 5495510*), fueron los siguientes: F.P.V., Mosso d'Esquadra de Barcelona, accedió indebidamente a una base de datos policial que contenía información obtenida policialmente sobre denunciantes, denunciados y personas investigadas. Lo hizo con el fin de eludir tener que hacer frente a las sanciones pecuniarias y pérdida de puntos en su carnet por la comisión de infracciones a la Ley de Seguridad Vial. Para ello, cuando era denunciado por dichas infracciones, falsificaba la firma de su cuñada, titular oficial de los vehículos con los que había cometido las infracciones, e identificaba como conductores a terceros ajenos a los hechos, que en su día habían denunciado en Barcelona la pérdida de su documentación y cuya información se encontraba bajo su custodia en la sede policial.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 28 de enero de 2015 (Sección 10ª) condenó a F.P.V. por:

a) **un delito contra la intimidad con finalidad lucrativa cometido por funcionario público** (del art. 197.2. 6 y 198 CP —la STS, por la fecha de

comisión de los hechos que juzga, no aplica los artículos reformados por la LO 1/2015—) a la pena de tres años, tres meses y un día de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por igual tiempo e inhabilitación absoluta por tiempo de seis años, y veintiún meses y un día de multa con cuotas diarias de quince euros, y

b) **un delito de falsedad en documento oficial del art. 390.1.3 y 392 CP**, por el que le impuso la pena de seis meses de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por igual tiempo y seis meses de multa con cuotas diarias de quince euros, en ambos casos con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago del art. 53 CP, así como el pago de las costas procesales causadas.

Contra dicha Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 28 de enero de 2015 se planteó recurso de casación por parte del condenado. Dicha sentencia fue casada y anulada parcialmente por sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2015 (*Tol* 5495510), contra el criterio del Ministerio Fiscal, que había solicitado la inadmisión de los recursos de casación interpuestos o, subsidiariamente, su desestimación. La condena por el delito contra la intimidad del art. 197.2 y 6 CP, en relación con el art. 198 CP, se fundamenta en que F.P.V. accedió indebidamente a una base de datos policial. La condena por el delito de falsedad en documento oficial fue desestimada por el Tribunal Supremo, que considera se trata de un delito de falsedad en documento privado. Esta última sentencia es la que constituye el objeto de este comentario.

II. DISPUTA JURÍDICA. MOTIVOS DEL RECURSO DE CASACIÓN Y ARGUMENTOS USADOS POR EL TRIBUNAL SUPREMO

El condenado, en su recurso de casación, alega vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.2 CE por dos motivos:

1º) **Aplicación indebida de los artículos 197.2 y 6 CP (actuales 197.2 y 7 CP).**

Está fuera de duda que el acusado, Mosso d'Esquadra, en su condición de funcionario público, cometió un delito contra la intimidad del art. 197.2 y 198 CP, agravado por la finalidad lucrativa de su conducta (art. 197.6 CP).

El condenado, con ánimo de lucro e intención de eludir su responsabilidad administrativa por la comisión de infracciones de tráfico, accedió indebidamente a una base de datos policial, a la cual tenía acceso mediante contraseña personal e intransferible y que contenía información obtenida

policialmente sobre denunciantes, denunciados y personas investigadas. Esta conducta está castigada en el art. 197.2 CP y se ve agravada por el art. 198 CP, por ser funcionario el autor, así como por el art. 197.6 CP, por haber actuado con ánimo de lucro, dada su intención de no hacer frente al pago de las sanciones pecuniarias impuestas por haber infringido la Ley de Seguridad Vial, persiguiendo así un lucro indirecto al eludir su responsabilidad y derivarla hacia terceras personas, cuya documentación extraviada obraba en la base de datos policial a la que el recurrente tenía acceso.

Para el Tribunal Supremo, en la Sentencia de 23 de septiembre de 2015 (Tol 5495510), no hay duda de que el condenado cometió un delito contra la intimidad, tipificado en el art. 197.2 CP y agravado por su finalidad lucrativa y por su condición de funcionario público. Los puntos discutidos en la sentencia son:

1º) *la eficacia extintiva de responsabilidad criminal del perdón del ofendido, previsto en el art. 201.3 CP, y*

2º) *si el funcionario de policía de Barcelona, Mosso d'Esquadra, llevó a cabo una falsedad en documento público o privado.*

1. Primer motivo del recurso de casación: Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.2 CE. Aplicación indebida de los artículos 197.2 y 6 CP y 198 CP

El recurrente denuncia que se ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.2 CE, por aplicación indebida de los artículos 197.2 y 6 CP y 198 CP, ya que, a su juicio, no se ha respetado el derecho a un proceso con todas las garantías y se le ha causado indefensión por no haber citado en la causa a la persona titular de los datos personales a los que accedió indebidamente y que después utilizó para evadir su responsabilidad administrativa por haber cometido infracciones de tráfico. Sostiene el recurrente que, de haber podido comparecer en el juicio la persona titular de los datos, ésta podría haber hecho uso del perdón que excluye la pena y que, además, el art. 130.1.5 CP impone que esa persona habrá de ser oída antes de dictarse sentencia.

En el recurso de casación se invoca por parte del recurrente un hipotético —casi surrealista— **perdón del ofendido**, que podía haber ejercido la víctima, titular de los datos personales obtenidos indebidamente de la base de datos policial. La peregrina invocación del perdón del ofendido en un delito cometido por funcionario deviene improcedente y resulta de todo punto inadmisibles, pues éste queda excluido radicalmente cuando se ven afectados los intereses generales, como ya indicara el Tribunal Supremo, entre

otras, en la **STS 725/2004, de 11 de junio** (Tol 483614), en la que afirmó: «es claro que el perdón del ofendido no opera respecto de los casos que se subsumen bajo el artículo 198 CP». La razón, de todo punto fundamentada, que esgrimió el Tribunal Supremo en dicha sentencia fue que en el delito contra la intimidad cometido por funcionario hay una doble infracción de deberes:

- 1) la del deber de respetar la intimidad, y
- 2) la implícita en el abuso del cargo público. Es esta última, precisamente, la que no es disponible para el sujeto pasivo. De ahí que el art. 201.2 CP no exija denuncia del perjudicado en estos casos. Por eso, no es posible extender a estos supuestos el perdón del ofendido, que sólo puede recaer sobre actos que hayan lesionado derechos o bienes propios.

En atención al bien jurídico protegido, la referencia del Tribunal Supremo en el Fundamento Jurídico 1º de la Sentencia de 23 de septiembre de 2015 (Tol 5495510) a la *privacidad* como interés jurídico protegido en el art. 197.2 CP, si bien no es incorrecta, resulta demasiado genérica. El bien jurídico tutelado en dicho precepto es, más exactamente, el derecho al control de los datos personales o el derecho a la autodeterminación informativa (*Recht auf informationelle Selbstbestimmung*, como lo acuñó el Tribunal Constitucional Federal Alemán en una sentencia señera en este ámbito, de 15 de diciembre de 1983, sobre el censo de población (BVerfG 65, 1). En nuestro país, el derecho al control de los datos personales (*habeas data*) ha sido reconocido como derecho fundamental por el Tribunal Constitucional en sentencias como la 290/2000 y 292/2000, de 30 de noviembre (BOE de 4 de enero de 2001), entre otras.

Pero es la cuestión del **perdón del ofendido**, una figura prácticamente extinguida en el Código Penal, la que protagoniza el primer motivo del recurso de casación interpuesto por el recurrente y la discusión del Tribunal Supremo en el F.J. 1º de la Sentencia de 23 de septiembre de 2015 (Tol 5495510). La facultad de perdonar del ofendido pervive aún en los artículos 191.2, 215.3 y 267 III CP, además de en el art. 201.3 CP, invocado en esta sentencia. El recurrente argumenta que, si las víctimas hubiesen comparecido en juicio, tal vez le hubiesen perdonado, argumento este de notoria inconsistencia pues expresa una hipótesis que también podría haberse saldado con la negativa de las víctimas a conceder el perdón, y, sobre todo, porque, incluso habiéndolo otorgado, la eficacia extintiva de responsabilidad criminal del perdón (art. 130.1.5º CP) decae en supuestos en los que, como los juzgados en la sentencia que se comenta, se atenta contra los intereses generales. Cierto es que el art. 201 CP contiene aún, casi como una reminiscencia histórica, la figura del perdón del ofendido. Pero, como señala la STS de 23 de septiembre de 2015 (Tol 5495510), en su F.J.1º, «el perdón del ofendido

no es contemplado por el legislador cuando se trata de delitos que afectan a intereses generales o a bienes jurídicos respecto de los que el ofendido no tiene una especial disponibilidad». Y añade: «Por ello, aunque la generalidad de la redacción del artículo 201.3 pudiera inducir a confusión, y considerar que el perdón es eficaz en todos los delitos del capítulo, se ha excluido la posibilidad del perdón cuando el hecho afecte a intereses generales, casos en los que es preciso incluir aquellos previstos en el artículo 198, en los que el delito es cometido por una autoridad o funcionario público prevaliéndose de su cargo (...)».

En el art. 198 CP no sólo se protege el interés privado en mantener la propia privacidad, sino el de la Administración y la sociedad toda en la correcta actuación de las autoridades y funcionarios públicos. De ahí que se excluya la eficacia del perdón en estos casos, porque dejaría en manos de la víctima la protección del debido funcionamiento de la Administración Pública. (Vid. Gómez Navajas, *La protección de los datos personales*, Thomson/Civitas, 2005, pág. 440 y ss.).

En casos como el que protagoniza la sentencia en cuestión, el funcionario público, prevaliéndose de su cargo, afecta con su proceder contrario a la Ley a los intereses generales, «concretados en la necesidad de un comportamiento correcto y respetuoso con las leyes por parte de los servidores públicos» [F.J. 1º, STS de 23 de septiembre de 2015, (Tol 5495510)].

El Tribunal Supremo da la razón a la Audiencia Provincial de Barcelona de 28 de enero de 2015 (Sección 10ª), cuando señalaba que el perdón del ofendido carece de eficacia cuando se trata de delitos cometidos por funcionarios y que afectan a los intereses generales (F.J. 1º). Resulta irrelevante que la persona agraviada no haya sido citada y no haya comparecido en la causa. El Tribunal Supremo entiende que el perdón del ofendido no extingue la responsabilidad criminal en estos casos.

2. Segundo motivo del recurso de casación: Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.2 CE. Aplicación indebida de los artículos 392 y 390.1.3 CP (falsificación de documento público)

El recurrente, como se ha indicado más arriba, alega también, en el segundo motivo del recurso de casación, que se ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva por la indebida aplicación de los artículos 390.1 y 3 y 392 CP. Arguye en su defensa que la firma falsificada de su cuñada, titular de los coches con los que se cometieron las infracciones de tráfico, no se realizó

en un documento oficial sino en un impreso de la Administración para denuncias de tráfico, carente de sellos o rúbricas de funcionario.

El condenado cometió un delito de falsedad documental. La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 28 de enero de 2015 (Sección 10ª) apreció en su día un delito de falsedad en documento oficial, en tanto que el Tribunal Supremo consideró, posteriormente, en la STS de 23 de septiembre de 2015, que el recurrente cometió un delito de falsedad en documento privado y no en documento oficial.

Este segundo motivo del recurso de casación, de especial relevancia en la sentencia que se comenta, gira en torno al *concepto de documento oficial*. Como es fácil imaginar y recoge la STS de 23 de septiembre de 2015 (*Tol 5495510*), «*documentos oficiales son todos aquellos que provienen, son emitidos o puestos en circulación por entidades públicas del Estado, de las Comunidades Autónomas, Provinciales o del Municipio, con la finalidad de satisfacer las necesidades del servicio público, dentro del ámbito de sus funciones*».

La firma falsa que realizó F.P.V., funcionario (Mosso d'Esquadra), para evitar su responsabilidad administrativa por haber infringido la Ley de Seguridad Vial, se realizó en un impreso que la Administración facilita al ciudadano en caso de denuncias de tráfico. La pregunta que puede plantearse es la siguiente:

¿Es documento oficial un impreso suministrado por la Administración para ser rellenado por un particular? Podemos distinguir dos situaciones:

1) Es posible que el documento impreso, firmado por el particular, conteniendo únicamente manifestaciones particulares, tenga como destino único incorporarse a un expediente oficial. Como recoge la STS de 23 de septiembre de 2015 (*Tol 5495510*), en su F.J. 2º, «*en estos casos, puede decirse que el particular actúa como autor mediato y utiliza al funcionario como instrumento de la falsedad cometida en el documento, que al emanar de aquél en el ejercicio de sus funciones, resulta ser un documento oficial*».

2) Un impreso destinado a ser presentado en la Administración no es, en principio, un documento y no adquiere dicho carácter hasta que interviene alguien y hace que se contengan en él datos o hechos con relevancia jurídica (artículo 26 del Código Penal). Un impreso rellenado por un particular no llega a adquirir carácter de documento oficial. Aunque, posteriormente, dicho documento se incorpore a un ámbito oficial, ello no altera la circunstancia de que las manifestaciones fueron realizadas inicialmente en un documento privado. Esta cuestión ya fue tratada en la Sentencia 1529/2003, de 14 de noviembre (*Tol 352343*). Un impreso rellenado por el particular no pasa de ser eso: una declaración particular y por el hecho de constar en un impreso estandarizado de la Administración no adquiere carácter oficial, ni

siquiera aunque posteriormente se incorpore al ámbito oficial. El destino final (oficial) del documento, no le hace perder su carácter de documento privado.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo dejó de lado hace tiempo la tesis según la cual un documento inicialmente privado se convierte en público cuando es incorporado a un expediente oficial. Así, en su F.J. 2º, el Tribunal Supremo, en sentencia de 23 de septiembre de 2015 (*Tol 5495510*), señala que después de su incorporación al expediente oficial, *«el documento privado adquiere carácter oficial en tanto parte del propio expediente, y su falsificación o alteración supondría la de éste. Pero, cuando la maniobra falsaria se ha ejecutado antes de la incorporación, ésta no cambia el hecho de que la falsificación fue efectuada en un documento privado»*.

En diversas ocasiones, el Tribunal Supremo ha venido negando que la naturaleza privada de un documento se transmute en atención a su destino oficial. Así, por ej., en la STS 1720/2002, de 16 de octubre (*Tol 229780*), a la que se remite también la de 23 de septiembre de 2015 (*Tol 5495510*), afirmó que *«el documento «ab initio» privado que nace o se hace con el inexorable, único y exclusivo destino de producir efectos en un orden oficial, en el seno de la Administración Pública o en cualquiera de sus vertientes o representaciones se equipara al documento oficial (SSTS de 31 de mayo y 17 de julio de 1995, 17 de mayo y 19 de septiembre de 1996, y 4 de diciembre de 1998, entre otras), siempre que sea susceptible de provocar una resolución administrativa del ente receptor que incorpore el elemento falso aportado»*. En idéntico sentido se pronunció la STS 79/2002, de 24 de enero (*Tol 4976744*), también citada por la de 23 de septiembre de 2015. La sentencia invocada establece que, aunque haya que atender a la naturaleza del documento en el momento de su falseamiento, esta regla tiene su excepción cuando el documento nace con el único fin de producir efectos en el ámbito de las Administraciones Públicas, dando lugar a resoluciones con trascendencia para el tráfico jurídico [así, sentencias de 14 de mayo y 2 de junio de 1992 (*Tol 399142* y *400396*), 8 de marzo de 1993 (*Tol 443158*), 28 de septiembre de 1994 (*Tol 402398*) y 13 de marzo de 1995 (*Tol 405287*).

La doctrina jurisprudencial viene sosteniendo que el mero hecho de incorporar un documento privado a un expediente público no permite sin más la inmediata subsunción en el delito de falsedad en documento público del art. 390 CP (si quien lo realiza es autoridad o funcionario público en el ejercicio de sus funciones) o del art. 392 CP (si es llevado a cabo por un particular), e insiste en que debe atenderse a la naturaleza del documento en el momento de la alteración falsaria, no siendo posible extender el dolo

del autor a finalidades que no estaban en su mente cuando realizó la declaración mendaz de carácter privado.

El recurrente, funcionario de policía, falsificó la firma de su cuñada para dirigirse a la Administración y comunicar la identidad falsa del conductor del vehículo, que, en realidad, era de su propiedad, aunque figuraba a nombre de su cuñada. Cometió, por tanto, un delito del art. 390.1 CP, apartado 3, en relación a un documento privado, pues se trata del escrito de un particular, aunque dirigido a la Administración.

El Tribunal Supremo, estima el segundo motivo del recurso de casación, anulando parcialmente la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 28 de enero de 2015 —Sección 10ª— (*Tol 5511243*), al considerar que no se trata de la falsedad de un documento público, sino privado. La pena privativa de libertad que finalmente se impone es la misma (seis meses de prisión), pero se suprime la de multa, que no se prevé en el delito de falsedad en documento privado del art. 395 CP.

III. CONSECUENCIAS QUE SE DERIVAN DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 23 DE SEPTIEMBRE DE 2015

La sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2015 deja sentadas las siguientes conclusiones, que resultan relevantes y esclarecedoras acerca de la postura del Tribunal Supremo en torno a las cuestiones principales tratadas en la misma:

1) El perdón del ofendido no surte efecto en los delitos contra la intimidad cometidos por funcionario o en los que se vean afectados intereses generales. Ello es consecuente con la previsión del art. 201.2 CP, que no requiere la denuncia de la persona agraviada cuando el delito contra la intimidad ha sido cometido por funcionario público o afecta a los intereses generales o a una pluralidad de personas. Este apartado 2º del art. 201 CP, aunque no lo exprese literalmente el precepto, constituye una excepción al perdón del ofendido previsto en el art. 201.3 CP, que no surte efectos cuando el delito contra la intimidad afecte a los intereses generales y al de la sociedad en la probidad de sus funcionarios, tal como sucede en todo delito cometido por éstos, en este caso, el art. 198 CP.

2) Una falsedad en documento privado, aunque destinado a la Administración, no equivale a la falsificación de un documento público porque la mera incorporación de un documento particular a un expediente oficial no modifica su esencia. De ahí que la sentencia del Tribunal

Supremo de 23 de septiembre de 2015 desestimara la condena del Mosso d'Esquadra por delito de falsedad en documento público y lo castigara por uno de falsedad en documento privado, permaneciendo inalterada la pena privativa de libertad impuesta por el delito de falsedad, que se mantiene en el mínimo legal previsto de seis meses de prisión, habiéndose suprimido la pena de multa, que, en virtud del art. 395 CP, no se impone en caso de que la falsedad se cometa en documento privado.

Aunque había resoluciones anteriores del Tribunal Supremo en idéntico sentido, la de 23 de septiembre de 2015 viene a recalcar cuestiones como las aquí comentadas sobre la ineficacia del perdón del ofendido en delitos cometidos por funcionarios (en este caso, contra la intimidad), en los que el bien jurídico protegido tiene una doble vertiente, privada y pública, no siendo esta última disponible por la víctima, como lo sería en caso de que ésta pudiera, otorgando su perdón al autor de los hechos, extinguir la responsabilidad criminal de éste.

Y, finalmente, la sentencia comentada es meridianamente clara con respecto al intrincado y controvertido carácter público o privado de un documento particular que es incorporado posteriormente a otro con carácter oficial, afirmando el Tribunal Supremo, sin titubeos y meridianamente, que aquel documento primero conserva su carácter privado, salvo que haya sido realizado desde el principio con la finalidad de incorporarlo a un destino oficial, para que surta efecto en las Administraciones Públicas, en cuyo caso puede considerarse documento público.

En los aspectos aquí destacados reside el notorio interés, presente y de futuro, de la sentencia de 23 de septiembre de 2015.

Sentencia de 23 de septiembre de 2015

En la Villa de Madrid, a veintitrés de Septiembre de dos mil quince.

En el recurso de Casación por infracción de Ley y de precepto Constitucional, que ante Nos pide, interpuesto por **Emiliano**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Décima), con fecha veintiocho de Enero de dos mil quince, en causa seguida contra Emiliano, por delito contra la intimidad cometido por funcionario público y delito de falsedad en documento oficial, los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para Votación

y Fallo, bajo la Presidencia del primero de los citados y Ponencia del Excmo. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, siendo parte recurrente el acusado Emiliano, representado por la Procuradora Sra. D^a Alicia Álvarez Plaza y defendido por el Letrado Sr. D. Carles Monguilod Agustí.

ANTECEDENTES DE HECHO:

Primero.- El Juzgado de Instrucción nº 12 de los de Barcelona instruyó las diligencias previas de procedimiento abreviado con el número 3830/2012, contra Emiliano; y una vez decretada la apertura del Juicio Oral, lo remitió a la Au-

diencia Provincial de Barcelona (Sección 10ª, rollo 40/2014) que, con fecha veintiocho de Enero de dos mil quince, dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS:**

«Probado y así se declara que Emiliano, mayor de edad y sin antecedentes penales, siendo Mosso d'Esquadra con TIP NUM011, en el periodo comprendido entre 25 de octubre de 2005 y 25 de junio de 2007 así como en el periodo que media entre el 20 de julio y el 29 de octubre del 2007, estuvo destinado en la ABP de Sants-Montjuic, motivo por el que parte de sus funciones las desarrollaba en la comisaría sita en la estación de tren de Sants.

Por su condición de Mosso d'Esquadra el acusado tenía acceso, mediante una contraseña personal e intransferible, al Nucli d'Informació Policial, esto es a la base de datos policial, donde se contenía la información recabada policialmente en relación a denunciados, denunciados y personas investigadas.

En la comisaría sita en la estación de Sants, por ser un punto de acceso a Barcelona, se recibían denuncias de pérdida y sustracción de documentación, y se recuperaba aquella que previamente se había extraviado o bien había sido objeto de sustracción, lo que motivaba que las documentaciones encontradas se trasladasen a la ABP de Sants Montjuic, donde, en caso de que no se reclamasen, tras unos Oías de espera, se remetían o bien a las oficinas Consulares correspondientes —atendiendo la nacionalidad de los titulares de la documentación— o a los servicios de custodia de documentación de Mossos d'Esquadra. Durante el periodo en que permanecía la documentación no reclamada por sus titulares en las dependencias de la ABP de Sants Montjuic, los pasaportes, permisos de conducción y similares, se guardaban en una caja que estaba en el armario de un despacho, sin medidas especiales de custodia o bien de registro de acceso a dicha documentación.

El acusado era propietario de los vehículos Audi A4 matrícula...-RKH y BMW...- YFD, aunque registralmente figurasen a nombre de Encarnación, hermana de su mujer, pues así se ahorra dinero en su adquisición, obteniendo descuentos

en los impuestos que gravan dichas adquisiciones, dado que la sra. Encarnación tiene reconocida una minusvalía del 95%.

El acusado, en calidad de propietario de estos vehículos, era quien efectuaba todas las gestiones relacionadas con los mismos, y pagaba las cantidades correspondientes que su uso generase y además era su único y exclusivo conductor de los mismos.

Para evitar tener que pagar las sanciones pecuniarias y la pérdida de puntos en su carnet, obtener un beneficio económico y desplazar su responsabilidad administrativa derivada de la perpetración de infracciones de la Ley de Seguridad Vial, cuando era denunciado por conducir dichos vehículos con exceso de velocidad, el acusado, una vez que su esposa o familiares de Encarnación le entregaban la correspondiente denuncia, identificaba como conductor a terceras personas que habían denunciado la pérdida de la documentación en la comisaría de Sants, o bien que su documentación había sido encontrada en dicha zona y entregada a los Mossos d'Esquadra para su custodia, con el consiguiente perjuicio para estas personas, que no consta que en esas fechas estuvieran en España.

Así, el acusado, en los expedientes administrativos incoados por exceso de velocidad en los que se tramitaron las denuncias formuladas, presentó en nombre de su cuñada y titular oficial de dicho vehículos sendos escritos en los que para evitar la sanción y el pago de la multa y pérdida de puntos, identificaba a terceros ajenos a los hechos como conductores de dichos vehículo, con conocimiento de que faltaba a la verdad en la narración de los hechos, dándose la circunstancia de que obtuvo los datos de estos terceros por su trabajo como policía. En concreto identificó a las siguientes personas:

1. Marisol.

Fue identificada en el expediente sancionador NUM012 incoado en el año 2008, el acusada mediante documento-impreso dirigido al Servei Catalá de Transit de fecha 4 de septiembre de 2008, la identificó como conductora del vehículo Audi A4, y adjunto fotocopia de su permiso de

conducir que habla sido recuperado en la estación de Sans.

Igualmente identificó a la sra. Marisol en el Expediente NUM013, de 1 de mayo de 2012, con el vehículo BMW X, adjuntando también fotocopia de su permiso de conducir.

El acusado a las 10,45 horas del 4 de septiembre de 2008, cuando ya no estaba destinado en la ABP Sants Montjuic, desde su perfil de usuario NUM014, que el autorizaba para efectuar consultas en la base de datos relacionadas exclusivamente con su trabajo de funcionario de policía, y cuando se encontraba destinado en Vilafranca del Penedés, accedió a la base de datos y consultó los relativos a la sra. Marisol, no correspondiendo esta consulta con ninguna gestión policial asignada al acusado, por lo que no había motivo o razón profesional alguna para acceder a dichos datos, haciéndose incluso con una fotocopia de su permiso de conducir que aportó en las dos ocasiones dichas.

2. Ángel Jesús.

El acusado, con igual ánimo de lucro, fue identificado por el acusado, en el expediente sancionador NUM015 incoado en el año 2009, como conductor del vehículo Audi A4 a Ángel Jesús, adjuntando fotocopia de su permiso de conducir que había sido recuperado en la estación de Sants.

Igualmente fue identificado en el expediente sancionador NUM016, incoado por hechos ocurridos el 27 de diciembre de 2001, con el BMW X3. El acusado no solo identificó al sr. Ángel Jesús sino que adjunto fotocopia de su permiso de conducir.

Igualmente el sr. Ángel Jesús fue identificado en el expediente NUM017, por hechos de 30 de diciembre de 2011, con el mismo vehículo, y también aportó fotocopia de su documentación.

El sr. Ángel Jesús en el primer expediente referido presentó escrito de alegaciones informando que le habían sustraído la documentación en el tren camino del aeropuerto y que no pudo interponer denuncia para no perder el avión, añadiendo en dicho escrito que no había estado en España desde 2007.

3. Constantino.

Fue identificado en el expediente sancionador NUM015 de 14 de noviembre de 2011, como conductor del vehículo BMW-X3. El acusado, con igual ánimo de lucro, conociendo que el sr. Constantino había denunciado en la comisaría del aeropuerto de El Prat la sustracción de su cartera, en 14 de septiembre de 2007 en la estación de Sants, lo identificó como el conductor del vehículo, aportó fotocopias de la documentación encontrada del denunciante y firmó el escrito dirigido al expediente sancionador, simulando la firma de Encarnación, quien debido a su minusvalía no podía firmar.

El sr. Constantino formuló escrito de alegaciones haciendo constar la fecha en la que le sustrajeron la documentación y que le llegaron cuatro denuncias más desde Madrid, Zaragoza y Tarragona(sic).

Segundo.- La Audiencia de instancia en la citada sentencia, dictó la siguiente Parte Dispositiva:

«CONDENAMOS a Emiliano como responsable criminalmente en concepto de autor de: a) un delito contra la intimidad, con finalidad lucrativa, cometido por funcionario público, y b) un delito de falsedad en documento oficial cometido por particular, ya definidos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas, por el delito a) de TRES AÑOS, TRES MESES Y UN DÍA DE PRISIÓN, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por igual tiempo e inhabilitación absoluta por tiempo de SEIS AÑOS y VEINTIÚN MESES Y UN DÍA DE MULTA con cuotas diarias de quince euros. Por el delito b) le imponemos la pena de SEIS MESES DE PRISIÓN, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por igual tiempo y SEIS MESES DE MULTA con cuotas diarias de quince euros, y en ambos casos con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago del artículo 53 CP, así como al pago de las costas procesales causadas(sic).

Tercero.- Notificada la resolución a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de Ley y de precepto Constitucional, por **Emiliano**, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formán-

dose el correspondiente rollo y formalizándose el presente recurso.

Cuarto.- El recurso interpuesto por Emiliano, se basó en los siguientes **MOTIVOS DE CASACIÓN:**

1.- Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.2 CE. Aplicación indebida de los artículos 197.2 y 6 del Código Penal (en su redacción anterior a L.O. 5/2010, actualmente art. 197.2 y 7) y del artículo 198 del mismo texto legal.

2.- Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.2 CE. Aplicación indebida de los artículos 392 y 390.1.3 del Código Penal.

Quinto.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, por parte del mismo solicita la inadmisión de los recursos de casación interpuestos, o subsidiariamente su desestimación, por las razones vertidas en el escrito que obra unido a los presentes autos; quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

Sexto.- Hecho el señalamiento para Fallo, se celebró el mismo prevenido para el día dieciséis de Septiembre de dos mil quince.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- El recurrente ha sido condenado como autor de un delito contra la intimidad, con finalidad lucrativa del artículo 197.2.6 y 198 del Código Penal en la redacción anterior a la reforma operada por la LO 5/2010 a la pena de tres años, tres meses y un día de prisión, inhabilitación absoluta por tiempo de seis años y multa; y como autor de un delito de falsedad en documento oficial a la pena de seis meses de prisión y multa. Contra la sentencia interpone recurso de casación formalizando dos motivos. En el primero denuncia la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva, que deriva en la que considera aplicación indebida del artículo 197.2 y 6 y 198 del Código Penal, pues sostiene que no se ha respetado el derecho a un proceso con todas las garantías y se le ha causado indefensión al no haber citado en la causa a la persona titular de los datos personales a los que indebidamente accedió y luego utilizó el recurrente. Argumenta

que ha sido condenado por haber accedido de forma indebida a la base de datos policial para obtener información de Doña. Marisol y utilizar sus datos de forma fraudulenta, originándole un perjuicio y obteniendo un lucro igual a la multa que se evitaba, y que esa persona, de haber podido comparecer en las actuaciones podría haber hecho uso del perdón del ofendido que excluye la pena. Señala que el artículo 130.5.1 del Código Penal impone que esa persona habrá de ser oída antes de ser dictada la sentencia.

1. La cuestión que plantea la queja del recurrente es si en casos como el presente es posible el perdón del ofendido con el efecto previsto en el artículo 201 del Código Penal. Efectivamente este precepto dispone de forma muy general que el perdón del ofendido o de su representante legal, en su caso, extingue la acción penal o la pena impuesta. Previsión que viene precedida de otra norma según la cual no será precisa la denuncia exigida en el apartado anterior para proceder por los hechos descritos en el artículo 198 de este Código, ni cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas.

La disponibilidad sobre la acción penal o sobre la pena que supone el ejercicio del perdón se relaciona directamente con la necesidad de que, en los delitos en los que resulta relevante, el ejercicio de las acciones penales sea impulsado por el propio ofendido, por su representante legal o, en casos específicamente establecidos, por el Ministerio Fiscal. Con otras palabras, el perdón del ofendido no es contemplado por el legislador cuando se trata de delitos que afectan a intereses generales o a bienes jurídicos respecto de los que el ofendido no tiene una especial disponibilidad. Incluso, en ocasiones, aunque el inicio de la causa penal queda en manos del ofendido, una vez iniciada aquella, el eventual perdón del ofendido podría carecer de eficacia alguna. Por ello, aunque la generalidad de la redacción del artículo 201.3 pudiera inducir a confusión, y considerar que el perdón es eficaz en todos los delitos del capítulo, se ha excluido la posibilidad del perdón cuando el hecho afecte a intereses generales, casos en los que es preciso incluir aquellos previstos

en el artículo 198, en los que el delito es cometido por una autoridad o funcionario público prevaliéndose de su cargo, pues es claro que tal clase de conductas afectan a intereses generales concretados en la necesidad de un comportamiento correcto y respetuoso con las leyes por parte de los servidores públicos. Estas consideraciones explican también que cuando así ocurre no sea precisa la denuncia del agraviado o de su representante legal, según el artículo 201.2 del Código Penal.

La cuestión fue examinada por esta Sala en un caso similar en la STS nº 725/2004, de 11 de junio en la que se afirmó que *«es claro que el perdón del ofendido no opera respecto de los casos que se subsumen bajo el art. 198 CP. Tal como lo hemos expuesto con anterioridad, estos supuestos comprenden una doble infracción de deberes: la del deber de respetar la intimidad y la implícita en el abuso del cargo público. Esta última no es disponible para el sujeto pasivo y por la misma razón que el art. 201.2 CP no exige la denuncia del perjudicado en estos casos, tampoco es posible extender a ellos el perdón del ofendido, dado que es de la esencia del perdón que sólo puede recaer sobre actos que hayan lesionado derechos o bienes propios»*.

2. En el caso, el recurrente ha sido condenado como autor de un delito previsto y penado en los artículos 197.2 y 6 y 198 del Código Penal. Accedió a los datos personales de un tercero prevaliéndose de su condición de funcionario, pues fue precisamente ésta la que le permitió realizar tal acceso, y los utilizó en perjuicio de su titular. Como hemos dicho, los bienes jurídicos protegidos por el artículo 198 no se reducen al interés privado en mantener la propia privacidad, sino que se extienden al de la Administración y al de la sociedad en general respecto de la correcta actuación de las autoridades y funcionarios públicos. Bien jurídico que resulta lesionado cuando la autoridad o funcionario utiliza su cargo o posición funcional para atentar contra los derechos individuales, en este caso, relativos a la privacidad.

Si se considera, como acertadamente hace la Audiencia, que el perdón del ofendido carecería

en todo caso de eficacia, es irrelevante que la persona agraviada no haya sido citada y no haya comparecido en la causa.

En consecuencia, el motivo se desestima.

SEGUNDO.- En el segundo motivo, nuevamente alega vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, refiriéndose a la aplicación indebida del artículo 392 y 390.1.3 del Código Penal. Argumenta que la simulación de la firma de su cuñada no se hizo en un documento oficial, sino que se realizó en una hoja de papel impreso que la Administración facilita al ciudadano en casos de denuncias de tráfico para que se autoinculpe o delate al conductor del vehículo, pero carece de sellos o rúbricas de funcionario y no es por lo tanto documento oficial.

1. La jurisprudencia de esta Sala ha abandonado hace ya tiempo la doctrina según la cual es documento oficial un documento inicialmente privado, creado con esa finalidad, que después es incorporado a un expediente oficial por distintas razones no contempladas en el momento de su creación.

Documentos oficiales son todos aquellos que provienen, son emitidos o puestos en circulación por entidades públicas del Estado de las Comunidades Autónomas, Provinciales o del Municipio, con la finalidad de satisfacer las necesidades del servicio público, dentro del ámbito de sus funciones.

La falsedad cometida en un documento privado no se convierte en falsedad en documento oficial solo porque posteriormente el documento sea incorporado a un expediente oficial. Después de su incorporación, el documento privado adquiere carácter oficial en tanto parte del propio expediente, y su falsificación o alteración supondría la de éste. Pero, cuando la maniobra falsaria se ha ejecutado antes de la incorporación, ésta no cambia el hecho de que la falsificación fue efectuada en un documento privado.

Puede ocurrir, sin embargo, que el documento suscrito, confeccionado o rellenado por el particular, que contiene como tal solo manifestaciones particulares, tenga como destino único y como exclusiva razón de su existencia, el incorporarse a un expediente oficial, administrativo o

de otra clase, con la finalidad de servir de base a una declaración o resolución oficial, que resulta así, una vez emitida, de contenido falsario a causa de la mendacidad del particular. En estos casos puede decirse que el particular actúa como autor mediato y utiliza al funcionario como instrumento de la falsedad cometida en el documento, que al emanar de aquél en el ejercicio de sus funciones, resulta ser un documento oficial. Así lo ha entendido esta Sala en algunas ocasiones precisando su doctrina más actualizada que negaba la simple conversión de la naturaleza del documento en atención a su destino oficial. Entre ellas en la STS nº 1720/2002, de 16 octubre, en la que se afirmó que «*el documento «ab initio» privado que nace o se hace con el inexorable, único y exclusivo destino de producir efectos en un orden oficial, en el seno de la Administración Pública o en cualquiera de sus vertientes o representaciones se equipara al documento oficial (SSTS de 31 de mayo y 17 de julio de 1995, 17 de mayo y 19 de septiembre de 1996, y 4 de diciembre de 1998, entre otras), siempre que sea susceptible de provocar una resolución administrativa del ente receptor que incorpore el elemento falso aportado*». En el mismo sentido, la STS nº 79/2002, de 24 enero, en la que se lee que «... *si bien ha de estarse a la naturaleza del documento en el momento de la alteración falsaria, esta doctrina experimenta una inflexión cuando el documento nace con el único destino de producir efectos en el orden oficial o en el seno de las Administraciones Públicas. Así ciertamente se pronuncian sentencias de esta Sala, como son exponentes las de 31 de mayo de 1995 y 17 de mayo de 1996, en las que se declara que si bien es cierto que la doctrina jurisprudencial, innovando declaraciones anteriores, ha venido manteniendo que la incorporación o destino a un expediente público no permite llevar el documento privado al campo del artículo 303, razonando que ha de estarse a la naturaleza del documento en el momento de la alteración falsaria, sin que pueda extenderse el dolo del autor a finalidades, destinos o incorporaciones que ni siquiera están en su mente cuando realiza alguno de los comportamientos del artículo 302; este*

criterio jurisprudencial, que no tiene excepción cuando el documento genuinamente privado se incorpora —sin posible previsión de su autor y sin relación funcional alguna— a un expediente público, tiene una reconocida inflexión cuando el documento nace o se hace con el único o exclusivo destino de producir efectos en el orden oficial o en el seno de las Administraciones Públicas determinando resoluciones del ente receptor con trascendencia para el tráfico jurídico (sentencias de 2 de junio y 14 de mayo de 1992, 8 de marzo de 1993, 28 de septiembre de 1994, y 13 de marzo de 1995)».

Con igual criterio se pronuncia la Sentencia 1529/2003, de 14 de noviembre, en la que se examina si puede ser considerado como documento oficial un impreso suministrado por la Administración para ser rellenado en sus correspondientes apartados por un particular. En principio, un impreso, en sí mismo considerado, no es en realidad un documento, pues no adquiere tal carácter hasta que alguien interviene y aparece en el mismo expresando o incorporando datos, hechos o narraciones con cualquier relevancia jurídica (artículo 26 del Código Penal). Cuando un impreso es completado por un particular, que efectúa en el mismo determinadas manifestaciones, no es otra cosa que una declaración particular, por lo que no llega a adquirir, solo por el hecho de constar en un impreso de uso estandarizado, el carácter de documento oficial. El que posteriormente tal documento sea incorporado a un ámbito oficial no altera el hecho de que las manifestaciones fueron vertidas en un documento privado.

3. Cuando esas manifestaciones se dirigen a provocar una resolución o declaración oficial, que resulta de contenido falsario al basarse exclusivamente en la declaración del particular, puede decirse que el resultado final es un documento oficial, en cuanto emitido por un funcionario, al cual utiliza el particular como instrumento irresponsable al actuar por error, que tiene su origen en la propia mecánica burocrática que excluye, en principio, la comprobación, y que tiene un contenido falsario como consecuencia de los datos proporcionados por el particular.

Sin embargo, la anterior doctrina no puede extenderse a considerar documento oficial cualquier manifestación realizada por escrito por un particular y dirigida a la Administración Pública en la que quien la suscribe cometa alguna de las conductas previstas en el artículo 390.1 del Código Penal, concretamente la contemplada en el apartado 3, pues en definitiva se trata de la manifestación de un particular, real o supuesta.

Cuando se trata del uso de documentos falsos, los artículos 393 y 396 castigan con diferentes penas, según se trate de documentos oficiales, públicos o mercantiles de un lado o privados del otro, a quienes, a sabiendas de su falsedad, los presentaren en juicio o, para perjudicar a otro, hicieren uso de los mismos. De ello se desprende que cuando se presenta en juicio un documento falso, ello no determina que la pena asignada sea igual a la de la presentación de un documento oficial, público o mercantil.

2. El recurrente falsificó la firma de su cuñada para dirigirse a la Administración y comunicar que la identidad del conductor del vehículo que, en realidad era de su propiedad aunque figuraba a nombre de aquella. Incurrió, pues en la conducta descrita en el apartado 3 del artículo 390.1, pero en relación a un documento privado, carácter que se atribuye a la manifestación del particular realizada por escrito.

Ello originó una actuación administrativa en la que, en principio, la persona designada era tomada como conductor, pero sin excluir la posibilidad de que ésta se defendiera negando su participación, y, consecuentemente, sin excluir tampoco la comprobación de la realidad de la manifestación de la denunciante. La resolución administrativa solo se produciría con posterioridad. No es otra cosa, pues, que un escrito de un particular en el que se supone la intervención de alguien que no la ha tenido mediante la falsificación de su firma, que está dirigido a la Administración, y en la que se efectúan unas manifestaciones que implican a otra persona en actos que pudieran constituir una infracción administrativa.

Por ello, el motivo debe ser estimado.

4. La estimación de la queja del recurrente no supone sino su absolución como autor de un delito de falsedad en documento oficial, pero implica, al tiempo, su condena como autor de un delito de falsedad en documento privado, pues, tanto de la acusación como de los hechos declarados probados se infiere con absoluta claridad que la falsificación tenía como finalidad causar perjuicio al tercero al que se identificaba como conductor del vehículo en el momento de infringir las normas de seguridad vial. De esa constatación resulta la no infracción del principio acusatorio. La pena privativa de libertad será la misma, el mínimo señalado legalmente, con la supresión de la pena de multa, no prevista en el artículo 395 del Código Penal.

FALLO:

Que debemos **DECLARAR y DECLARAMOS HABER LUGAR PARCIALMENTE** al recurso de Casación por infracción de Ley, interpuesto por la representación procesal de **Emiliano**, contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección Décima), con fecha veintiocho de Enero de dos mil quince, en causa seguida contra Emiliano, por delito contra la intimidad por funcionario público y falsedad en documento oficial.

Con declaración de oficio de las costas procesales del presente recurso.

Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Manuel Marchena Gómez José Ramón Soriano Soriano **Miguel Colmenero Menéndez de Luarda** Francisco Monterde Ferrer Juan Saavedra Ruiz

SEGUNDA SENTENCIA:

Fallo Segunda Sentencia:

DEBEMOS ABSOLVER y ABSOLVEMOS al acusado Emiliano del delito de falsedad en documento oficial.

DEBEMOS CONDENAR y CONDENAMOS al acusado Emiliano como autor de un delito de fal-

sedad en documento privado, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de seis meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Se mantienen los demás pronunciamientos de la sentencia de instancia no afectados por el presente.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Manuel Marchena Gó-

mez José Ramón Soriano Soriano Miguel Colmenero Menéndez de Luarca Francisco Monterde Ferrer Juan Saavedra Ruiz

PUBLICACIÓN.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

El presente texto proviene del Centro de Documentación del Poder Judicial. Su contenido se corresponde íntegramente con el del CENDOJ.

CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

TOMÁS QUINTANA LÓPEZ

*Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de León*

(Tol 5438930)

Cabecera: Casación ha lugar porque el Plan General de Ordenación Urbana contiene una serie de determinaciones que imponen limitaciones a la dimensión de los establecimientos comerciales en Donostia-San Sebastián conforme a lo establecido en un Plan Territorial Sectorial no adaptado a la Directiva europea 2006/123/CE y contraviniendo lo establecido en la Ley 17/2009, de trasposición de aquélla, habiendo sido declaradas nulas de pleno derecho tales determinaciones del Plan Territorial Sectorial de la Comunidad Autónoma del País Vasco. No se aprecia incongruencia ni procede acceder a la pretensión de revisión de un apartado del Plan.

Jurisdicción: Contencioso-Administrativo

Ponente: Jesús Ernesto Peces Morate

Origen: Tribunal Supremo

Fecha: 03/09/2015

Tipo resolución: Sentencia

Sala: Tercera

Sección: Quinta

Número Recurso: 3687/2013

Supuesto de hecho: Plan General de Ordenación Urbana que, sobre la base de las determinaciones de un Plan Territorial de Servicios previo, impone limitaciones a la dimensión máxima de los equipamientos comerciales para favorecer la competitividad y la implantación de establecimientos comerciales de menor tamaño.

COMENTARIO:

Supuesto de hecho: Plan General de Ordenación Urbana que, sobre la base de las determinaciones de un Plan Territorial de Servicios previo, impone limitaciones a la dimensión máxima de los equipamientos comerciales para favorecer la competitividad y la implantación de establecimientos comerciales de menor tamaño.

LAS LIMITACIONES A LAS SUPERFICIES MÁXIMAS DE LOS ESTABLECIMIENTOS COMERCIALES HAN DE FUNDARSE EN RAZONES IMPERIOSAS DE INTERÉS GENERAL FIJADAS MEDIANTE LEY, BASADAS EN LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE, MOTIVADAS, NO DISCRIMINATORIAS Y PROPORCIONALES; NO EN RAZONES ECONÓMICAS PARA FAVORECER LA MAYOR COMPETITIVIDAD EMPRE-

SARIAL Y LA IMPLANTACIÓN DE ESTABLECIMIENTOS COMERCIALES DE MENOR TAMAÑO.

I. OBJETO DEL PROCESO, TIPO DE RECURSO, PARTES Y SALA

El proceso resuelto en casación mediante la sentencia de la Sala Tercera (sección quinta) del Tribunal Supremo, de 3 de septiembre de 2015, enfrentó, por una parte, a una entidad mercantil y, de otra, al Ayuntamiento de San Sebastián y a Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco, con motivo de la impugnación por aquella del acuerdo de aprobación definitiva del Plan General de Ordenación Urbana de San Sebastián (PGOU) por el órgano municipal competente; impugnación que se basaba en la supuesta vulneración de la Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios del mercado interior, y de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, en que incurrían ciertas determinaciones de dicho plan general y de un Plan Territorial Sectorial de Creación Pública de Suelo para Actividades Económicas y de Equipamientos Comerciales de la Comunidad Autónoma del País Vasco (PTS), de las que las del plan general traían su causa, en la medida en que tales determinaciones imponían limitaciones a la superficie de los establecimientos comerciales.

Consecuentemente, la recurrente solicitaba la declaración de nulidad de determinados contenidos de ambos instrumentos de planificación pues, en su opinión, contradecían la normativa europea y estatal precedentemente citada y, además, pedía que fuera revisada una parte del PGOU con objeto de incluir en él una serie de previsiones contempladas en un convenio que había sido acordado previamente.

La sentencia de instancia, dictada por la sección segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de fecha 15 de octubre de 2013, desestimó el recurso, pues, en síntesis, frente a los argumentos esgrimidos por la recurrente, la Sala consideró que las determinaciones del PGOU controvertidas, así como las previsiones del PTS en que aquellas se basaban —de ahí la consideración de recurso indirecto contra este plenamente aceptada judicialmente— eran ajustadas a Derecho, al no apreciar que se hubiera vulnerado la Directiva de Servicios y la Ley 17/2009, de trasposición de esta.

II. DISPUTA JURÍDICA: ARGUMENTOS DE LAS PARTES EN CASACIÓN

Frente a la sentencia de instancia, la entidad mercantil presentó recurso de casación basado en tres motivos: la incongruencia omisiva en que afirma incurrió la sentencia dictada por la Sala del Tribunal Superior de Justicia; la vulneración de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Supremo, al no haber inaplicado el PTS ante la incorrecta trasposición de la Directiva de Servicios al ordenamiento de la Comunidad ni aplicado directamente esta o la ley que la ha traspuesto correctamente (la Ley 17/2009 estatal); y, por último, por la vulneración de determinados artículos de la Directiva de servicios y de la citada ley de trasposición, así como de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en lo referido al principio de libertad de empresa, al dar por válida la limitación de superficie máxima de los equipamientos comerciales que contiene el PTS sobre la base de unas razones imperiosas de interés general entendidas de forma diferente a lo que viene manteniendo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

De contrario, el Ayuntamiento de San Sebastián niega que haya habido incongruencia omisiva, al entender que la sentencia de instancia ha dado respuesta razonada a la solicitud del demandante de que fuera inaplicado el PTS por ser contrario a la Directiva de servicios y, por el contrario, fuera aplicada directamente esta la Ley 17/2009, en cuanto ley estatal de trasposición de la citada directiva. Frente al segundo motivo alegado por el recurrente, el Ayuntamiento mantiene que las restricciones a la libertad de establecimiento en que se traducen las limitaciones al tamaño de los establecimientos comerciales son medios adecuados para ordenar el territorio y proteger el medio ambiente. Por último, ante el tercer motivo esgrimido, se defiende que el PTS no restringe indebidamente el ámbito de la libertad de empresa o de acceso al libre ejercicio de las actividades comerciales, dado que se trata de un instrumento de ordenación del territorio, cuyas determinaciones son compatibles con la libertad de acceso al ejercicio de actividades comerciales que garantiza la Directiva de servicios y la Ley 17/2009.

Finalmente, la Administración autonómica también se opone a los motivos de casación alegando que no ha existido incongruencia omisiva por parte de la sala de instancia al dictar sentencia, pues como se explica en esta, el PTS aunque no fue adaptado a la Directiva de Servicios como ordena la disposición final tercera de la Ley 7/2008 del País Vasco, tal adaptación no era necesaria ya que el contenido del PTS era conforme con dicha directiva. También rebate que las limitaciones a las dimensiones de los estable-

cimientos comerciales vulneren la Directiva de servicios y la ley estatal de trasposición, dado que se trata de límites impuestos exclusivamente desde la perspectiva de la ordenación del territorio. En relación con el tercer motivo esgrimido por la recurrente en casación, la Administración autonómica solicita la inadmisión del mismo al considerar que se trata de una cuestión nueva, no planteada en instancia debido a la invocación que se hace del artículo 5 de la Ley 17/2009.

III. ARGUMENTOS DE LA SENTENCIA DE CASACIÓN

1. Comenzando por la alegada inadmisión por una de las partes recurridas a que acabamos de referirnos, la sentencia de casación constata que la invocación por el recurrente en casación del artículo 5 de la Ley 17/2009 no es nueva, pues ya fue introducida en instancia.

2. La constatación también por la sala *ad quem* de que la sentencia de instancia explicitó las razones por las que, a su juicio, el PGOU se ajustaba al PTS, y este se ajustaba a la Directiva de servicios y a la Ley estatal de trasposición de esta, fue suficiente para que fuera desestimado el primer motivo de casación, es decir la incongruencia omisiva atribuida a la sentencia de instancia al haber entendido la recurrente que no se había dado respuesta razonada en ella a las peticiones de inaplicación del PGOU por ser considerado contrario a la Directiva de servicios y a la Ley 17/2009, y tampoco se había acordado la aplicación directa a estas.

3. Los motivos de casación segundo y tercero son objeto de análisis conjunto por el órgano judicial

Considerado por la sala en instancia que el PTS, al igual que había acordado el Consejo de Gobierno vasco, no precisaba ser revisado, contrariamente a lo ordenado por la disposición final tercera de la Ley 7/2008, del Parlamento vasco, dado que, al entender del órgano de gobierno vasco y de la sala *a quo*, las limitaciones al emplazamiento y dimensiones que dicho PTS imponía a los establecimientos comerciales obedecían a razones de ordenación del territorio y de protección del medio ambiente, la sala tercera del Tribunal Supremo, en cambio, mantiene que las previsiones del PTS que establecen limitaciones al emplazamiento y a las dimensiones de los establecimientos comerciales obedecen a razones exclusivamente económicas y mercantiles, en la medida en que el capítulo 7 del PTS fija como objetivos de esas limitaciones un reparto territorial entre las diferentes marcas para favorecer una mayor competencia empresarial, así como incentivar la implantación de establecimientos comerciales de menor tamaño frente a los

grandes equipamientos comerciales, fundamentos que son ajenos a las imperiosas razones de interés general vinculadas a la ordenación del territorio y a la protección del medio ambiente, y, por ello, proscritas por la Directiva de servicios y por la Ley 17/2009, de trasposición de esta.

A ello se une, según argumenta la sentencia resolutoria de la casación, que el PTS infringe el artículo 5 de la Ley 17/2009, pues este impone la motivación de las limitaciones al libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio y, además, que sean incluidas en una norma legal, frente a lo cual ni el PTS es una norma de rango legal ni tampoco explicita los motivos por los que ha de entenderse que las restricciones que impone al emplazamiento y dimensiones de los establecimientos comerciales sean necesarios por basarse en razones imperiosas de interés general, no supongan discriminación y sean proporcionados para la ordenación del territorio y/o la protección del medio ambiente.

IV. RESOLUCIÓN DEL RECURSO DENTRO DE LOS TÉRMINOS EN QUE APARECE PLANTEADO EL DEBATE Y FALLO

La estimación de los motivos segundo y tercero de casación lleva a declarar la nulidad de las determinaciones del PTS que contenían las limitaciones al emplazamiento y dimensiones de los establecimientos comerciales¹, nulidad que, debido a la consideración del recurso interpuesto frente a determinados contenidos del PGOU como recurso indirecto, supone también la declaración de nulidad de estas en la medida en que su fundamento se hallaba en las determinaciones del PTS anuladas.

¹ Con la misma fecha de la sentencia que comentamos, la sala tercera del Tribunal Supremo dictó otra sentencia (*ToI 5438545*) mediante la que se anularon, por un lado, el acuerdo de fecha 13 de abril de 2010, del Consejo de Gobierno del País Vasco, por el que se inadmitió el recurso de reposición frente al Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma del País Vasco, de fecha 21 de diciembre de 2009, así como este mismo acuerdo, por el que dicho Consejo de Gobierno declaró que existe plena adecuación entre el Plan Territorial Sectorial de Creación Pública de Suelo para Actividades Económicas y de Equipamientos Comerciales, aprobado por Decreto 262/2004, de 21 de diciembre y la Directiva 2006/123/CE, del parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior, y que no procede la modificación del citado Plan territorial Sectorial; y, por otro, las determinaciones del citado plan, que venimos citando como PTS, que imponen limitaciones a la superficie máxima para equipamientos comerciales.

Contrariamente a la estimación del recurso en los extremos señalados, la sala que resuelve en casación no accede a otro de los pedimentos que realiza el recurrente relativo a que se incluya en el PGOU la ampliación de edificabilidad acordada mediante convenio, rechazo que fundamenta en lo dispuesto en el artículo 71.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en la medida en que prohíbe que los órganos jurisdiccionales puedan determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulasen.

V. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA SENTENCIA

La sentencia que es objeto de este comentario se enmarca dentro de lo que se conoce como «urbanismo comercial», cuyo fundamento se halla en la transformación de las formas en que las personas nos aprovisionamos de bienes y servicios que se viene produciendo desde hace décadas; tradicionalmente de manera casi exclusiva en pequeños comercios y más recientemente también y de forma creciente en grandes superficies comerciales. Fenómeno que en sus orígenes impulsó la aprobación y reforma de normas jurídicas desde una doble perspectiva; por un lado, para tratar de incorporar a la ordenación territorial y urbanística la implantación de los grandes establecimientos comerciales debido a la influencia que la creación de estos tiene sobre el desarrollo de la ciudad y, por otro, limitar su proliferación por las consecuencias negativas que pudiera tener para el pequeño y mediano comercio.

De ello se han encargado durante tiempo, incluso podría afirmarse que de forma indistinta, el planeamiento, señaladamente a través de los instrumentos de planeamiento sectorial y urbanístico, y la normativa de comercio. Un buen ejemplo de lo primero lo tenemos precisamente en el PTS de ámbito autonómico y el PGOU a los que se refiere la sentencia de que me vengo ocupando, en la medida en que imponían restricciones al emplazamiento y dimensiones de los establecimientos comerciales con el objetivo de garantizar un reparto territorial entre las diferentes marcas para favorecer la competencia empresarial, así como para incentivar la implantación de establecimientos comerciales de menor tamaño frente a los grandes establecimientos comerciales. En relación con lo segundo —la normativa de comercio—, es oportuno recordar lo que disponía la primera redacción del artículo 6 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, del que son especialmente relevantes a nuestros efectos sus apartados 2, 3 y 4, dado que en ellos se contemplaban determinadas razones

económicas como circunstancias a valorar antes de otorgar la autorización comercial para la implantación de grandes establecimientos comerciales².

Ese planteamiento normativo hubo de cambiar radicalmente con la aprobación de la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior y la trasposición de la misma al ordenamiento español, de manera que, como establece el artículo 5 de la ya considerada Ley 17/2009, de acceso a las actividades de servicio y su ejercicio, a los prestadores de servicios solo excepcionalmente se les requerirá la previa autorización administrativa, y, en todo caso, mediante un régimen que en ningún caso será discriminatorio, habrá de ser necesario por estar basado en razones imperiosas de interés general y ser proporcionado a la consecución del objetivo buscado, todo lo cual habrá de estar motivado en la ley que establezca el régimen autorizadorio.

La traducción de esos principios a cada sector ha tenido que ser de realizada por el legislador estatal o autonómico de acuerdo con las competencias que cada cual ostenta, de forma que en el ámbito del ejercicio de la actividad de comercio han intervenido el Estado, fundamentalmente mediante la reforma de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, y las Comunidades Autónomas actuando sus propias competencias en materia de comercio interior.

A nuestros efectos interesa solo recordar que en la legislación estatal fue la Ley 1/2010, de 1 de marzo, la que dio nueva redacción al artículo 6 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, lo que supuso un giro radical a la regulación anterior en tanto que, con carácter básico, dispuso el sometimiento de la instalación de establecimientos comerciales a autorización solo cuando *una vez aplicados el juicio de proporcionalidad, según lo establecido en el artículo 5.c) de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y el principio de no discriminación, de manera clara e inequívoca concurren*

² Textualmente, la Ley de Ordenación del Comercio Minorista disponía en su artículo 6. 2, 3 y 4, lo siguiente: 2. *El otorgamiento o la denegación de la licencia mencionada en el apartado anterior se acordará ponderando especialmente la existencia, o no, de un equipamiento comercial adecuado en la zona afectada por el nuevo emplazamiento y los efectos que éste pudiera ejercer sobre la estructura comercial de aquélla.* 3. *Se considerará que una zona está dotada de un adecuado equipamiento comercial cuando éste garantice a la población existente y, en su caso, a la prevista a medio plazo, una oferta de artículos en condiciones de calidad, variedad, servicio, precios y horarios conforme con la situación actual y con las tendencias de desarrollo y modernización del comercio al por menor.* 4. *El efecto sobre la estructura comercial existente se valorará teniendo en cuenta la mejora que para la libre competencia suponga la apertura de un nuevo gran establecimiento en la zona, así como los efectos negativos que aquélla pudiera representar para el pequeño comercio existente con anterioridad.*

razones imperiosas de interés general relacionadas con la distribución comercial...y así se motive suficientemente en la ley que establezca dicho régimen, sin que en ningún caso puedan considerarse como razones imperiosas de interés general aquellas de naturaleza económica que supediten la concesión de la autorización a la prueba de la existencia de una necesidad económica o de una demanda en el mercado, a que se evalúen los efectos económicos, posibles o reales, de la actividad o a que se haga una apreciación de si la actividad se ajusta a los objetivos de programación económica fijados por la autoridad competente o a que se comercialicen productos o servicios de un tipo o procedencia determinada. Las razones imperiosas de interés general que se invoquen no podrán encubrir requisitos de planificación económica, según disponía el apartado 3 de ese mismo artículo 6 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista en su redacción de 2010³.

Entre las razones imperiosas de interés general alumbradas por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que han de ser consideradas en la aplicación del sistema de autorización administrativa para la implantación (también traslado y ampliación) de establecimientos comerciales de gran tamaño se hallan, en lo que aquí interesa, las vinculadas a la ordenación del territorio y la protección del medio ambiente, pues es evidente la determinante influencia que tienen los grandes establecimientos comerciales sobre su entorno⁴; por lo que también es viable que estos formen parte del contenido de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística e, incluso, que sus determinaciones, en la medida en que afecten a la actividad comercial desarrollada en este tipo de establecimientos, sean objeto de consideración en el momento de decidir sobre la solicitud

³ Con posterioridad el artículo 6 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista ha sido redactado nuevamente por la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, redacción que clarifica y abunda en la línea marcada por la anterior y citada Ley 1/2010. De su contenido es destacable el apartado 2, a cuyo tenor, «No obstante lo anterior, la apertura, traslado o ampliación de establecimientos comerciales podrá quedar sometida a una única autorización que se concederá por tiempo indefinido cuando las instalaciones o infraestructuras físicas necesarias para el ejercicio de la actividad sean susceptibles de generar daños sobre el medio ambiente, el entorno urbano y el patrimonio histórico-artístico, y estas razones no puedan salvaguardarse mediante la presentación de una declaración responsable o de una comunicación previa. El régimen de autorización deberá estar motivado suficientemente en la ley que establezca dicho régimen».

⁴ En la exposición de motivos de la Ley 1/2010 se afirma que «(...) a la hora de someter a autorización administrativa la instalación de establecimientos comerciales, deben tomarse en consideración los estudios de la doctrina científica, según la cual podría generar impacto ambiental y territorial la instalación y apertura de establecimientos comerciales a partir de los 2.500 metros cuadrados de superficie comercial».

de la autorización para la creación de un establecimiento comercial de gran superficie.

Si la creación de nuevos establecimientos comerciales no es ajena a la ordenación territorial y urbanística, cabe preguntarse la razón por la que la STS de 3 de septiembre de 2015 anuló las determinaciones de un instrumento de planificación territorial, como era el PTS, que imponían limitaciones a la superficie máxima para equipamiento comercial, así como también las determinaciones del PGOU de San Sebastián que se fundamentaban, reproducían o aplicaban las del referido PTS y, concretamente, aquellas que imponían limitaciones a la dimensión de los equipamientos comerciales.

Pues bien, si se recuerda, el fundamento de derecho cuarto de la sentencia resolutoria del recurso de casación, en él se hace especial hincapié en que el PTS (e igualmente el PGOU) ha utilizado un criterio económico para limitar las dimensiones de las superficies comerciales, en concreto, la pretensión de conseguir un reparto territorial entre las diferentes marcas para favorecer una mayor competitividad empresarial, así como para incentivar la implantación de establecimientos comerciales de menor tamaño frente a los grandes equipamientos comerciales; criterio que en ningún caso tiene la consideración de razón imperiosa de interés general⁵, por lo que la sala resolutoria de la casación entiende que se han utilizado instrumentos de ordenación territorial y urbanística para introducir restricciones al ejercicio de la actividad comercial por motivos ajenos a lo que constituye la ocupación del espacio de que se ocupan los instrumentos de ordenación territorial y urbanísticos.

⁵ El argumento completo de la STS comentada es el siguiente: «(...) las auténticas razones para imponer esas limitaciones a la superficie de los equipamientos comerciales son exclusivamente económicas y mercantiles, y, por ello, proscritas tanto por la Directiva 2006/123/CE como por la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, que sólo autorizan limitaciones por razones justificadas e imperiosas de interés general, entre las que, como la propia Sala de instancia reconoce y declara en la sentencia recurrida, se encuentran las relativas a la protección del medio ambiente y del entorno urbano, incluida la planificación urbana y rural, mientras que el Plan Territorial Sectorial, que el Consejo del Gobierno Vasco ha considerado que no precisa de acomodación a la Directiva de servicios 2006/123/CE, acude a criterios económicos para imponer las limitaciones que establece a la superficie de los equipamientos comerciales, y así, en su capítulo 7, fija como objetivo de esas limitaciones superficiales un reparto territorial entre las diferentes marcas para favorecer una mayor competencia empresarial, así como para incentivar la implantación de establecimientos comerciales de menor tamaño frente a los grandes equipamientos comerciales, ambos, evidentemente, de naturaleza económica, por lo que dicho Plan Territorial Sectorial ha utilizado criterios económicos para limitar las dimensiones de las superficies comerciales a pesar de que tales criterios no son las razones de interés general que, con carácter excepcional, admiten tanto la tan repetida Directiva europea como la Ley estatal que la traspone».

Una vez más el alto Tribunal, haciendo caso omiso del tipo de técnica de planificación utilizada por la Administración, fija su atención en las determinaciones que contiene, en este caso para concluir que algunas de ellas vulneran la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior y la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, de trasposición de esta. La consideración de la naturaleza económica de las determinaciones de los planes enjuiciados ha prevalecido sobre el envoltorio formal que las contenía, o dicho de otra forma, el contenido sustantivo ha sido determinante frente al instrumento que lo contenía.

Sentencia de 3 de septiembre de 2015

ENCABEZAMIENTO:

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo

Contencioso-Administrativo

Sección: QUINTA

S E N T E N C I A

Fecha de Sentencia: 03/09/2015

RECURSO CASACIÓN

Recurso Núm.: 3687 / 2013

Fallo/Acuerdo:

Votación: 22/07/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Ernesto Peces Morate

Procedencia: T.S.J. PAIS VASCO CON/AD SEC.2

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera Bajo

RECURSO CASACIÓN Núm.: 3687/2013

Votación: 22/07/2015

Ponente Excmo. Sr. D.: Jesús Ernesto Peces Morate

Secretaría Sr./Sra.: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera Bajo

S E N T E N C I A

TRIBUNAL SUPREMO.

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN: QUINTA

Excmos. Sres.:

Presidente:

D. Rafael Fernández Valverde

Magistrados:

D. José Juan Suay Rincón

D. César Tolosa Tribiño

D. Francisco José Navarro Sanchís

D. Jesús Ernesto Peces Morate

D. Mariano de Oro Pulido y López

En la Villa de Madrid, a tres de Septiembre de dos mil quince.

Visto por la Sala Tercera (Sección Quinta) del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados Excmos. Sres. anotados al margen, el presente recurso de casación, que, con el número 3687 de 2013, pende ante ella de resolución, interpuesto por la Procuradora Doña Flora Toledo Hontiyuelo, en nombre y representación de la entidad mercantil Unibail-Rodamco Garbera S.L., contra la sentencia pronunciada, con fecha 15 de octubre de 2013, por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el recurso contencioso-administrativo número 237 de 2011, sostenido por la representación procesal de la entidad mercantil Unibail Rodamco Garbera S.L.U. contra el acuerdo, de fecha 25 de junio de 2010, del Ayuntamiento de Donosita-San Sebastián, por el que se aprobó definitivamente el Plan General de Ordenación Urbana de Donosita-San Sebastián (BOG número 222, de 17 de noviembre de 2010).

En este recurso de casación han comparecido, en calidad de recurridos, el Ayuntamiento de San Sebastián, representado por la Procuradora Doña Isabel Juliá Corujo, y la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco, representada por el Procurador Don Felipe Juanas Blanco.

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior

de Justicia del País Vasco dictó, con fecha 15 de octubre de 2013, sentencia en el recurso contencioso-administrativo número 237 de 2011, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «FALLO: Que debemos desestimar como desestimamos el presente recurso nº 237/2011, interpuesto contra el acuerdo de 25/06/2010 del Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián de aprobación definitiva del Plan General de Ordenación Urbana de Donostia-San Sebastián (BOG número 222, de 17/11/2010), cuya conformidad a derecho declaramos en atención a los motivos de impugnación aducidos. Con imposición de las costas a la parte actora».

SEGUNDO.- Después de resumir en los fundamentos jurídicos primero y segundo de la sentencia recurrida los planteamientos de los litigantes, la Sala de instancia declara, en el fundamento jurídico tercero, que: «Pues bien lo que la mercantil recurrente alega es que el PTS, al establecer el límite máximo de 25.000 m² de superficie de grandes equipamientos comerciales en Donostia-San Sebastián, comporta una restricción que infringe la Directiva Servicios en cuanto garantiza la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios.

»La Directiva Servicios, que entró en vigor el 28/12/2006 y cuyo plazo de trasposición a los ordenamientos nacionales venció el 28/12/2009, en lo que ahora importa, establece las disposiciones que garantizan la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios (artículo 1) condicionando el establecimiento de un régimen de autorización a su carácter no discriminatorio, su necesidad, y a que el objetivo perseguido no pueda lograrse mediante una medida menos restrictiva (artículo 9), prohibiendo supeditar la autorización a una prueba de la necesidad económica, de sus efectos económicos, o de su ajuste a los objetivos de programación económica (artículo 14, apartado 5) si bien se cuida de establecer que dicha prohibición no afectará a los requisitos de planificación que no sean de naturaleza económica, sino que defiendan razones imperiosas de interés general.

»Su trasposición al ordenamiento español se ha producido a través de las Leyes 17/2009, de 23

de noviembre sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio; 25/2009, de 22 de diciembre de modificación de diversas leyes para su adaptación a la anterior; 12/2012 de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y determinados servicios. Además en el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco por las Leyes 7/2008, de 25 de junio, de segunda modificación de la Ley de Actividad Comercial; Ley 7/2012, de 23 de abril, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE.

»La recurrente propugna la aplicación directa de la Directiva Servicios, con exclusión de la regulación del PTS, por su incompatibilidad con la misma, pero hemos de entender que, si el efecto directo de la directiva opera en ausencia de norma de trasposición o cuando ésta la contradice, habiendo sido objeto de trasposición al ordenamiento español la citada Directiva, la infracción que, en su caso, cabría imputar al PTS, no lo es de la Directiva sino de las leyes de trasposición, y más concretamente de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, en cuanto prevé reproduciendo casi literalmente la directiva, la libertad de establecimiento (artículo 9), condiciona los regímenes de autorización a los criterios de no discriminación, necesidad y proporcionalidad, prohibiendo supeditar la autorización a una prueba de la necesidad económica (artículo 10), admitiendo las restricciones fundadas en imperiosas razones de interés general (artículo 3.11 y 10).

»A la hora de determinar el alcance de dicho marco normativo es oportuno tener presente la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de marzo de 2011 (asunto C-400/08), recaída en el recurso por incumplimiento interpuesto contra España por la Comisión Europea en relación con las limitaciones impuestas por el ordenamiento de la Comunidad Autónoma de Cataluña al establecimiento de superficies comerciales (ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista, Ley 18/2005, de 27 de diciembre, de equipamientos comerciales, Decreto 378/2006, de 10 de octubre que la desarrolla, y Decreto 379/2006, de 10

de octubre por el que se aprueba el Plan territorial sectorial de equipamientos comerciales), sentencia de la que es oportuno consignar los siguientes pasajes:

»<

»74 Entre esas razones imperiosas reconocidas por el Tribunal de Justicia figuran la protección del medio ambiente (véase, en particular, la sentencia de 11 de marzo de 2010, *Attanasio Group*, C-384/08, Rec. p. I-0000, apartado 50 y jurisprudencia citada), la ordenación del territorio (véase, por analogía, la sentencia de 1 de octubre de 2009, *Woningstichting Sint Servatius*, C-567/07, Rec. p. I-9021, apartado 29 y jurisprudencia citada) y la protección de los consumidores (véase, en particular, la sentencia de 13 de septiembre de 2007, *Comisión/Italia*, C-260/04, Rec. p. I-7083, apartado 27 y jurisprudencia citada). En cambio, los objetivos de carácter meramente económico no pueden constituir una razón imperiosa de interés general (véase, en este sentido, la sentencia de 15 de abril de 2010, *CIBA*, C-96/08, Rec. p. I-0000, apartado 48 y jurisprudencia citada).

»75 A este respecto, hay que recordar que, si bien corresponde al Estado miembro que invoca una razón imperiosa de interés general para justificar una restricción a una libertad de circulación demostrar que su normativa es apropiada y necesaria para lograr el objetivo legítimo perseguido, esta carga de la prueba no puede llegar hasta el punto de exigir que dicho Estado demuestre de forma positiva que ninguna otra medida imaginable permitiría alcanzar dicho objetivo en las mismas condiciones (véase, en este sentido, la *sentencia de 10 de febrero de 2009*, *Comisión/Italia*, antes citada, apartado 66).

»Al dar respuesta a la primera imputación efectuada por la Comisión sobre las limitaciones en cuanto al emplazamiento y al tamaño de los grandes establecimientos comerciales impuestos por el ordenamiento catalán, la sentencia razona lo siguiente:

»<

»78 El Reino de España alega que las disposiciones mencionadas son adecuadas para garantizar la realización de los objetivos de ordenación del

territorio y de protección del medio ambiente que persiguen. Según dicho Estado miembro, al limitar la implantación de grandes establecimientos comerciales a los núcleos más poblados, donde la demanda es mayor, y al limitar el tamaño de los establecimientos en las áreas menos pobladas, la normativa controvertida pretende evitar los desplazamientos en automóvil contaminantes, contrarrestar el deterioro de las zonas urbanas, preservar un modelo de ciudad integrado en el medio ambiente, evitar la construcción de nuevas carreteras y garantizar el acceso a esos establecimientos mediante transporte público.

»79 La Comisión considera, por el contrario, que las limitaciones controvertidas no son adecuadas para garantizar la realización de los objetivos perseguidos.

»80 A este respecto, debe observarse que, contrariamente a lo que sostiene la Comisión, las restricciones relativas al emplazamiento y al tamaño de los grandes establecimientos comerciales parecen medios adecuados para alcanzar los objetivos de ordenación del territorio y de protección del medio ambiente invocados por el Reino de España.

»81 No obstante, del artículo 10, apartado 2, del anexo del Decreto 379/2006 se desprende que no se preveía aumento alguno de la oferta comercial en formato de hipermercado en las comarcas en que dicha oferta se estimaba excesiva para el año 2009. En segundo lugar, se deduce del anexo 1.2 del anexo del citado Decreto que la oferta se estimó excesiva para ese año en 37 de las 41 comarcas de la Comunidad Autónoma de Cataluña. En las cuatro comarcas restantes, con arreglo al referido artículo 10, apartado 2, únicamente podía aumentarse la oferta comercial en formato de hipermercado siempre que esta tipología no absorbiese más del 9 % del gasto comercializable estimado para el año 2009 en productos de uso cotidiano y del 7 % en productos de uso no cotidiano de la comarca. Por último, resulta del citado anexo 1.2 que, en esas cuatro comarcas, la superficie máxima para los hipermercados estaba limitada a 23.667 m², repartidos entre seis municipios.

»82 Resulta obligado observar que estas limitaciones específicas impuestas por la normativa controvertida, consideradas en su conjunto, afectan de forma significativa a las posibilidades de abrir grandes establecimientos comerciales en el territorio de la Comunidad Autónoma de Cataluña.

»83 En tales circunstancias, las razones que pueden ser invocadas por un Estado miembro para justificar una excepción al principio de la libertad de establecimiento deben ir acompañadas de un análisis de la oportunidad y de la proporcionalidad de la medida restrictiva adoptada por dicho Estado miembro, así como de los datos precisos que permitan corroborar su argumentación (véase la sentencia de 22 de diciembre de 2008, Comisión/Austria, C-161/07, Rec. p. I-10671, apartado 36 y jurisprudencia citada).

»84 Pues bien, ha de señalarse que el Reino de España no ha expuesto datos suficientes para explicar por qué motivos las restricciones controvertidas son necesarias para alcanzar los objetivos perseguidos.

»85 Habida cuenta de esta falta de explicaciones y de la significativa repercusión de las limitaciones examinadas sobre la posibilidad de abrir grandes establecimientos comerciales en el territorio de la Comunidad Autónoma de Cataluña, procede considerar que las restricciones de la libertad de establecimiento impuestas en este aspecto no están justificadas.

»86 De ello se desprende que la primera imputación debe estimarse».

»En suma, dicha sentencia concluye, en lo que aquí importa, (1) que las restricciones a la libertad de establecimiento pueden estar justificadas por razones imperiosas de interés general, siempre que sean adecuadas para garantizar el objetivo y no vayan más allá de lo necesario para lograrlo; (2) que entre dichas razones imperiosas de interés general se hallan la ordenación del territorio y la protección del medio ambiente; (3) que las restricciones relativas al emplazamiento y al tamaño de los grandes establecimientos comerciales parecen medios adecuados para alcanzar los objetivos de ordenación del territorio y protección del medio ambiente; y (4) que co-

rresponde al Estado miembro justificar la restricción a la libertad de establecimiento mediante un análisis de su oportunidad y de su proporcionalidad aportando datos precisos que permitan corroborar su argumentación».

TERCERO.- Dicha Sala territorial declara, en el primer párrafo del fundamento jurídico cuarto de la sentencia recurrida, que: «Pues bien, el capítulo 7 del PTS de creación pública de suelo para actividades económicas y de equipamientos comerciales de la Comunidad Autónoma del País Vasco, al que la recurrente se remite, justifica razonablemente las restricciones al emplazamiento y al tamaño de los establecimientos comerciales en términos que se ajustan a los criterios expresados por la sentencia del TJUE de 24 de marzo de 2011, puesto que las restricciones a la libertad de establecimiento que impone se justifican por razones de ordenación territorial y se establecen precisamente en un instrumento de ordenación del territorio, y se justifica su necesidad y su proporcionalidad aportando datos sobre la realidad de las grandes superficies comerciales instaladas a la fecha de su aprobación, conclusión que no desmerece por la razón de que, además de dichas razones de ordenación del territorio, por sí mismas suficientes, se invoquen adicionalmente razones económicas prohibidas por el artículo 14 de la Directiva de Servicios y artículo 10-e) de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre que la traspone al ordenamiento español, tal y como alega la recurrente en la demanda (folio 159 de las actuaciones) en referencia a la protección del sector terciario asentado en los centros urbanos y en los diferentes barrios».

CUARTO.- Después de transcribir literalmente el contenido del capítulo 7 del Plan Territorial Sectorial de Creación Pública de Suelo para Actividades Económicas y de Equipamientos Comerciales de la Comunidad Autónoma del País Vasco, el Tribunal *a quo* continúa declarando, en el mismo fundamento jurídico cuarto de la sentencia recurrida, que: «La lectura de dichos pasajes del PTS que se impugna indirectamente, pone de manifiesto la gran diferencia existente entre dicha ordenación y la que dio lugar al recurso de la Comisión Europea contra España por incumpli-

miento de la Directiva Servicios en relación con las restricciones al establecimiento de centros comerciales derivada de la legislación catalana, ya que en síntesis se impedía en ella el establecimiento de nuevas superficies comerciales en 37 de las 41 comarcas, y en las cuatro restantes se limitaba la superficie a 23.667 m², siendo así que el PTS controvertido posibilita incrementos de superficie superiores en numerosos municipios que caracteriza como «de máxima centralidad» entre los que se encuentra el de Donostia-San Sebastián, y asimismo posibilita nuevas superficies en otros muchos de menor población.

»Tal y como afirma la STJUE de 24 de marzo de 2011, las restricciones de emplazamiento y tamaño de los grandes establecimientos comerciales son medios adecuados para alcanzar los objetivos de ordenación del territorio y protección del medio ambiente expresados por el PTS, son además necesarios, y resultan proporcionados, por lo que la Sala concluye que dicho instrumento de ordenación territorial se ajusta a la legislación española de trasposición de la Directiva Servicios.

»La recurrente alega que la Ley vasca 7/2008, de 25 de junio, de segunda modificación de la actividad comercial, que precisamente tiene por finalidad, según se infiere del apartado 2 de su exposición de motivos, la adaptación de la legislación vasca a la Directiva Servicios, establece un mandato al Gobierno para la revisión del PTS, que ha sido incumplido por el Gobierno por medio del acuerdo de 22 de diciembre de 2009 relativo a la adecuación del PTS de creación pública de suelo para actividades económicas y de equipamientos comerciales a la Directiva 2006/123/CE del Parlamento y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, concluyó que existe plena adecuación de dicho instrumento de ordenación del territorio a la Directiva.

»En efecto, la disposición final tercera de la Ley 7/2008 establece que:

»«Con objeto de adecuarlo a la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, el vigente Plan Territorial Sectorial de Equipamientos Comerciales de la Comunidad Autónoma del País

Vasco deberá ser sometido a revisión en el plazo máximo de un año a partir de la aprobación de la presente ley, y en cualquier caso antes del 28 de diciembre de 2009, atendiendo a las razones imperiosas de interés general definidas en el art. 4.8 de la citada directiva y teniendo en cuenta los considerandos 9 y 40. En dicha revisión se establecerá el dimensionamiento de los grandes establecimientos individuales o colectivos y equipamientos comerciales localizados en la periferia exterior de los núcleos de población, en ensanches urbanos mediante la reconversión de áreas obsoletas o la ocupación de espacios vacíos intersticiales o parcelas dotacionales, extendiéndose también esta regulación a las tramas urbanas consolidadas».

»El acuerdo del Gobierno Vasco de 22/12/2009 que concluyó que el PTS se ajusta a la Directiva Servicios, fue objeto de impugnación ante esta sala por la mercantil recurrente (Rec. 750/2010), habiendo recaído la *sentencia nº 497/2011, de 6 de julio*, desestimatoria del recurso, al considerar que la naturaleza del acuerdo recurrido se corresponde con la de un acto político de relación político institucional entre Gobierno y Parlamento.

»Hoy cabe decir que el artículo trigésimo segundo de la Ley vasca 7/2012, de 23 de abril, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, modificó el artículo 13.5 de la Ley 7/1994, de 27 de mayo, de la actividad comercial en los siguientes términos:

»(...).

»Se produce con ello una referencia al PTS en su redacción originaria, puesto que no fue revisado en los términos de la disposición final tercera de la Ley 7/2008, sin que se reitera por el legislador de primer grado la exigencia de su adaptación, si bien es cierto que la Ley 7/2012 no deroga la disposición final tercera de la Ley 7/2008.

»No obstante, no es el acuerdo del Consejo de Gobierno de 22/12/2009 que declara que el PTS se acomoda a la Directiva Servicios lo que se impugna en el presente recurso, sino el propio

PTS de creación pública de suelo para actividades económicas y de equipamientos comerciales, por la razón de que a juicio de la recurrente no se ajusta a la Directiva Servicios, lo que hemos rechazado en los términos que han quedado expuestos.

»Procede en consecuencia la desestimación del recurso, toda vez que el acuerdo del Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián de aprobación definitiva del PGOU impugnado directamente es conforme a derecho en cuanto se acomoda al informe vinculante de la COTPV respecto del incremento de edificabilidad del área «*IN.09.Garbera*», y dicho informe se ajusta las previsiones del PTS de creación pública de suelo para actividades económicas y de equipamientos comerciales, que se ajusta a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, de transposición de la Directiva Servicios».

QUINTO.- Notificada la referida sentencia a las partes, la representación procesal de la entidad mercantil demandante presentó ante la Sala de instancia escrito solicitando que se tuviese por preparado contra ella recurso de casación y que se remitiesen las actuaciones a esta Sala del Tribunal Supremo, a lo que aquélla accedió mediante diligencia de ordenación, de fecha 12 de noviembre de 2013, en la que se mandó emplazar a las partes para que, en el término de treinta días, pudiesen comparecer ante este Tribunal de Casación.

SEXTO.- Dentro del plazo, al efecto concedido, comparecieron ante esta Sala del Tribunal Supremo, como recurridos, el Ayuntamiento de San Sebastián, representado por la Procuradora Doña Isabel Juliá Corujo, y la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco, representada por el Procurador Don Felipe Juanas Blanco, y, como recurrente, la entidad mercantil Unibail Rodamco Garbera S.L., representada por la Procuradora Doña Flora Toledo Hontiyuelo, al mismo tiempo que ésta presentó escrito de interposición de recurso de casación con fecha 3 de enero de 2014.

SÉPTIMO.- El recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad mer-

cantil Unibail Rodamco Garbera S.L. se basa en tres motivos; el primero al amparo del apartado c) del artículo 88.1 de la Ley de esta Jurisdicción y los otros dos al del apartado d) del mismo precepto; el primero por haber infringido la Sala de instancia lo establecido en los artículos 33.1 y 67 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el artículo 24 de la Constitución, al no haber dicha Sala fundamentado la aplicabilidad del Plan Territorial Sectorial al supuesto enjuiciado sin dar respuesta a los motivos jurídicos usados en la demanda, en relación con la inaplicación de dicho Plan y la aplicación directa de la Directiva Europea y la normativa de Transposición, aspecto que constituye una cuestión esencial, con lo que la sentencia recurrida incurre e incongruencia omisiva; el segundo por haber vulnerado la Sala de instancia la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, recogidas en las sentencias que se citan y transcriben, según las que son inaplicables las normas que transponen de forma incorrecta una Directiva Europea, lo que sucede en este caso con el Plan Territorial en cuestión, en cuyo caso procede la aplicación directa de la Directiva europea y las normas que la transponen correctamente, en este caso la Ley 17/2009; y el tercero por haber conculcado la Sala sentenciadora lo establecido en los artículos 1, 9, 10, 14 y 15 de la Directiva Europea y los artículos 4, 5, 9, 10 y 11 de la Ley 17/2009, así como la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en cuanto al principio de libertad de empresa, ya que la limitación de superficie de los equipamientos comerciales no se efectúa caso por caso sino para todos los municipios del País Vasco, y, por tanto, no resulta justificada la limitación de superficie máxima, la que se dispone con carácter general en lugar de con carácter excepcional, sino que el Plan Territorial haya empleado, para establecer la superficie máxima de los equipamientos comerciales, razones imperiosas de interés general, contrariamente a lo declarado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y, en consecuencia, el Plan Territorial y lo mismo el Plan General, basado en aquél, contravienen frontal-

mente el contenido y el espíritu de la Directiva Europea, y así terminó con la súplica de que se anule la sentencia recurrida y se dicte otra, por la que: 1).- Declare la disconformidad a Derecho de todas las previsiones del PGOU que se fundamenten, reproduzcan o apliquen el contenido del PTS y, en particular, declare la disconformidad a Derecho de los artículos 12, 13, 15, 16, 34, 35, 37, 38 y 48 del PGOU y ordene suprimir las referencias a las limitaciones al dimensionamiento máximo de los usos comerciales contenidos en los mismos. 2).- Declare la disconformidad a Derecho del apartado A.U. IN.09 «Garbera» (Libro Duodécimo del PGOU: Intxaurreondo —IN—) del PGOU y acuerde revisarlo e incluir en el mismo todas las previsiones del Convenio y, en particular, la ampliación de la edificabilidad de «IN.09. Garbera», en los términos que se acordaron en el mismo.

OCTAVO.- Admitido a trámite el recurso de casación interpuesto mediante auto de fecha 8 de mayo de 2014, se remitieron las actuaciones a esta Sección de la Sala Tercera por venirle atribuido su conocimiento conforme a las normas de reparto, las que, una vez recibidas se convalidaron mediante diligencia de ordenación de fecha 23 de junio de 2014, en la que se mandó dar traslado a las representaciones procesales de las Administraciones comparecidas como recurridas para que, en el plazo de treinta días, formalizasen por escrito su oposición a dicho recurso, lo que efectuó la del Ayuntamiento de San Sebastián con fecha 1 de septiembre de 2014 y la de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco con fecha 3 de septiembre del mismo año.

NOVENO.- La representación procesal del Ayuntamiento de San Sebastián se opuso al recurso de casación porque la sentencia recurrida no ha incurrido en incongruencia omisiva y está debidamente motivada, al haber dado cumplida respuesta a la cuestión planteada por la demandante acerca de la inaplicación del Plan Territorial y la aplicación de la Directiva Servicios y de la Normativa de transposición, como se deduce de una detenida lectura de dicha sentencia, mientras que ésta no ha vulnerado la jurisprudencia que se cita relativa a la aplicación directa de

las Directivas y de las normas de transposición de las mismas, dado que, como explica la Sala de instancia en el fundamento jurídico cuarto, está plenamente justificada la restricción al emplazamiento y tamaño de los establecimientos comerciales conforme a la doctrina expuesta en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de marzo de 2011, al estar basadas esas restricciones en razones de ordenación territorial establecidas en un instrumento de ordenación, siendo necesarias y proporcionadas a los datos que se aportan sobre la realidad de las grandes superficies comerciales ya instaladas a la fecha de aprobación del referido Plan Territorial, encubriéndose en el segundo motivo de casación la alegación de no ajustarse este Plan Territorial a lo establecido en la Disposición Final Tercera de la Ley del País Vasco 7/2008, cuestión no susceptible de ser revisada en casación, pero, en cualquier caso, lo cierto es que el Plan Territorial se ajusta a la Directiva Servicios, por lo que no precisaba de adaptación alguna a ésta, en la que no se establece el libre acceso a una actividad de servicios sin limitación alguna, sino que habían de tenerse en cuenta todos aquellos elementos que, según la propia Directiva Servicios, conforman un interés general digno de ser preservado, entre otros el de la ordenación urbanística del territorio, representada en este caso por el Plan Territorial, de modo que, conforme a esta Directiva, las restricciones a la libertad de establecimiento pueden estar justificadas por razones imperiosas de interés general, entre las que se encuentran la ordenación del territorio y la protección del medio ambiente, y, por tanto, las restricciones relativas al emplazamiento y el tamaño de las grandes superficies o establecimientos comerciales son medios adecuados para alcanzar los objetivos de ordenación del territorio y protección del medio ambiente; y, finalmente, el tercer motivo de casación tampoco puede prosperar porque la Sala sentenciadora no ha conculcado los preceptos de la Directiva Servicios y de la Ley 17/2009, que se citan al articularlo, ya que el Plan Territorial no incide en el ámbito de la libertad de acceso al ejercicio de actividades comerciales, al no exceder del propio de su carácter como instrumento

de ordenación urbanística, en la que se incluye la ordenación y regulación urbanística del sector terciario y, dentro del mismo, del uso del suelo destinado a equipamientos comerciales, que tienen una gran incidencia sobre el territorio, razón por lo que la Directiva Servicios y la Ley 17/2009 distinguen perfectamente entre los requisitos que afectan al acceso a la actividad de servicios y a su ejercicio, a los que se aplica la Directiva, y los derivados de la ordenación urbanística, sin que pueda pretenderse que la Directiva Servicios haya acabado con la regulación urbanística de los asentamientos de las grandes superficies comerciales y habilite para implantarlas sin limitación urbanística alguna en cuanto a emplazamiento, dimensiones o intensidad de uso del suelo, y, por tanto, como los preceptos invocados en este último motivo de casación contemplan meramente los requisitos que afectan al acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio, no pueden ser infringidos por unas normas relativas a la ordenación del territorio, y así los apartados 2.a) y 3.b) del artículo 15 de la propia Directiva Servicios establecen la posibilidad de limitar cuantitativa y territorialmente la implantación de grandes equipamientos comerciales en función de la población o de una distancia mínima entre prestadores, finalizando con la súplica de que se desestime el recurso de casación y se confirme la sentencia recurrida con expresa imposición de costas a la recurrente.

DÉCIMO.- El representante procesal de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco se opone al recurso de casación porque la sentencia recurrida no ha incurrido en incongruencia omisiva y no se ha causado indefensión alguna a la recurrente, puesto que dicha sentencia, en el fundamento jurídico cuarto, resuelve la cuestión planteada acerca de la pretendida inaplicación del Plan Territorial y aplicación de la Directiva europea de Servicios, cuestión también correctamente planteada por el Tribunal *a quo* en el fundamento jurídico tercero de la propia sentencia, sin que la Sala sentenciadora haya conculcado lo declarado por la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en cuanto a

la falta de adaptación del ordenamiento interno a la Directiva de Servicios y a la aplicación directa de ésta, ya que esta Directiva ha sido transpuesta al ordenamiento interno, según lo explica la Sala de instancia en la sentencia recurrida, y concretamente al ordenamiento autonómico, mientras que lo realmente cuestionado por la recurrente es que el Plan Territorial no se ha adaptado a dicha Directiva, en contra de lo establecido en la Disposición Final Tercera de la Ley vasca 7/2008, pero lo cierto es que, dada la ordenación contenida en el referido Plan Territorial, tal adaptación o adecuación no fue necesaria ya que se ajustaba exactamente a lo establecido en aquélla, sin que la Sala de instancia haya incumplido lo dispuesto en los preceptos invocados de la Directiva Servicios y de la Ley 17/2009 porque en ellas se prevé que la ordenación del territorio y el urbanismo forman parte del interés general que justifica la imposición de limitaciones al establecimiento de equipamientos comerciales, y, en el caso enjuiciado, el Plan Territorial realiza un análisis casuístico de los supuestos que pueden plantearse desde el punto de vista de la ordenación del territorio, atendidas las situaciones de suelo y las categorías de los municipios, para establecer una limitación a las dimensiones de esos equipamientos comerciales, sin invadir el ámbito autorizador de los establecimientos sino que se limita a establecer límites desde la perspectiva de la ordenación territorial, lo que es competencia de la Administración autonómica, que en el Plan Territorial ha establecido unas limitaciones que, como se declara en la sentencia recurrida, son proporcionadas y están debidamente justificadas atendiendo a la realidad de las grandes superficies comerciales instaladas a la fecha de su aprobación, aunque las razones de ordenación del territorio serían por sí solas suficientes para justificar las limitaciones impuestas a las dimensiones de las grandes superficies comerciales, si bien la invocación de la vulneración del artículo 5 de la Ley 17/2009 es una cuestión nueva, por no haber sido suscitada, como motivo de impugnación, en la instancia, de manera que procede su inadmisión, y así terminó con la súplica de que se inadmita el motivo tercero de casación en cuanto se denuncia la vulnera-

ción por el Plan Territorial de lo establecido en el artículo 5 de la Ley 17/2009, o, subsidiariamente, que se desestime, y que se desestime el resto de los motivos aducidos así como el recurso de casación interpuesto con imposición de costas a la recurrente.

UNDÉCIMO.- Formalizadas las oposiciones al recurso de casación, las actuaciones quedaron pendientes de señalamiento cuando por turno correspondiese, a cuyo fin se fijó para votación y fallo el día 13 de mayo de 2015, en que tuvo lugar con observancia en su tramitación de las reglas establecidas por la Ley.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **Jesús Ernesto Peces Morate**,

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- La representación procesal de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco alega que la invocación que se hace por la representación procesal de la entidad mercantil recurrente del artículo 5 de la Ley 17/2009 es una cuestión nueva y, como tal, debe ser inadmitida en casación.

Tal causa de inadmisión deba ser rechazada porque no es cierto que la alegada vulneración de lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 17/2009 sea una cuestión nueva, como se deduce de la simple lectura de los folios 17 a 21 de la demanda (153 a 157 de las actuaciones de instancia), y así en este último se expresa literalmente que: *«Pues bien, a la vista de lo anterior, resulta acreditado que las limitaciones al dimensionamiento de los equipamientos comerciales contenidas en el PTS vulnera frontalmente el contenido de la Directiva europea y la normativa de trasposición de la misma y, en particular, la obligación de **motivar suficientemente mediante Ley** las limitaciones a la superficie de los equipamientos comerciales».*

SEGUNDO.- En el primer motivo de casación, como ya hemos dejado resumido en el antecedente séptimo de esta nuestra sentencia, se alega que la Sala de instancia ha infringido lo establecido en los artículos 33.1 y 67 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento civil, en relación con el artículo 24 de la Constitución, al no

haber dicha Sala razonado la aplicabilidad del Plan Territorial Sectorial al supuesto enjuiciado ni haber dado respuesta a los motivos jurídicos usados en la demanda en relación con la inaplicación de dicho Plan Territorial y la aplicación directa de la Directiva Europea 2006/123/CE y la norma de trasposición (Ley 17/2009), aspecto que constituye una cuestión esencial, con lo que la sentencia recurrida incurre en incongruencia omisiva.

Este motivo de casación no puede prosperar porque el Tribunal *a quo* dedica el fundamento jurídico cuarto de la sentencia recurrida, parcialmente transcrito en los antecedentes tercero y cuarto de esta nuestra, a explicar las razones por las que el Plan General de Ordenación Urbana impugnado se ajusta al Plan Territorial Sectorial y éste, a su vez, se acomoda a la Directiva 2006/123/CE y a la Ley de trasposición 17/2009, y así en el último párrafo del mentado fundamento jurídico cuarto se declara que *«Procede en consecuencia la desestimación del recurso, toda vez que el acuerdo del Ayuntamiento de Donostia-San Sebastián de aprobación definitiva del PGOU impugnado directamente es conforme a derecho en cuanto se acomoda al informe vinculante de la COTPV respecto del incremento de edificabilidad del área «IN.09.Garbera», y dicho informe se ajusta las previsiones del PTS de creación pública de suelo para actividades económicas y de equipamientos comerciales, que se ajusta a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, de trasposición de la Directiva Servicios».*

TERCERO.- En los motivos de casación segundo y tercero, la representación procesal de la entidad mercantil recurrente denuncia que la Sala de instancia ha infringido la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Supremo, recogida en las sentencias de aquél de 26 de octubre de 2006 y 17 de septiembre de 1996, y de éste, de fecha 29 de octubre de 1998, que han declarado la inaplicación de las normas que traspongan de forma incorrecta una Directiva europea y la aplicación directa de ésta y de las normas que la trasponen correctamente, así como la conculcación de lo establecido en los artículos 1, 9, 10, 14 y 15 de la Directiva

2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, y los artículos 4, 5, 9, 10 y 11 de la Ley estatal 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, que traspone aquélla al ordenamiento interno.

Ambos motivos de casación deben ser estimados por las razones que seguidamente exponemos.

CUARTO.- La Sala de instancia, en la sentencia recurrida, ha desestimado la acción ejercitada por la representación procesal de la entidad mercantil recurrente al entender y considerar que el Plan Territorial Sectorial de Creación Pública del Suelo para Actividades Económicas y de Equipamientos Comerciales de la Comunidad Autónoma del País Vasco, aprobado por el Consejo de Gobierno del País Vasco mediante Decreto 262/2004, de 21 de diciembre, no precisaba ser revisado, contrariamente a lo que había ordenado la Disposición Final Tercera de la Ley del Parlamento vasco 7/2008, de 25 de junio, porque las limitaciones que, en cuanto a emplazamiento y tamaño, dicho Plan Territorial Sectorial impone a los equipamientos comerciales tienen como finalidad el interés general, al estar basadas en razones de ordenación del territorio y protección del medio ambiente, resultando por ello necesarias y proporcionadas.

No compartimos nosotros este parecer del Tribunal *a quo*, al considerar, por el contrario, que las auténticas razones para imponer esas limitaciones a la superficie de los equipamientos comerciales son exclusivamente económicas y mercantiles, y, por ello, proscritas tanto por la Directiva 2006/123/CE como por la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, que sólo autorizan limitaciones por razones justificadas e imperiosas de interés general, entre las que, como la propia Sala de instancia reconoce y declara en la sentencia recurrida, se encuentran las relativas a la protección del medio ambiente y del entorno urbano, incluida la planificación urbana y rural, mientras que el Plan Territorial Sectorial, que el Consejo del Gobierno Vasco ha considerado que no precisa de acomodación a la Directiva de servicios 2006/123/CE, acude a criterios económicos para imponer las

limitaciones que establece a la superficie de los equipamientos comerciales, y así, en su capítulo 7, fija como objetivo de esas limitaciones superficiales un reparto territorial entre las diferentes marcas para favorecer una mayor competencia empresarial, así como para incentivar la implantación de establecimientos comerciales de menor tamaño frente a los grandes equipamientos comerciales, ambos, evidentemente, de naturaleza económica, por lo que dicho Plan Territorial Sectorial ha utilizado criterios económicos para limitar las dimensiones de las superficies comerciales a pesar de que tales criterios no son las razones de interés general que, con carácter excepcional, admiten tanto la tan repetida Directiva europea como la Ley estatal que la traspone.

Esta Ley 17/2009 exige, además, que las restricciones a la implantación de equipamientos comerciales deben motivarse suficientemente en la ley que las establezca (artículo 5), obligaciones o requisitos que no se cumplen en el Plan Territorial Sectorial, aprobado por Decreto del Consejo de Gobierno autonómico, ya que ni tiene rango de ley ni justifica suficientemente el cumplimiento de las condiciones de no discriminación, necesidad y proporcionalidad.

El Tribunal *a quo* recoge en la sentencia recurrida con detalle y rigor los preceptos aplicables y la jurisprudencia emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, si bien no es cierta la premisa de la que la Sala sentenciadora deriva la desestimación de la acción de nulidad ejercitada por la entidad mercantil recurrente, cual es que el Plan Territorial Sectorial de Creación Pública de Suelo para Actividades Económicas y de Equipamientos Comerciales de la Comunidad Autónoma del País Vasco, aprobado por el Consejo de Gobierno del País Vasco mediante Decreto 262/2004, de 21 de diciembre, ha justificado suficientemente la necesidad de establecer ese límite máximo a las superficies de los establecimientos comerciales para cada municipio, la no discriminación y su proporcionalidad, además de no ser dicho Plan Territorial el instrumento legal adecuado para establecer ese régimen, sin que se encuentre inspirada esa limitación, en contra del parecer de dicha Sala de Instancia, en razones imperiosas de

interés general encaminadas a la ordenación del territorio y a la protección del medio ambiente, sino en razones económicas para favorecer una mayor competitividad empresarial incentivando la implantación de equipamientos comerciales, y por tanto, al haber infringido la sentencia recurrida los preceptos de la Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior, y de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, así como la doctrina jurisprudencial recogida en las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Supremo, citados por la representación procesal de la entidad mercantil recurrente en los motivos de casación segundo y tercero que esgrime, estos motivos de casación, como ya anticipamos, deben prosperar.

QUINTO.- La estimación de los motivos de casación segundo y tercero comporta la anulación de la sentencia y que debamos resolver lo que corresponda dentro de los términos en que aparece planteado el debate, según dispone el artículo 95.2.d) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Como con toda corrección lo entendió el Tribunal de instancia, la acción de nulidad ejercitada se basa en una impugnación indirecta, al amparo de lo establecido en el artículo 26 de la Ley de esta Jurisdicción, del Plan Territorial Sectorial, aprobado por Decreto 262/2004, de 21 de diciembre, del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma del País Vasco, en cuanto que las previsiones del Plan General de Ordenación Urbana impugnadas en la instancia tienen como único fundamento jurídico lo establecido en el mencionado Plan Territorial Sectorial de Creación Pública de Suelo para Actividades Económicas y de Equipamientos Comerciales de la Comunidad Autónoma del País Vasco, que, según hemos declarado al estimar los motivos de casación segundo y tercero, es contrario a la Directiva europea 2006/123/CE y a la Ley 17/2009, de trasposición de aquella, en cuanto establece limitaciones a la superficie máxima de los establecimientos comerciales, de modo que las determinaciones del referido Plan Territorial Sectorial que contemplan tales limitaciones son nulas de pleno derecho y

así lo debemos declarar conforme a lo dispuesto concordadamente en el artículo 62.2 de la Ley 30/1992, de 29 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 27.3, 68.1.b), 70.2, 71.1.a) y 72.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, al igual que hemos procedido en nuestra sentencia de esta misma fecha pronunciada en el recurso de casación 3408 de 2014, señalada su votación y fallo para el mismo día.

Al ser nulas de pleno derecho las referidas determinaciones del Plan Territorial Sectorial aprobado por Decreto 262/2004, de 21 de diciembre, del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma del País Vasco, las determinaciones del Plan General de Ordenación Urbana de Donostia-San Sebastián, aprobado por acuerdo plenario del Ayuntamiento de esa ciudad de fecha 25 de junio de 2010, que establecen limitaciones a la dimensión de los equipamientos comerciales también lo son por las mismas razones y por ello deben ser declaradas nulas con estimación de la pretensión en tal sentido formulada por la representación procesal de la entidad mercantil en la súplica de la demanda y ahora en el escrito de interposición del recurso de casación.

SEXTO.- Nos pide la demandante en la instancia y ahora recurrente en casación que ordenemos revisar el apartado A.U. IN.09 «Garbera» (Libro duodécimo del PGOU: Intxaurrondo —IN—), del PGOU para que se incluyan en el mismo todas las previsiones del Convenio y, en particular, la ampliación de la edificabilidad de «IN.09.Garbera», en los términos que se acordaron en ese Convenio.

Tal pretensión debe ser desestimada porque, conforme a lo dispuesto en el artículo 71.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulasen ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados.

SÉPTIMO.- La estimación de los motivos de casación segundo y tercero con la consiguiente declaración de haber lugar al recurso interpuesto

es determinante de que no formulemos expresa condena al pago de las costas procesales causadas, sin que existan méritos, al no apreciarse temeridad ni mala fe, para imponer a cualquiera de las partes las causadas en la instancia, conforme a lo establecido concordadamente en los artículos 68.2, 95.3 y 139 de la Ley Jurisdiccional, aplicable este último en su literalidad anterior al pleito sustanciado, pues no lo es, en contra del parecer de la Sala *a quo*, en la redacción dada por Ley 37/2011, de 10 de octubre, debido a la fecha de incoación del proceso en la instancia.

Vistos los preceptos citados y los artículos 86 a 95 y 107.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

FALLO:

Que, rechazando la causa de inadmisión alegada y con estimación de los motivos de casación segundo y tercero y desestimando el primero, debemos declarar y declaramos que ha lugar al recurso interpuesto por la Procuradora Doña Flora Toledo Hontiyuelo, en nombre y representación de la entidad mercantil Unibail-Rodamco Garbera S.L., contra la sentencia pronunciada, con fecha 15 de octubre de 2013, por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el recurso contencioso-administrativo número 237 de 2011, la que por ello anulamos, al mismo tiempo que, con estimación del recurso contencioso-administrativo sostenido por la representación procesal de la entidad mercantil Unibail-Rodamco Garbera S.L.

Primero: Debemos declarar y declaramos nulas de pleno derecho, por ser contrarias a la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, y a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, las determinaciones del Plan Territorial Sectorial de Creación Pública de Suelo para Actividades Económicas y Equipamientos Comerciales, aprobado por Decreto 262/2004, de 21 de diciembre, del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma del País Vasco, que imponen limitaciones a la superficie máxima para equipamientos comerciales.

Segundo: Debemos declarar y declaramos nulas de pleno derecho todas las determinaciones del Texto Refundido del Plan General de Ordenación Urbana de Donostia-San Sebastián, aprobado definitivamente por acuerdo del Ayuntamiento de dicha ciudad con fecha 25 de junio de 2010, que se fundamentan, reproducen o aplican las determinaciones del referido Plan Territorial Sectorial declaradas nulas en el anterior pronunciamiento y, concretamente, todas aquéllas que imponen limitaciones a la dimensión máxima de los equipamientos comerciales.

Tercero: Debemos desestimar y desestimamos la pretensión de que ordenemos la revisión del apartado A.U. IN.09 «Garbera» del mencionado Plan General de Ordenación Urbana para incluir en el mismo todas las previsiones del Convenio y, en particular, la ampliación de la edificabilidad de «IN-09.Garbera» en los términos que se acordaron en el mismo.

Cuarto: No formulamos expresa condena al pago de las costas causadas en la instancia y en este recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, **cuya parte dispositiva y determinaciones del Texto Refundido del Plan General de Ordenación Urbana de Donostia-San Sebastián declaradas nulas se publicarán en el Boletín Oficial de Guipúzcoa, y otro tanto respecto de las determinaciones anuladas del Plan Territorial Sectorial, aprobado por Decreto 262/2004, de 21 de diciembre, en el Diario Oficial en el que fue publicado en su día**, lo pronunciamos, mandamos y firmamos, debiéndose hacer saber a las partes, al notificársela, que contra ella no cabe recurso ordinario alguno.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada que fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Jesús Ernesto Peces Morate, Magistrado Ponente en estos autos, de lo que como Secretario certifico.

El presente texto proviene del Centro de Documentación del Poder Judicial. Su contenido se corresponde íntegramente con el del CENDOJ.

SOCIAL

CAROLINA SERRANO FALCÓN

*Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada*

(Tol 5412369)

Cabecera: Casación para la unificación de doctrina. Invocación como sentencia de contraste de aquella que resuelve el conflicto colectivo que tiene el mismo objeto a que se refiere la sentencia individual, que decidió en sentido contrapuesto. Efectos específicos o especialidad de la cosa juzgada positiva que se regula en el artículo 160.5 LRJS, de manera que no cabe exigir en estos concretos supuestos la contradicción a la que se refiere el artículo 219.1 LRJS, porque el específico efecto que produce en el pleito individual la sentencia colectiva en virtud de ese precepto es de carácter directo y ex lege, siempre que concurran los requisitos que exige esa norma para ello.

Jurisdicción: Social

Ponente: Jesús Gullón Rodríguez

Origen: Tribunal Supremo

Fecha: 16/06/2015

Tipo resolución: Sentencia

Sala: Cuarta

Número Recurso: 609/2014

COMENTARIO:

I. EL CONFLICTO PLANTEADO

La sentencia objeto de este comentario tiene su origen en una sentencia del Juzgado de lo Social núm. 5 de Santa Cruz de Tenerife de 19 de octubre de 2011. Se presenta una demanda de reclamación de cantidad por una trabajadora contra la demandada «Fundación Canaria de Juventud Ideo». En dicha sentencia se estima que la trabajadora perciba la cantidad que había solicitado, debido a las diferencias entre lo percibido durante el año 2008 conforme a las tablas salariales del Convenio Provincial de Oficinas y Despachos de Santa Cruz de Tenerife y lo que debió percibir conforme a las tablas salariales del nuevo Convenio Colectivo de la Fundación IDEO, que entró con carácter retroactivo a fecha de 1 de enero de ese año. En definitiva, el objeto del conflicto era la forma de actualizar las Tablas salariales del convenio de empresa y, más concretamente si la primera actualización salarial o

revisión de las Tablas debía hacerse a partir de enero de 2008 o si la primera revisión correspondía realizarla el 1 de enero de 2010.

La Fundación Canaria de Juventud Ideo interpuso recurso de suplicación contra esta sentencia del Juzgado de lo Social, y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias en Santa Cruz de Tenerife dictó sentencia con fecha 22 de noviembre de 2013 (*Tol* 4099334) en la que se desestima el recurso y por tanto se confirma íntegramente la sentencia de instancia.

Es necesario tener en cuenta en este momento —y antes de continuar describiendo el conflicto planteado— una particularidad procesal muy relevante:

Ya presentado el recurso de suplicación por la Fundación Ideo contra la citada sentencia del Juzgado de lo Social, y con fecha de 28 de enero de 2012, se presenta por Comisiones Obreras ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Canarias en las Palmas una demanda de conflicto colectivo —que afectaba a todos los trabajadores de la empresa demandada— frente a Fundación Canaria de Juventud Ideo en la que suplica se dictase sentencia declarando el derecho de los trabajadores afectados por el conflicto a que la actualización salarial correspondiente al año 2009 se estableciese aplicando a los salarios establecidos en las tablas del Convenio Colectivo de la Fundación IDEO para 2008, y con el incremento experimentado por el IPC en la Comunidad Autónoma de Canarias en esa última anualidad. Se desestima la demanda de conflicto colectivo presentada por Comisiones Obreras contra la Fundación Canaria de Juventud Ideo, absolviendo a la empresa demandada de las pretensiones deducidas en su contra [Sentencia del TSJ Canarias, Las Palmas, Sentencia núm. 1841/2012, de 16 de octubre (*Tol* 3724005)]

La Fundación, durante la tramitación del recurso de suplicación, puso de manifiesto ante la Sala de Santa Cruz de Tenerife la interposición y pendencia ante la Sala de lo Social de las Palmas de un conflicto colectivo con idéntico objeto referido por tanto al mismo problema a que se vinculaba la pretensión individual de la actora. Incluso en Providencia de 11 de abril de 2012, se decidió por la Sala de Santa Cruz de Tenerife estar a la resolución de ese conflicto deteniendo el curso de las actuaciones para ello. Aceptada su incorporación a las actuaciones, la sentencia recurrida ni siquiera menciona su existencia a la hora de resolver el recurso en sentido contrario al adoptado en aquella decisión de conflicto colectivo. En definitiva, al resolver el recurso de suplicación se ignora la realidad de que el asunto se resolvió con anterioridad por sentencia colectiva firme.

Contra la Sentencia dictada en suplicación, la Fundación Canaria de Juventud Ideo formaliza el recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida en suplicación de 22 de noviembre de 2013 (Tol 4099334) y la sentencia de conflicto colectivo dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Palmas de Gran Canaria en primera instancia, con fecha de 16 de octubre de 2012 (Tol 3724005) y donde alega además que se vulnera el efecto específico de cosa juzgada previsto en el artículo 160.5 LRJS.

II. LA DISPUTA JURÍDICA Y LOS FUNDAMENTOS USADOS POR EL TRIBUNAL SUPREMO

El objeto del proceso se centra en determinar si la sentencia firme de conflicto colectivo, que ha sido dictada en la instancia y no en suplicación, puede ser invocada como sentencia de contraste, teniendo en cuenta que el artículo 219.1 LRJS no indica nada al respecto.

En la Sentencia se señala que efectivamente en ambas resoluciones el problema jurídico planteado se resuelve de manera absolutamente contradictoria, por lo que no hay ninguna duda de que se trataría de sentencias contrapuestas a los efectos que regula el artículo 219.1 LRJS. Ahora bien, aunque materialmente son sentencias contrapuestas, formalmente no, y ello porque el artículo 219.1 LRJS señala que *«el recurso tendrá por objeto la unificación de doctrina con ocasión de sentencias dictadas en suplicación por las salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia»*. Se plantea por tanto la duda si la sentencia de conflicto colectivo dictada en la instancia, y no en suplicación, podría ser válida a los efectos que se están analizando. La solución no se da a través del análisis de la contradicción entre las sentencias por el cauce tradicional del artículo 219.1 LRJS, aunque materialmente sean opuestas.

Resuelve este caso basándose en el artículo 160.5 LRJS, cuya redacción es la siguiente: *«la sentencia firme producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales pendientes de resolución o que puedan plantearse, que versen sobre idéntico objeto o en relación de directa conexidad con aquél, tanto en el orden social como en el contencioso administrativo, que quedarán en suspenso durante la tramitación del conflicto colectivo. La suspensión se acordará aunque hubiere recaído sentencia de instancia y estuviere pendiente el recurso de suplicación y de casación, vinculando al tribunal correspondiente la sentencia firme recaída en el proceso de conflicto colectivo, incluso*

aunque en el recurso de casación unificadora no se hubiese invocado aquella como sentencia contradictoria».

Y explica que dicho precepto —incluso manifiesta que estaba redactado de forma más sencilla en el artículo 158.3 del primer texto de la LPL de 1990— contiene la regulación de una modalidad singular de la «proyección que el proceso laboral haya de tener la cosa juzgada material establecida con carácter general en el artículo 222 LEC, impulsando aquella norma procesal sus especiales efectos vinculantes desde lo colectivo a lo individual como instrumento específico de eficaz solución rápida y sobre todo uniforme de la litigiosidad, tratando de evitar la eventual dispersión de criterios judiciales a través de ese eficaz instrumento procesal, consecuencia por otra parte de la aplicación de elementales principios constitucionales como el de igualdad en la aplicación de la Ley (art. 14 CE) y el de tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)».

Incluso para argumentar esta decisión, vuelve a recalcar que este problema se tenía que haber resuelto en la sentencia ahora recurrida. Pero si dicha sentencia ignoró la realidad de que el asunto se resolvió con anterioridad por sentencia colectiva firme, es al Tribunal Supremo por medio de este recurso quien establece la certeza jurídica, y como no puede darla a través del análisis de la contradicción entre las sentencias por el cauce tradicional del artículo 219.1 LJRJS, utiliza el artículo 160.5 LRJS indicando que «la situación a la legalidad es un efecto necesario derivado de la exigencia de un precepto que específicamente regula para estos concretos supuestos la necesidad de que la sentencia individual no pueda prevalecer sobre la colectiva firme previamente dictada, naturalmente siempre y cuando concurren los requisitos que para ello se establecen en el propio artículo 160.5 LRJS».

III. EL FALLO DEL TRIBUNAL SUPREMO

Una vez analizadas las distintas cuestiones jurídicas que se han suscitado en el presente recurso y realizados todos los razonamientos oportunos, la comentada sentencia considera necesario estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina planteado por la Fundación Canaria de Juventud IDEO, tal y como propone el Ministerio Fiscal en su informe, en el sentido de que el efecto específico de cosa juzgada previsto en el artículo 160.5 LRJS no ha sido respetado por la sentencia recurrida, que habrá de ser casada y anulada porque vulneró el precepto que se denuncia en el recurso, el artículo 160.5 LRJS. En definitiva, se estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Fundación Canaria de Juventud

IDEO, contra la sentencia de 22 de noviembre de 2013 (*ToI 4099334*) dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias en Santa Cruz de Tenerife.

IV. COMENTARIO Y CRÍTICA

Que se haya reunido la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en Pleno para resolver el recurso de casación para la unificación de doctrina que aquí se comenta, nos da una idea del indudable interés jurídico de esta sentencia. El propio artículo 227 LRJS señala que «si la trascendencia o complejidad del asunto lo aconsejara, el presidente, por sí mismo o a propuesta de la mayoría de los magistrados de la sala, podrá acordar que ésta se constituya con cinco magistrados, o, motivadamente en pleno». La cuestión en este caso así lo ha requerido y la Sala IV ha considerado conveniente reunirse en Pleno, y no en sesión de cinco magistrados para deliberar, como es lo habitual.

Quizá es necesario arrancar de algunos datos que exceden del comentario estricto de esta sentencia, pero que nos pueden aclarar y aportar algunos aspectos que nos pongan de manifiesto la trascendencia de la misma. Veámoslos.

Además de la demanda individual que se presenta por una trabajadora de la Fundación ante el Juzgado de lo Social de Santa Cruz de Tenerife y que constituye el punto de arranque de esta sentencia que aquí se comenta (Sentencia del Juzgado de lo Social número 5 de 19 de octubre de 2011), también se interpone con idéntico objeto otra demanda por tres trabajadores de la Fundación. A diferencia de la Sentencia del Juzgado de lo Social de 19 de octubre de 2011, en ésta (Sentencia del Juzgado de lo Social número 6 de Santa Cruz de Tenerife de 11 de marzo de 2011) se desestima la demanda formulada por los tres trabajadores y se absuelve a la Fundación Canaria de Juventud Ideo.

La sentencia de 19 octubre de 2011 es recurrida en suplicación por la Fundación IDEO [STSJ Canarias de 22 de noviembre de 2013 (*ToI 4099334*)] y la sentencia de 11 de marzo de 2011 es recurrida por los tres trabajadores [STSJ Canarias de 21 de noviembre de 2013 (*ToI 4221381*)]. En ambos casos, el recurso de suplicación es resuelto en idénticos términos por el Tribunal Superior de Justicia de Santa Cruz de Tenerife. El TSJ considera en ambos casos que es la Fundación Canaria de Juventud Ideo la que tiene que abonar a cada demandante las cantidades reclamadas en concepto de diferencias salariales por retroacción de los efectos económicos del convenio colectivo de empresa.

Pero mientras estaban en marcha los procesos que iban a resolver ambos recursos de suplicación, se presenta por Comisiones Obreras el 28 de enero de 2012 una demanda de conflicto colectivo ante el TSJ de Canarias (Palmas de Gran Canaria) frente a la Fundación Canaria IDEO. La sentencia dictada el 16 de octubre de 2012 (*Tol 3724005*) decidió el conflicto afirmando que la Fundación IDEO no tenía que atender a ninguna reclamación de cantidad de los trabajadores afectados por el conflicto.

¿Qué es lo que tenía que haber ocurrido a partir de este momento? Aplicando el artículo 160.5 LRJS modificado además con respecto al anterior artículo 158.3 LPL, se tenía que haber aplicado el efecto de cosa juzgada y suspender los procesos que estaban pendientes de resolución, en este caso ante el Tribunal Superior de Justicia. El citado precepto dice así: *«La sentencia firme producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales pendientes de resolución o que puedan plantearse, que versen sobre idéntico objeto o en relación de directa conexidad con aquél, tanto en el orden social como en el contencioso administrativo, que quedarán en suspenso durante la tramitación del conflicto colectivo. La suspensión se acordará aunque hubiere recaído sentencia de instancia y estuviere pendiente el recurso de suplicación y de casación, vinculando al Tribunal correspondiente la sentencia firme recaída en el proceso de conflicto colectivo, incluso aunque en el recurso de casación unificadora no se hubiere invocado aquélla como sentencia contradictoria»*.

Pero el efecto de cosa juzgada no se aplicó, y no se suspendieron los procesos que estaban pendientes del recurso de suplicación. De la sentencia del TS que comentamos, conocemos que el TSJ al resolver el recurso de suplicación ignoró tal sentencia colectiva, a pesar de conocerla [véase el fundamento jurídico segundo de la sentencia (*Tol 5412369*)].

Sin embargo, se interponen por la Fundación Canaria de Juventud Ideo los dos recursos de casación para la unificación de doctrina, uno contra la sentencia dictada el 21 de noviembre de 2013 en recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia de 11 de marzo de 2011 [STS de 16 de junio de 2015, recurso núm. 608/2014 (*Tol 5214704*)]; y otro contra la sentencia dictada el 22 de noviembre de 2013 en recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia de 19 de octubre de 2011 [STS de 16 de junio de 2015, recurso número 609/2014 (*Tol 5412369*)].

En este comentario me voy a centrar en esta última sentencia, pero considero que ha sido necesario poner de manifiesto que ese mismo día, la Sala de lo Social, habiéndose reunido en Pleno, resuelve dos recursos de casación en idénticos términos. Es necesario advertir, antes de centrarnos en este comentario de la STS de 16 de junio de 2015 (*Tol 5412369*) —cuyo ponente fue

D. Jesús Gullón Rodríguez— que durante la explicación de la misma haré alusión a ambas sentencias, pues así analizaremos de forma completa todos los argumentos puestos de manifiesto por el Tribunal Supremo.

La primera cuestión a analizar es la siguiente. ¿Puede ser la sentencia firme de conflicto colectivo, del Tribunal Superior de Justicia —pero dictada en la instancia— invocada como sentencia de contraste?

La Sentencia parte de la base (fundamento jurídico tercero), que efectivamente el problema referido se resuelve de manera absolutamente contradictoria en la sentencia recurrida y en la Sentencia de contraste, por lo que materialmente sí se puede hablar de sentencias contrapuestas a efectos de lo regulado en el artículo 219.1 LRJS. Ahora bien, si se sigue analizando el artículo 219.1 LRJS, la sentencia de contraste (también llamada sentencia de comparación o sentencia contraria) ha de ser o bien una sentencia de suplición o bien una sentencia dictada por el Tribunal Supremo, o las procedentes del Tribunal Constitucional y los órganos jurisdiccionales instituidos en los Tratados y acuerdos internacionales en materia de derechos humanos y libertades fundamentales ratificados por España, así como las dictadas en aplicación del derecho comunitario por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Incluso según lo dispuesto en el artículo 219.3 LRJS, puede resultar viable la casación unificadora sin que exista aún una sentencia de contraste si la norma cuya interpretación quiera ser unificada tiene aún un escaso período de rodaje, y no haya aún sentencias de contraste.

Pero la LRJS no incluye más sentencias de contraste que las que hemos enumerado, y sólo se le atribuye idoneidad o valor referencial a efectos de unificación de doctrina a las sentencias citadas. El Tribunal Supremo ha señalado en varias ocasiones que «el requisito de la contradicción judicial se erige en presupuesto esencial o condición «sine qua non» de este nuevo instrumento procesal de impugnación procesal» (entre otras, STS 20-7-1992). Es decir, siempre se ha realizado una interpretación «a contrario» del artículo 219.1 LRJS, y todas aquellas sentencias de contraste que no estuvieran previstas en el referido precepto legal no se han resultado idóneas para la contradicción. La Sala de lo Social viene respetando en este punto el tenor literal de este precepto y ha descartado concretamente el valor de referencia o de idoneidad de las sentencias de instancia de las salas de lo social de los Tribunales Superiores de Justicia (véase ATS 28-3-2000 y de 18-9-2008).

En definitiva, si no se cumplía el requisito de la contradicción de sentencias, no se admitían los recursos de casación para unificación de doctrina, pero ni siquiera para aplicar el importante precepto del efecto de cosa juzgada de las sentencias que resuelven un proceso de conflicto colectivo. Se indicaba que *«cuando los procesos individuales ya se han resuelto en instan-*

cia y en suplicación, y para su solución definitiva sólo resta el recurso extraordinario de casación unificadora, no es posible soslayar el requisito sustancial de este particular medio de impugnación sin desnaturalizar su esencia y sin poner el riesgo la viabilidad y gestión del propio recurso [Véase Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social de 1 de junio de 2011, Número de recurso 3069/2006 (ToI 2206303)]

Teniendo en cuenta este precepto y la doctrina del TS que siempre se ha mantenido, al Tribunal Supremo no le hubiera quedado más remedio que inadmitir este recurso de casación para unificación de doctrina porque la contradicción entre sentencias en los términos que establece el artículo 219 LRJS es presupuesto de admisión del recurso.

Sin embargo, el Tribunal, y a pesar del obstáculo con el que se encuentra en el artículo 219.1 LRJS, deja bien claro que no se tiene que olvidar el artículo 160.5 LRJS, recordando incluso doctrina jurisprudencial que determina los efectos de cosa juzgada sobre las sentencias de conflicto individual tramitadas con el mismo objeto. El núcleo doctrinal de esta sentencia se encuentra en el penúltimo párrafo del fundamento jurídico tercero, donde de forma contundente hace prevalecer la aplicación del artículo 160.5 LRJS, y nos explica cómo han salvado en este caso los obstáculos encontrados en el artículo 219.1 LRJS.

Por la importancia de lo escrito en el penúltimo párrafo del citado fundamento jurídico, lo transcribo literalmente: *«El 160.5 LRJS contiene por tanto la regulación de una modalidad singular de la proyección que en el proceso laboral haya de tener la cosa juzgada material establecida, como se ha visto, con carácter general en el artículo 222 LEC, impulsando aquella norma procesal laboral sus especiales efectos vinculantes desde lo colectivo a lo individual como instrumento específico de eficaz solución rápida y sobre todo uniforme de la litigiosidad, tratando de evitar la eventual dispersión de criterios judiciales a través de ese eficaz instrumento procesal, consecuencia por otra parte de la aplicación de elementales principios constitucionales como el de igualdad en la aplicación de la Ley (artículo 14 CE) y el de tutela judicial efectiva».*

¿En qué se ha basado el Tribunal Supremo en esta sentencia para admitir el recurso, y por tanto, salvar los obstáculos del artículo 219.1 LRJS y además tener en cuenta el efecto de cosa juzgada de los procesos de conflicto colectivo, previsto en el artículo 160.5 LRJS?

Aunque en la sentencia que comentamos no se señala expresamente, el cambio de doctrina jurisprudencial se debe a la nueva redacción del artículo 160.5 LRJS con respecto al artículo 158. 3 LPL. El ya derogado precepto decía así *«La sentencia firme producirá efectos de cosa juzgada sobre los*

procesos individuales pendientes de resolución o que puedan plantearse, que versen sobre idéntico objeto».

El nuevo artículo 160.5 LRJS, a este contenido del precepto 158.3 LPL, añade «*o en relación de directa conexidad con aquél, tanto en el orden social como en el contencioso-administrativo, que quedarán en suspenso durante la tramitación del conflicto colectivo. La suspensión se acordará aunque hubiere recaído sentencia de instancia y estuviere pendiente el recurso de suplicación y casación, vinculando al Tribunal correspondiente la sentencia firme recaída en proceso de conflicto colectivo, incluso aunque en el recurso de casación unificadora no se hubiese invocado aquélla como sentencia contradictoria».*

En definitiva, la sentencia vuelve a recalcar la prevalencia del artículo 160.5 LRJS sobre el artículo 219.1 LRJS: «*La necesidad de que la Sala de casación establezca la certeza jurídica no viene dada a través del análisis de la contradicción entre las sentencias por el cauce tradicional del artículo 219.1 LRJS —aunque materialmente sean opuestas— sino la adecuación de la situación a la legalidad es un efecto necesario derivado de la exigencia de un precepto que específicamente regula para estos concretos supuestos la necesidad de que la sentencia individual no pueda prevalecer sobre la colectiva firme previamente citada, naturalmente siempre y cuando concurren los requisitos que para ello se establecen en el propio artículo 160.5 LRJS».*

De los diversos razonamientos de esta sentencia, el lector puede entender de los fundamentos segundo y tercero, que el Tribunal Supremo ha querido salvaguardar y aplicar el efecto de cosa juzgada, y entiende que no se puede ignorar por los tribunales. Esta argumentación, valiente y novedosa con respecto a la doctrina jurisprudencial anterior, ha tenido un buen escenario legislativo, y ello porque la LRJS va en esta misma línea de impulsar el refuerzo de la defensa de los intereses colectivos. Esta argumentación ha entrado fácilmente en conexión con el artículo 160.5 LRJS. Nos da a entender que ese es el criterio que tiene que predominar por salvaguardar el efecto de cosa juzgada, pero además se ha encontrado que era fácil realizar este nuevo cambio de doctrina porque el artículo 160.5 LRJS va en esta misma línea.

Estamos ante una sentencia claramente pionera, pues es la primera vez que el Tribunal Supremo se plantea un caso así, aunque ya en otras ocasiones el Tribunal Supremo había aceptado la idoneidad de las sentencias dictadas en suplicación en proceso de conflicto colectivo para acreditar la existencia de contradicción doctrinal.

A pesar de la adecuada y meticulosa argumentación de la sentencia, y que comparto plenamente el cambio de doctrina, sí que hubiera sido conveniente, para comprender mejor la sentencia, que se hubiera citado la doc-

trina anterior del Tribunal Supremo en esta materia, para poder entender mejor el cambio de doctrina. La otra sentencia del TS del mismo día (*Tol 5214704*), que ya hemos analizado también, y sin ser tan exhaustiva en su argumentación, sí nos lo aclara, haciendo referencia a la ya citada STS de 1 de junio de 2011 (*Tol 2206303*). La argumentación es en definitiva, idéntica, pero mientras en la sentencia que comentamos se basa sobre todo en la tesis que ha marcado el cambio de doctrina, la otra sentencia sostiene que este cambio de criterio se ha debido sobre todo a la nueva redacción del artículo 160.5 LRJS, y luego justifica y argumenta el cambio, aunque de forma idéntica.

.....
A modo de conclusión, se puede indicar que hasta este momento, por muy relevante y particular que fuera el efecto de cosa juzgada previsto en el anterior artículo 158.3 LPL, las sentencias firmes de conflicto colectivo, dictadas en la instancia y no en suplicación no podían ser invocadas en un recurso de casación para unificación de doctrina. Se ha reconsiderado la doctrina en relación a la posibilidad de considerar idóneas las sentencias firmes de conflicto colectivo dictadas en la instancia por los TSJ [rechazado tal criterio por el TS, destacando la STS de 1 de junio de 2011 (*Tol 2206303*)]. Se resumen a continuación las argumentaciones que expone el Tribunal Supremo (en las dos sentencias que se dictan el 16 de junio de 2015):

1. La nueva redacción del artículo 160.5 LRJS impone un nuevo cambio de criterio. El legislador ha impuesto que la sentencia firme de proceso de conflicto colectivo vincule al resolver el recurso de casación unificadora.

2. Si la sentencia que decide un pleito individual ignora la realidad de que el asunto se resolvió con anterioridad por sentencia colectiva firme, la necesidad de que la Sala de casación establezca la certeza jurídica no viene dada a través del análisis de la contradicción entre las sentencias por el cauce tradicional del artículo 219.1 LRJS —aunque materialmente sean opuestas— sino la adecuación de la situación a la legalidad es un efecto necesario derivado de la exigencia de un precepto (160.5 LRJS) que específicamente regula para estos concretos supuestos la necesidad de que la sentencia individual no pueda prevalecer sobre la colectiva firme.

3. La sentencia firme de conflicto colectivo dictada en la instancia debe tenerse presente para resolver el recurso de casación unificadora, por cuanto en otro caso podrían recaer resoluciones contradictorias, lo que sería contrario a los principios de tutela judicial efectiva y de seguridad jurídica cuya efectividad persigue la norma por imperativo del artículo 24 de la Constitución.

4. El artículo 160.5 LRJS tiene una sustantividad propia nacida de su finalidad procesal específica que se justifica en su vinculación al efecto positivo de la cosa juzgada y que contiene una directa correlación en su proyección laboral con el número 4 de artículo 222 LEC en el que se dice que *«lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al Tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal»*.

5. Y, por último, para que la sentencia colectiva sea admitida en los recursos de casación unificadora que se interpongan en procesos individuales, el objeto de ambos procesos tiene que ser idéntico o tenga relación de directa conexidad con él.

Sentencia de 16 de junio de 2015

En la Villa de Madrid, a dieciséis de Junio de dos mil quince.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. Salvador Arana Rueda, en nombre y representación de la FUNDACIÓN CANARIA DE JUVENTUD IDEO, contra la sentencia de 22 de noviembre de 2013 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias en Santa Cruz de Tenerife en el recurso de suplicación núm. 71/2012, formulado frente a la sentencia de 19 de octubre de 2011 dictada en autos 572/2011 por el Juzgado de lo Social núm. 5 de Santa Cruz de Tenerife seguidos a instancia de D^a María Dolores contra la Fundación Canaria de Juventud Ideo sobre diferencias salariales.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de parte recurrida, D^a María Dolores representada por la Letrada D^a Marta Rodríguez Martín.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jesús Guillón Rodríguez,

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- Con fecha 19 de octubre de 2011, el Juzgado de lo Social núm. 5 de Santa Cruz de Tenerife, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: (...).

En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: **1º.-** D^a María Dolores trabajaba para «Fundación Canaria de Juventud Ideo» desde el 6 de mayo de 2005, con la categoría profesional de Monitor.- **2º.-** Entre los meses de enero de 2008 y diciembre de 2010 la demandante percibió las cantidades siguientes:

S. Base
Antig. Bolsa
Vacac. C.
Personal P.
peligro P.P.E.
Marzo/sept
P.extra Compl
I.T.
Ene-08 879,81 149,42 187,54 149,42 146,64
Feb-08 879,81 187,54 149,42 146,64
Mar-08 821,16 28,56 175,04 139,46 136,86
92,93
Abr-08 879,81 187,54 149,42 146,64
May-08 879,81 187,54 149,42 146,64
Jun-08 879,81 30,60 187,54 149,42 146,64
Jul-08 879,81 187,54 149,42 146,64 1.276,56
ago-08 879,81 30,60 187,54 149,42 146,64
sep-08 879,81 30,60 187,54 149,42 146,64
oct-08 879,81 30,60 187,54 149,42 146,64
nov-08 879,81 30,60 187,54 149,42 146,64

dic-08 879,81 30,60 187,54 149,42 146,64 1.276,56
 ene-09 879,81 30,60 187,54 149,42 146,64
 feb-09 879,81 30,60 187,54 149,42 146,64
 mar-09 879,81 30,60 187,54 149,42 146,64
 abr-09 1.210,00 45,00 96,50 150,00
 may-09 1.210,00 45,00 96,50 150,00
 jun-09 1.210,00 45,00 96,50 150,00
 jul-09 1.210,00 45,00 96,50 150,00 1.351,50
 ago-09 1.210,00 45,00 96,50 150,00
 sep-09 1.210,00 45,00 96,50 150,00
 oct-09 1.210,00 45,00 96,50 150,00
 nov-09 1.210,00 45,00 96,50 150,00
 dic-09 1.210,00 45,00 96,50 150,00 1.351,50
 ene-10 1.210,00 45,00 96,50 150,00
 feb-10 1.210,00 45,00 96,50 150,00
 mar-10 1.210,00 45,00 96,50 150,00
 abr-10 1.210,00 45,00 96,50 150,00
 may-10 1.210,00 45,00 96,50 150,00
 jun-10 1.210,00 45,00 96,50 150,00
 jul-10 1.210,00 45,00 96,50 150,00 1.351,50
 ago-10 1.210,00 45,00 96,50 150,00
 sep-10 1.210,00 45,00 96,50 150,00
 oct-10 887,33 33,00 70,77 110,00 227,75
 nov-10 1.129,33 42,00 90,07 140,00 31,04
 dic-10 1.210,00 45,00 96,50 150,00 1.351,50
 Total 38.145,16 930,00 453,38 4.794,94
 5.331,34 2.189,82 7.959,12 351,72

3º.- La demandante estuvo en situación de incapacidad temporal del 30 al 31 de marzo de 2008, y del 23 de octubre al 2 de noviembre de 2010, percibiendo en concepto de prestaciones de incapacidad temporal 0 euros en marzo de 2008, 172,65 euros en octubre de 2010, y 69,06 euros en noviembre de 2010. - **4º.-** En septiembre de 2010 la demandada pagó a la actora la cantidad de 809,76 euros en concepto de atrasos de 2008, y 187,47 euros en concepto de atrasos de 2009. - **5º.-** De haberse aplicado las tablas salariales del convenio colectivo en el año 2008, y las retribuciones para 2009 si se hubieran actualizado conforme al índice de precios al consumo en Canarias en el año anterior o con el experimentado en 2009, la demandante tendría que haber percibido mensualmente las cantidades siguientes por salario base, complemento personal y peligrosidad: 2008, 1.456,50 euros, más

45 euros mensuales por antigüedad a partir del mes de mayo.- 2009 con incremento del 2,1%: 1.533,03 euros.- 2009 con incremento del 1%: 1516,52 euros. - **6º.-** El índice de precios al consumo en la comunidad autónoma de Canarias experimentó un incremento del 2,1% entre enero y diciembre de 2008.- Ese mismo índice, en el período comprendido entre enero y diciembre de 2009 experimentó un incremento de un 1%.- En enero y diciembre de 2010 el citado índice experimentó un incremento del 2,8%. - **7º.-** El día 22 de febrero de 2011 la parte demandante presentó papeleta de conciliación ante el SMAC, teniendo lugar el acto de conciliación, sin efecto, el día 411 de marzo de 2011».

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias en Santa Cruz de Tenerife, dictó sentencia con fecha 22 de noviembre de 2013, en la que consta la siguiente parte dispositiva: (...).

TERCERO.- Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal de la Fundación Canaria de Juventud Ideo el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias en Las Palmas de Gran Canaria de fecha 16 de octubre de 2012 y la infracción del art. 160.5 LRJS.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 11 de septiembre de 2014, se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de diez días.

QUINTO.- Habiendo transcurrido el plazo concedido para impugnar sin haberse verificado, se dio traslado al Ministerio Fiscal para informe, dictaminado en el sentido de considerar el recurso procedente, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el 10 de junio de 2015 ante el Pleno de la Sala, dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- La cuestión que ha de resolverse en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina consiste en determinar los efectos que en sede de dicho recurso haya de tener una sentencia firme de conflicto colectivo dictada en instancia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia, en la que se deciden de manera colectiva y con el mismo objeto, idénticos problemas jurídicos que en la sentencia recurrida, en la que se resuelve en suplicación por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia y con posterioridad a la firmeza de aquella sentencia colectiva, un pleito individual con ese mismo objeto y sin aplicar el artículo 160.5 LRJS.

La sentencia que ahora se recurre es la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de Santa Cruz de Tenerife en fecha 22 de noviembre de 2013. En ella se desestima el recurso de suplicación planteado frente a la sentencia del Juzgado, que había acogido parcialmente la demanda de una trabajadora de la Fundación IDEO que durante el año 2008, como todo el personal de la misma, fue retribuida conforme a las tablas salariales del Convenio Colectivo que se le aplicaba en ese momento, el Provincial de Oficinas y Despachos de Santa Cruz de Tenerife y que, publicado el I Convenio Colectivo de IDEO (BOC de 16 de julio de 2009), en su artículo 5 se dio efectos retroactivos a las tablas salariales hasta el 1 de enero de 2008.

Interpretando ese precepto del Convenio, la sentencia recurrida comienza por expresar su redacción literal, con arreglo a la que se establecía el siguiente régimen retributivo temporal:

«El presente Convenio Colectivo entrará en vigor el 31 de diciembre de 2008, independientemente de su publicación en el Boletín Oficial de Canarias. Tendrá vigencia hasta el 30 de junio de 2011.

No obstante, la aplicación de los salarios y las tablas salariales tendrá carácter retroactivo a 1 de enero de 2008.

Las diferencias salariales que la Fundación adeude a los trabajadores como consecuencia de la

aplicación desde el 1 de enero de 2008 de los salarios y las tablas salariales deberán quedar saldadas antes de la vigencia del presente Convenio, es decir, antes de junio de 2011.

Con efectos de 1 de enero de cada año de vigencia del presente Convenio, se revisarán anualmente los salarios y las tablas salariales incrementando su cuantía conforme al Índice de Precios al Consumo (IPC) real de la Comunidad Autónoma de Canarias del año natural inmediato anterior (es decir, del 1 de enero al 31 de diciembre). El cálculo del incremento del IPC se realizará sobre el salario bruto anual de cada trabajador y las actualizaciones derivadas de la revisión anual de los salarios y las tablas salariales, se realizarán durante los dos primeros meses del año natural».

Y desde tales previsiones se coincide con la interpretación dada en la sentencia del Juzgado con arreglo a la que la demandante tendría derecho a cobrar las diferencias salariales habidas entre el convenio aplicado, Oficinas y Despachos, y el que se debió aplicar, el I Convenio colectivo de IDEO desde 1 de enero de 2008; y, además, también se confirma, en principio, que del precepto se desprendería que en el año 2009 el salario se debería actualizar conforme a dicho convenio, es decir, aplicando a las tablas salariales del mismo (previstas para 2008) un incremento porcentual equivalente al experimentado por el IPC en Canarias en el año 2008, es decir, el 2,1%. Ello determinaría que a la actora se le adeudase por ambos conceptos la cantidad reclamada en la demanda, pero como quiera que la trabajadora no recurrió el pronunciamiento de instancia, en suplicación se ratifica el criterio del Juzgado sobre ese punto, que fijó ese incremento o actualización del salario para el año 2009 en el 1% en lugar del postulado 2,1%.

SEGUNDO.- Antes de analizar las distintas cuestiones jurídicas que se suscitan en el presente recurso, es necesario poner de manifiesto una particularidad procesal relevante:

Durante la tramitación del referido recurso de suplicación que fue resuelto en la sentencia ahora recurrida en casación para la unificación de doctrina, la Fundación recurrente puso de manifiesto

a la Sala de Santa Cruz de Tenerife la interposición y pendencia ante la Sala de lo Social de Las Palmas de un conflicto colectivo con idéntico objeto, referido por tanto al mismo problema a que se vinculaba la pretensión individual de la actora. De hecho, en providencia de 11 de abril de 2012 se decidió por la Sala de Santa Cruz de Tenerife estar a la resolución de ese conflicto deteniendo el curso de las actuaciones para ello, pese a lo cual, unida la sentencia colectiva que hoy se invoca como contradictoria y aceptada su incorporación a las actuaciones en providencia de 11 de abril de 2013, la sentencia recurrida ni siquiera menciona su existencia a la hora de resolver el recurso en sentido contrario al adoptado en aquella decisión del conflicto colectivo, a la que nos referiremos a continuación.

TERCERO.- Esa resolución colectiva es, como ya se ha dicho, la sentencia invocada ahora como contradictoria, también de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de Las Palmas y de fecha 16 de octubre de 2012, que resuelve en instancia sobre la demanda de conflicto colectivo planteada el 28 de enero de 2012 por el Sindicato Comisiones Obreras Canarias frente a la Fundación Canaria de Juventud IDEO en la que se postulaba un pronunciamiento judicial por el que se declarase el derecho de los trabajadores afectados por el conflicto a que la actualización salarial correspondiente al año 2009 se estableciese aplicando a los salarios establecidos en las tablas del Convenio Colectivo de Fundación IDEO (BOC 16/07/09) para 2008, y con el incremento experimentado por el IPC en la Comunidad Autónoma de Canarias en esa última anualidad.

La sentencia decidió el conflicto afirmando que la literalidad del párrafo cuarto del artículo 5 del Convenio, antes transcrito, cuando determina como fecha de efectos para la aplicación de la revisión salarial pactada el 1 de enero de cada año de vigencia del convenio, y cuando añade que la misma se verificará anualmente, «... por la propia significación gramatical de los términos empleados por las partes negociadoras del convenio, —se dice literalmente en ella— resulta expresiva de que dicha actualización solo entra

en juego después del primer año de vigencia del convenio, que, tal y como se señala en el párrafo primero, entró en vigor el 31 de diciembre de 2008, lo que nos sitúa en el 31 de diciembre de 2009, por lo que, las tablas salariales que se incorporan al Anexo II, resultan aplicables desde el 1 de enero de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2009, siendo a partir del 1 de enero de 2010 cuando, en su caso, procedería aplicar la correspondiente revisión salarial».

Es evidente que el problema referido a la determinación de la fecha de efectos que haya de tener la actualización se resuelve de manera absolutamente contradictoria en ambas resoluciones, por lo que materialmente se trataría de sentencias contrapuestas a los efectos que regula el artículo 219.1 LRJS, pero no formalmente, porque el problema procesal que ha de resolverse viene determinado por la realidad de que en el referido precepto se establece que «*el recurso tendrá por objeto la unificación de doctrina con ocasión de sentencias dictadas en suplicación por las salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia*», con lo que cabría plantearse la duda de si la sentencia colectiva dictada en instancia, no en suplicación, podría ser válida a los efectos que analizamos.

La solución a ese problema no viene en este caso determinada por la interpretación del referido artículo 219 LRJS, sino que habrá de resolverse desde la especial perspectiva que proporciona el artículo 160.5 de la misma norma, en el que se dice literalmente lo siguiente:

«La sentencia firme producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales pendientes de resolución o que puedan plantearse, que versen sobre idéntico objeto o en relación de directa conexidad con aquél, tanto en el orden social como en el contencioso-administrativo, que quedarán en suspenso durante la tramitación del conflicto colectivo. La suspensión se acordará aunque hubiere recaído sentencia de instancia y estuviere pendiente el recurso de suplicación y de casación, vinculando al tribunal correspondiente la sentencia firme recaída en el proceso de conflicto colectivo, incluso aunque en el recurso

de casación unificadora no se hubiere invocada aquélla como sentencia contradictoria.»

Esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo se ha acercado en numerosas sentencias al contenido del precepto, nacido y redactado de manera más sencilla en el artículo 158.3 del primer texto de la LPL de 1990 y subsiguientes redacciones idénticas de esa norma, hasta la actual de la LRJS antes transcrita, y ha construido una constante doctrina en la que se establece que la parte dispositiva de la sentencia de conflicto colectivo es *«la que determina aquellos efectos de la cosa juzgada sobre las sentencias de conflicto individual tramitadas con el mismo objeto, puesto que tales sentencias por su propia naturaleza tienen un efecto regulador o, como se dijo en nuestra sentencia de 30 de junio de 1994 (R. 1657/1993) normativo, en la medida en que la sentencia que se dicta en este tipo de procesos colectivos define el sentido en el que ha de interpretarse la norma discutida o el modo en que ésta ha de ser aplicada, extendiendo su aplicación a todos los afectados por el conflicto, de forma que el efecto de vinculación de una sentencia de tal naturaleza sobre los procesos individuales supera el que correspondería en sentido estricto a efecto positivo de la cosa juzgada en el marco de litigios individuales o plurales en atención a la generalidad del alcance de dichas sentencias»* (STS de 2 de noviembre de 2007 - R. 5011/2005, y las que en ella se citan).

En realidad, lo que se ha de extraer del precepto y de la doctrina jurisprudencial citada, a la que se añadirían las SSTS de 20 de diciembre de 2001 (R. 669/2001), 30 de septiembre de 2004 (R. 4345/2003) 18 de octubre de 2006 (R. 2149/2005), 24 de junio de 2013 (R. 1031/2012) y de 15-7-2014, (R. 2393/2013) es que esa norma tiene una sustantividad propia nacida de su finalidad procesal específica que se justifica en su vinculación al efecto positivo de la cosa juzgada y que contiene una directa correlación en su proyección laboral con el número 4 del artículo 222 LEC, en el que se dice que *«Lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al Tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca*

como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal.»

El 160.5 LRJS contiene por tanto la regulación de una modalidad singular de la proyección que en el proceso laboral haya de tener la cosa juzgada material establecida, como se ha visto, con carácter general en el artículo 222 LEC, impulsando aquella norma procesal laboral sus especiales efectos vinculantes desde lo colectivo a lo individual como instrumento específico de eficaz solución rápida y sobre todo uniforme de la litigiosidad, tratando de evitar la eventual dispersión de criterios judiciales a través de ese eficaz instrumento procesal, consecuencia por otra parte de la aplicación de elementales principios constitucionales como el de igualdad en la aplicación de la Ley (art. 14 CE) y el de tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

En consecuencia, en casos como el presente en el que la sentencia que decide el pleito individual ignora la realidad de que el asunto se resolvió con anterioridad por sentencia colectiva firme, la necesidad de que la Sala de casación establezca la certeza jurídica no viene dada a través del análisis de la contradicción entre las sentencias por el cauce tradicional del art. 219.1 LRJS — aunque materialmente sean opuestas— sino la adecuación de la situación a la legalidad es un efecto necesario derivado de la exigencia de un precepto que específicamente regula para estos concretos supuestos la necesidad de que la sentencia individual no pueda prevalecer sobre la colectiva firme previamente dictada, naturalmente siempre y cuando concurren los requisitos que para ello se establecen en el propio artículo 160.5 LRJS.

CUARTO.- De todo cuanto venimos razonando hasta ahora se desprende la necesidad de estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina planteado por la Fundación Canaria de Juventud IDEO, tal y como propone el Ministerio Fiscal en su informe, en el sentido de que el efecto específico de cosa juzgada previsto en el artículo 160.5 LRJS no ha sido respetado por la sentencia recurrida, que habrá de ser casada y

anulada porque vulneró el precepto que se denuncia en el recurso, el artículo 160.5 LRJS, en lo que se refiere a la manera de calcular los efectos temporales que para el abono de los salarios previstos en el artículo 5 del I Convenio Colectivo, del que, como se dice en la sentencia colectiva de la Sala de Las Palmas, la actualización prevista en el artículo 5 únicamente entrará en juego «... después del primer año de vigencia del convenio», de manera que si el repetido convenio entró en vigor el 31 de diciembre de 2008, las tablas salariales que se incorporan al Anexo II, resultan aplicables desde el 1 de enero de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2009, siendo a partir del 1 de enero de 2010 cuando, en su caso, procedería aplicar la correspondiente revisión salarial», aplicándose en todo caso el incremento del 1% confirmado por la sentencia recurrida, porque nada se expresa en la sentencia colectiva sobre el referido incremento retributivo.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO:

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por representación de la FUNDACIÓN CANARIA DE JUVENTUD IDEO, contra la sentencia de 22 de noviembre de 2013 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias en Santa Cruz de Tenerife en el recurso de suplicación núm. 71/2012, formulado frente a la sentencia de 19 de octubre de 2011 dictada en autos 572/2011 por el Juzgado de lo Social núm. 5 de Santa Cruz de Tenerife seguidos a instancia de D^a María Dolores contra la Fundación Canaria de Juventud Ideo sobre diferencias salariales. Casamos y anulamos la sentencia recurrida y aplicando el efecto de vinculación o cosa juzgada previsto en el artículo 160.5 LRJS, declaramos que la interpretación del alcance de la extensión de las

retribuciones prevista en el I Convenio Colectivo de Fundación IDEO (BOC 16/07/09) para 2008 es la que se contiene en la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede de Las Palmas y de fecha 16 de octubre de 2012, con arreglo a la que las tablas salariales que se incorporan al Anexo II, resultan aplicables desde el 1 de enero de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2009, siendo a partir del 1 de enero de 2010 cuando, en su caso, procedería aplicar la correspondiente revisión salarial, lo que supone la estimación del recurso de suplicación interpuesto en su día por la Fundación recurrente y con revocación de la sentencia del Juzgado de lo Social, desestimamos la demanda y absolvemos a la demandada de las pretensiones deducidas en su contra.

Devuélvase las actuaciones al Órgano Jurisdiccional correspondiente, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. D. Jesús Gullón Rodríguez D. Fernando Salinas Molina D^a. María Milagros Calvo Ibarlucea D. Luis Fernando de Castro Fernández D. José Luis Gilolmo López D. Jordi Agusti Julia D^a. María Luisa Segoviano Astaburuaga D. José Manuel López García de la Serrana D^a. Rosa María Víroles Piñol D^a. María Lourdes Arastey Sahun D. Miguel Angel Luermo Millan D. Antonio V. Sempere Navarro D. Jesús Souto Prieto

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Jesús Gullón Rodríguez hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

El presente texto proviene del Centro de Documentación del Poder Judicial. Su contenido se corresponde íntegramente con el del CENDOJ.

CONSTITUCIONAL

ROSARIO SERRA CRISTÓBAL

Profesora Titular de Derecho Constitucional. Universidad de Valencia

(Tol 5392680)

Cabecera: Sentencia 177/2015, de 22 de julio de 2015. Supuesta vulneración de los derechos a la libertad ideológica y de expresión: quema pública del retrato de los Reyes constitutiva de una incitación al odio. Votos particulares. Estado social. STC 177/2015. Libertad religiosas símbolos religiosas

Jurisdicción: Constitucional

Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos

Origen: Tribunal Constitucional

Fecha: 22/07/2015

Fecha publicación: 21/08/2015

Tipo resolución: Sentencia

Sala: Pleno

Número Sentencia: 177/2015

Número Recurso: 956/2009

Supuesto de hecho: Recurso de amparo 956-2009. Promovido por don XXXX y don XXXX respecto de las Sentencias de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y el Juzgado Central Penal que les condenaron por un delito de injurias a la Corona.

RESUMEN:

EL TC DENIEGA EL AMPARO A LOS DOS CONDENADOS POR QUEMAR UNA FOTO DE LOS REYES EN GERONA

El Pleno del Tribunal Constitucional ha denegado el amparo a Jaime Roura Capellera y Enric Stern Taulats, que en 2008 fueron condenados por la Audiencia Nacional como autores de un delito de injurias a la Corona. El recurso de amparo se dirige tanto contra la resolución dictada en primera instancia por el Juzgado Central de lo Penal, como contra la del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que confirmó la condena. Han anunciado voto particular discrepante el ponente de la resolución, Juan Antonio Xiol; la Magistrada Encarnación Roca y la Vicepresidenta, Adela Asua. Al de esta última se ha adherido el Magistrado Fernando Valdés Dal-Ré.

Según el relato de hechos probados de las sentencias recurridas, el 13 de septiembre de 2007, una vez concluida una manifestación en protesta por la visita de los Reyes a Gerona, los recurrentes, que llevaban el rostro cubier-

to, irrumpieron en una concentración posterior a la citada manifestación y quemaron, tras colocarla boca abajo, una fotografía oficial de Don Juan Carlos y Doña Sofía. Por estos hechos fueron condenados a 15 meses de prisión (pena que fue luego sustituida por una multa) por un delito de injurias a la Corona. En su recurso, alegan que se ha vulnerado su libertad de expresión (art. 20.1.a) en relación con su libertad ideológica (art. 16.1 CE).

La sentencia explica que, según consolidada doctrina, la Constitución protege la libertad de expresión como «garantía para, la formación y existencia de una opinión pública libre...». Por ello, este derecho incluye la libertad de crítica «aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige» y también la difusión de ideas que «contrarían, chocan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población». No obstante, la libertad de expresión también tiene límites. La Constitución «no reconoce un pretendido derecho al insulto» y, en consecuencia, la doctrina ha dejado fuera de la cobertura constitucional «las expresiones indudablemente injuriosas o sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas». El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) considera necesario «sancionar e incluso prevenir todas las formas de expresión que propaguen, inciten promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia».

A la luz de esta doctrina, el Tribunal analiza si quemar la foto de sus Majestades los Reyes «es una conducta penalmente irreprochable por constituir un legítimo ejercicio de la libertad de expresión» o si, por el contrario, «dicha conducta tiene un contenido intrínsecamente injurioso y vejatorio que desborda los límites constitucionales» de ese derecho.

La sentencia explica, en primer lugar, que el Código Penal otorga una protección jurídica reforzada a la Corona, «al igual que hace con otras Instituciones del Estado, para defender el propio Estado Constitucional» y, por ello, el delito de injurias a dicha Institución no figura en el capítulo de los delitos contra el honor (Título XI Código Penal) sino en el dedicado a los delitos cometidos contra la Constitución (Título XXI). Esta protección penal, sin embargo, «no implica que el Rey, como máximo representante del Estado y símbolo de su unidad, quede excluido de la crítica, especialmente por parte de aquellos que rechazan legítimamente las estructuras constitucionales del Estado, incluido el régimen monárquico».

En este caso, la destrucción de un retrato oficial «posee un innegable y señalado componente simbólico». Su encaje en el derecho a la libertad de expresión o su calificación como acto que incita a la violencia o al odio hacia la Corona y la persona del Monarca depende, explica el Tribunal, «del contexto que integre las circunstancias del caso».

Los apartados de hechos probados de las sentencias impugnadas relatan cómo los recurrentes, con el rostro cubierto, prendieron fuego a una foto de los Reyes que previamente habían colocado, boca abajo, en la plaza principal de la ciudad de Gerona. La escena, según el Tribunal, transmite un sentimiento de odio hacia los Monarcas. Refuerza este argumento el hecho de que los demandantes actuaran «de manera premeditada» al término de una manifestación previa, convocada en señal de protesta por la visita oficial de los Reyes a la ciudad, y «cuya legitimidad —afirma el Tribunal— no se cuestiona». «La quema de la fotografía no surge de forma instantánea en el contexto de la manifestación y al hilo de la crítica sobre el modelo constitucional del Estado» sino que, por el contrario, es «fruto de una actividad diseñada de antemano y orientada a mostrar el mayor grado de hostilidad frente a la Institución de la Corona».

El Pleno también tiene en cuenta la ausencia de «expresión, discurso, mensaje u opinión de la que quepa inferir una censura u oposición políticamente articulada contra la Monarquía o los Reyes; lisa y llanamente actuaron con el propósito de incitar a la exclusión sirviéndose de una escenificación lúgubre y con connotaciones violentas», circunstancias que alejan «significativamente» el presente supuesto del resuelto por el TEDH en marzo de 2011 (caso Otegui c. España) en el que el recurrente era un representante electo y «expresó su opinión sobre un asunto sujeto al debate político».

Todo ello lleva al Tribunal a afirmar que los hechos quedan «extramuros del legítimo ejercicio del derecho» a la libertad de expresión (art. 20.1.a CE).

Por último, el Pleno rechaza que las sentencias impugnadas vulneren el derecho a la libertad ideológica pues «el reproche penal (...) no se fundamenta en el posicionamiento ideológico de los recurrentes» sino que se dirige «exclusivamente, al tratamiento de incitación al odio y a la exclusión de un sector de la población mediante el acto de que fueron objeto los retratos oficiales de los Reyes». «En el ordenamiento español —explica— no existe ninguna prohibición o limitación para constituir partidos políticos que acojan idearios de naturaleza republicana o separatista, ni para su expresión pública, como evidencia la celebración de la manifestación» celebrada justo antes de que ocurrieran los hechos sancionados. Y añade que, «aunque no consta que se produjeran incidentes de orden público, la connotación destructiva que comporta la quema de la fotografía de los Reyes es innegable y, por ello, tal acción pudo suscitar entre los presentes reacciones violentas e, incompatibles con un clima social sereno y minar la confianza en las instituciones democráticas»; o «avivar el sentimiento de desprecio o incluso de

odio hacia los Reyes y la institución que representan» y exponerlos «a un posible riesgo de violencia».

En su voto particular, el Magistrado ponente, Juan Antonio Xiol, afirma que debió concederse el amparo por vulneración del derecho a la libertad de expresión. Considera que la sentencia «banaliza el discurso del odio» pues, explica, la doctrina del TEDH entiende como tal el mensaje que incita a la violencia por razones «étnicas, religiosas, nacionales, raciales, de orientación sexual, etcétera (...)». En este caso concreto, la conducta de los demandantes de amparo «no comportó, a pesar de su hostilidad a la institución monárquica, la difusión de un discurso de incitación a la violencia contra la Corona o sus titulares ni expresó amenaza alguna contra ellos», sino que se trató de «un mero acto de rechazo» que no justificaba «por sí solo, ninguna restricción del ejercicio de la libertad de expresión mediante la imposición de una sanción penal».

La Magistrada Encarnación Roca considera que la argumentación de la sentencia debió tener en cuenta, «como cuestión principal y de partida», el derecho a la libertad ideológica, sin quedar «absorbida» ésta por la libertad de expresión, lo que habría llevado a un fallo diferente. Afirma que el único límite que la Constitución impone a la libertad ideológica es el «mantenimiento del orden público», circunstancia que, según la doctrina, pone de manifiesto «no solo la trascendencia de aquellos derechos de libertad como pieza fundamental de todo orden de convivencia democrática (art. 1.1 CE)», sino también el carácter excepcional de este límite único al ejercicio del citado derecho. En este caso concreto, señala la Magistrada, la quema del retrato constituyó la manifestación simbólica de una ideología antimonárquica, que se realizó al término de una concentración de protesta por la visita de los Reyes en la que no se registraron altercados.

La Vicepresidenta del Tribunal, Adela Asua, a cuyo voto particular se ha adherido el Magistrado Fernando Valdés, entiende que debió estimarse el amparo por vulneración de la libertad ideológica y de expresión, pues la conducta por la que fueron condenados los demandantes «se inserta en el amplio campo de protección que la Constitución garantiza al ejercicio de aquellas libertades».

Explica que, cuando se trata de la manifestación de opiniones sobre aspectos políticos o institucionales, la libertad de expresión sólo debe ceder si el mensaje incita a la violencia o proyecta un «discurso del odio», extremos que, en su opinión, no pueden deducirse de la lectura de los hechos probados de las resoluciones impugnadas. Por otra parte, considera que la sentencia ha dejado sin respuesta a los demandantes, que fueron condenados por un delito de injurias a la Corona y no por incitación al odio.

COMENTARIO:

I. La Sentencia 177/2015, de 22 de julio, dictada por el Pleno del Tribunal Constitucional, resuelve un recurso de amparo presentado contra la decisión de condenar a los recurrentes por el delito de injurias a la Corona. El Juzgado Central Penal de la Audiencia Nacional y posteriormente la Sala de lo Penal del mismo Tribunal consideraron que la quema de una fotografía de los Reyes de España en el curso de una concentración en Girona, con motivo de una visita institucional de estos, y las concretas circunstancias del caso, le hacían merecedora de tal calificación penal. Estos órganos jurisdiccionales fundaron su decisión en el abuso de derecho y vejación innecesaria de la figura del monarca.

El recurso tiene como objeto principal la determinación de si los hechos narrados quedan amparados en el ejercicio de las libertades ideológica y de expresión, o exceden de los límites que delimitan su ejercicio. El Pleno del Tribunal decidió no otorgar el amparo a los recurrentes, pero sin obtener unanimidad respecto a la decisión final. De hecho, el fallo se acompaña de tres votos discrepantes extensamente argumentados, formulados por los Magistrados Adela Asua (al que se adhiere Valdés Dal-Ré), Encarnación Roca, y Juan Antonio Xiol.

La Sentencia 177/2015 goza de un interés especial porque realiza una valiosa recopilación de su doctrina sobre el ejercicio de la libertad de expresión y de la libertad ideológica, al tiempo que hace remisiones constantes a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al respecto, e incluso a la del Tribunal Supremo Norteamericano. No obstante, la postura mayoritaria, que no unánime, realiza una interpretación de lo que se conoce como «discurso del odio» muy restrictiva con el ejercicio de las libertades mencionadas. No en vano, como se ha indicado, la sentencia lleva adjuntos los votos discrepantes de cuatro magistrados. Sin duda, la presencia de un número considerable de miembros del Tribunal que difieren respecto de la mayoría es indicativo de que la cuestión de fondo no está clara y refleja la división que existe entre la doctrina y en la opinión pública sobre el delito de injurias al Rey. De hecho, en ocasiones, la presencia de votos discrepantes constituye un anuncio de que las posturas están cambiando a dicho respecto y a veces son un adelanto de una futura nueva jurisprudencia.

En el caso, se trataba de dilucidar si la quema de una fotografía de los Reyes al finalizar una concentración antimonárquica, sosteniendo la imagen boca abajo, y llevando un pasamontañas al hacerlo, tiene un contenido intrínsecamente injurioso y vejatorio y constituye una conducta penalmente rechazable. O bien, si ello constituye un legítimo ejercicio de la libertad de

expresión que garantiza el art. 20.1 a) de la Constitución y del derecho a manifestar la propia ideología (art. 16.1 de la Norma Suprema)

II. Debemos comenzar puntualizando que tanto en el fallo, como luego lo harán los Magistrados en los votos de discrepantes, se coincide en subrayar la importancia de los derechos a la libertad de opinión y de expresión como sustrato básico de una sociedad abierta propia de un Estado democrático. También el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que la libertad de expresión «es uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática, además de una de las condiciones básicas para el progreso de la sociedad y el desarrollo de la persona» (STEDH caso Handyside c. El Reino Unido, n. 49). En cuanto a la libertad ideológica, el Tribunal reconoce que la expresión de ideología no queda desvinculada del ámbito de protección del art. 16.1 de la Constitución cuando esa ideología se manifiesta al exterior, «pues el derecho que éste reconoce no puede entenderse simplemente absorbido por las libertades del art. 20» (STC 20/1990, F. J. 3), o que toda expresión simplemente emitida al amparo del art. 20 sea manifestación de la libertad ideológica del art. 16.1» (STC 120/1992, F. J. 8)

Ambas libertades son inherentes al valor pluralismo político y, hemos de añadir, a la libertad del individuo. Tal vez, la diferencia mayor entre unos magistrados y los que discrepan respecto del fallo dictado este caso estriba en los límites concretos que pueden establecerse a tales libertades.

Porque, como todo derecho, las libertades de expresión y la libertad ideológica no son derechos absolutos y su ejercicio puede quedar limitado. De la lectura de la sentencia parece que la mayoría del pleno conviene en fijar unos límites más restrictivos a la expresión de la libertad ideológica de los que hubieran establecido los magistrados que presentan voto particular. Estos últimos consideran que cuando se trata de manifestación de opiniones sobre aspectos políticos o institucionales, sobre la actuación de los gobernantes o de quienes desempeñen poderes constitucionales, el ámbito de la libertad de expresión carece prácticamente de límites o deben ser muy poco restrictivos. (voto particular de los Magistrados Asua y Valdés, ídem Magistrada Roca).

En una sociedad democrática, la libertad de expresión incluye la posibilidad de expresar una posición contraria e incluso criticar las actuaciones de nuestros representantes o instituciones o titulares de cargos públicos (STEDH, caso Otegui c. España, de 15 de marzo de 2011). De hecho, la admisión de la crítica pública hacia nuestras instituciones es un símbolo de madurez de nuestra democracia. En el caso que nos ocupa, la quema de las fotografías de los monarcas constituyó, sin lugar a dudas, una crítica mani-

fiesta a su presencia en la ciudad de Girona aquel día y, hemos de deducir, también una manifestación pública de una ideología contraria al sistema monárquico.

III. Cuestión distinta es cómo se transmiten esas opiniones. En primer lugar, en cuanto el medio para transmitir las, esa transferencia de pensamientos, ideas, opiniones o pareceres puede realizarse a través de diferentes vías y el lenguaje simbólico constituye una de ellas. En este caso, no es difícil interpretar que la quema de unas fotografías de un personaje público (Los Reyes) en una reunión también pública constituye un acto comunicativo que transmite un rechazo hacia los protagonistas de dichas fotografías. Comporta el ejercicio de la libertad de expresión y, cuando detrás hay un componente ideológico, también la manifestación externa de la libertad ideológica.

En segundo lugar se encuentra el modo en que se ejercen esas libertades. Obviamente, de la libertad de expresión siempre quedaría exceptuado el mensaje violento, el que incita al odio o el que vulnera derechos como la dignidad, cuestiones que desarrollaremos a continuación y que también son objeto de análisis en la sentencia estudiada.

(a) Ciertamente, el ejercicio de esas libertades no se permite cuando tal expresión solo trasluce ultraje o vejación, cuando atenta a la dignidad. Trayendo esos límites al caso, para el Tribunal Constitucional no estaría permitida una expresión que incitase a la violencia o al odio hacia la Corona y la persona del monarca. Para el Tribunal los hechos de este caso constituyen un ilícito del art. 490.3 del Código Penal, que castiga a quien calumniare o injuriare al Rey o a su familia «en el ejercicio de sus funciones o con motivo u ocasión de éstas».

El concepto legal de injuria incluye toda expresión o hechos concernientes a una persona que difamen o hagan desmerecer en la consideración ajena o que afecten negativamente a su reputación y buen nombre. En este delito, la Corona, como institución constitucional en la que se reside la jefatura del Estado, es la que viene a ser protegida. Por eso, su ubicación en el Código penal se encuentra en un Título diferente al dedicado a las injurias contra particulares, situándose en el Título «Delitos contra la Constitución». Aquí el bien protegido es la incolumidad de las instituciones, y entre ellas se personaliza la institución constitucional de la Corona, una institución que es símbolo de la unidad y permanencia del Estado. Se protege el honor del Rey (y su familia) sólo en tanto vaya asociado al ejercicio de su función constitucional, protege un bien o interés general, no protege su honor o buen nombre como individuo. Lo que el legislador ha pretendido defender es el sistema constitucional, otorgándole una singular protección frente a los que

de forma ilegal y abusiva tratan de dañar el sistema, no frente a los críticos con el sistema o críticos con la monarquía.

Para la comisión del delito lo que se exige es una expresión o acción que atente de forma grave contra la dignidad, fama o estimación del Rey o sus familiares con menoscabo de la Institución como bien jurídico que se preserva. Se exige, pues, que estas expresiones o manifestaciones tengan un significado objetiva y gravemente ofensivo. Debe tenerse en cuenta que, en esta materia, la determinación de si una acción o expresión es injuriosa ha de hacerse teniendo en cuenta las circunstancias que rodean la acción y el uso social del lenguaje. En todo caso, han de ser claramente atentatorias para la honorabilidad del Monarca y la institución que representa. Y es preciso además la intención específica de injuriar (el llamado «*animus injuriandi*») (STS, Sala Segunda, 31/10/2005), debiendo diferenciarse de otras voluntades, ánimos o intenciones en el sujeto como la de ejercitar un derecho, ejecutar una crítica, denunciar unos determinados hechos en un contexto concreto o de defenderse.

Sobre ese *animus injuriandi*, para el Tribunal es reveladora la ausencia de espontaneidad, indicando que lo hicieron «de manera premeditada». A este respecto, hemos de recordar que muchos de los actos y símbolos que los ciudadanos llevan a cabo para manifestar sus críticas son pensados y preparados previamente para luego hacerlos públicos en el marco de una manifestación (como en este caso) o en un espacio público donde sus expresiones alcancen la difusión que ellos desean, esto es, que causen el mayor impacto posible.

Además, el Pleno considera que la escenificación del acto público de la quema de la fotografía, llevando pasamontañas, con la efigie de los monarcas boca abajo, acompañada la escena de los gritos y aplausos de otra gente que acudió a la concentración antimonárquica, etcétera, constituyó un acto ofensivo contra los Reyes y, por ende, a la Corona a la que representan lo suficientemente grave como para no poder ser amparado en el ejercicio de la libertad de expresión o de la libertad ideológica.

Si la fundamentación del Tribunal hubiera quedado ahí, justificando en ello la limitación del ejercicio de las libertades de expresión e ideológica, podríamos entrar en la discusión de si la quema de fotografías puede constituir a día de hoy, en el contexto de la sociedad democrática actual, un atentado calificable de grave para la dignidad de la institución. O incluso podríamos plantearnos si el mismo precepto penal pudiera ser excesivamente protector. O cabría analizar si el delito puede estar limitando en demasía las manifestaciones «libres» de expresión en un Estado democrático. Algo de

esto ya afirmó el Tribunal Europeo de Derecho de Derechos Humanos en el citado caso Otegui (2007).

Bajo mi punto de vista, la gravedad de la manifestación de opinión no queda demostrada, ni parece que se produjo un inadmisibles daño a la imagen de la Monarquía. La quema de las imágenes constituyó más bien un rotundo rechazo a la institución monárquica en el marco de una concentración antimonárquica. No son conductas más hirientes para el honor de la Institución de la Corona que los abucheos que Sus Majestades han recibido en otras ocasiones, como otro modo de expresar públicamente el parecer ideológico u opinión de determinados ciudadanos.

(b) Lo que desde mi parecer es más criticable es que los hechos, no solo son considerados por la mayoría del Pleno como gravemente ofensivos sino también incitadores al odio, en la medida en que «expresa, de un modo difícilmente superable, que (los Reyes) son merecedores de exclusión y odio» (F. J. 4). Para el Pleno, dichos actos implicaron una incitación a la violencia contra la persona (el Rey) y la institución que representa, fomentando sentimientos de agresividad contra la misma y expresando una amenaza. Ciertamente, y como también consideran los magistrados que discrepan en esta sentencia, entender la quema de una fotografía del Rey, en el contexto de una concentración contraria a la monarquía como «discurso del odio», se aleja bastante de lo que la jurisprudencia internacional y la doctrina ha venido entendiendo como tal.

Aunque la comunidad internacional no ha acordado una definición estricta de lo que debe entenderse por discurso del odio que cumpla con los atributos de claridad y certeza necesarios para invocarse como límite válido al ejercicio de la libertad de expresión, sí encontramos definiciones de tal concepto que ayudan a perfilarlo como límite a la libertad de expresión con bastante certitud. Así, la Recomendación número R(97) 20 del Consejo de Europa, adoptada por el Comité de Ministros el 30 de octubre de 1997, indica: «el término 'discurso del odio' abarca cualquier forma de expresión que propague, incite, promueva o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia que se manifiestan a través del nacionalismo agresivo y el etnocentrismo, la discriminación y la hostilidad contra las minorías y los inmigrantes o personas de origen inmigrante». El objeto de censura radica en el discurso llamado a promover la intolerancia hacia grupos minoritarios, más que a proteger la sensibilidad de sus miembros a causa de, por ejemplo, epítetos racistas o insultos que tengan como base la identidad étnica, cultural o religiosa de la víctima.

La limitación que tales prohibiciones pueden generar en el ejercicio de la libertad de expresión no opera únicamente frente a aquellos discursos

llamados a generar reacciones violentas, sino también ante expresiones tendentes a la discriminación de un grupo o la creación de un ambiente hostil en su contra. Se pueden sancionar meras expresiones verbales, con independencia de su trascendencia social en el caso en concreto, o de que efectivamente desencadenen actos violentos o discriminatorios sobre determinados colectivos. El injusto de este tipo de comportamientos se valora a partir de su potencial lesividad para los bienes jurídicos constitucionalmente tutelables, sin que se exija el efectivo menoscabo de los mismos. Precisamente el rasgo definidor del discurso del odio es su capacidad de atentar contra la dignidad humana. Generalmente se trata de expresiones que nada aportan al debate de los asuntos públicos y, por el contrario, menoscaban el principio de la dignidad.

Con esta definición, difícil resulta encajar las actuaciones analizadas en esta sentencia con esa concepción del discurso del odio. Cierto es que el delito de injurias a la Corona trata de proteger el honor de las instituciones y quienes las representan, pero difícilmente cabe pensar que la quema de fotografías en una concentración pública pueda significar una incitación a la violencia hacia la institución monárquica, por muchos aplausos que pudiese recibir tales actos. El discurso del odio viene relacionado con actuaciones que promueven el rechazo y la violencia hacia determinados colectivos, no contra las instituciones. No comparto, por lo tanto, el uso de esta figura en el caso concreto como limitadora de la libertad de expresión.

(c) En tercer lugar, queda por analizar el carácter violento del mensaje. Indica el Tribunal, en un momento de la sentencia en el que se está refiriendo a la libertad ideológica, que ésta quedaría limitada si el Estado coartara, disuadiera o impidiese comportamientos ideológicos contrarios, en este caso, al Estado monárquico o a las instituciones que lo representan. Según el parecer de la mayoría de los Magistrados, la condena penal por injurias a la Corona en este caso no presenta ese efecto disuasorio. Lo que se condena es lo que el Tribunal Constitucional y los tribunales ordinarios previos consideraron como una incitación a la violencia. Para el Alto Tribunal los autores se sirvieron de una «escenificación lúgubre y con connotaciones violentas», una actuación que «pudo suscitar entre los presentes reacciones violentas e incompatibles con un clima social sereno y minar la confianza en las instituciones democráticas» (F.J. 5) Pero, ni el Tribunal Constitucional pudo constatar de lo investigado por los tribunales anteriores el eventual riesgo de escalada violenta que la quema de la fotografía pudo provocar, ni lo podía hacer en tanto en cuanto, no es función del Tribunal Constitucional revisar los hechos. Sólo en el caso de que se hubiere demostrado que el líquido inflamable que llevaban o la envergadura de la quema o cualquier

otro elemento constituía un riesgo evidente para bienes o personas allí presentes, se hubiese podido entender legítima la limitación de las libertades ejercidas.

IV. Por último, otro de los argumentos que utiliza el Tribunal es que la decisión analizada se fundamenta en el hecho de que los autores de la quema no fueran representantes electos, ni formaran parte de ningún grupo parlamentario. Y ello se hace con la intención de desmarcarse o diferenciarse de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Otegui, donde sí se ampararon las críticas al Rey como ejercicio de la libertad de expresión y no como injurias a la Corona. Para el Tribunal Europeo, las manifestaciones de opinión se produjeron sobre un asunto sujeto al debate político y venían referidas a una cuestión de interés público en el País Vasco aunque fueran expuestas de una manera provocativa y exagerada. Recordemos que Otegui calificó al Rey como «jefe de los torturadores».

En el caso que nos ocupa, difícilmente es sostenible el argumento del Tribunal Constitucional de que los autores del delito de injurias no fueran representantes del pueblo. En primer lugar, no puede decirse que las manifestaciones de opinión no tenían relación con un asunto de relevancia pública. Sí lo era en aquel momento, pues la escenificación de la quema de la fotografía se produjo al finalizar una concentración en protesta por la visita de los monarcas. En segundo lugar, no tiene sentido despojar de ese derecho a la libertad de expresión a los recurrentes en amparo porque no fueran representantes políticos, como si sólo a ellos les estuviera reservado el derecho a la crítica política. Precisamente, en democracia todo ciudadano tiene derecho a expresar sus opiniones sin más limitaciones que las explícitamente recogidas en la Ley y sólo en el modo en el que están previstas en el ordenamiento.

V. Por todo lo expuesto, a mi parecer, la sanción penal por la quema de las fotografías constituyó una medida desproporcionada, al hacer prevalecer, con interpretaciones restrictivas, los límites que pueden justificar la limitación de derechos frente a un mayor y más extenso ejercicio de las libertades fundamentales. La acción de la quema supuso más bien una manifestación simbólica del rechazo de sus protagonistas a la presencia del Rey en la ciudad y a la monarquía en su conjunto. No constituyó un ataque directo y personal a los Reyes, ni pudo calificarse como grave o desmesurado como para no poder ampararse en la libertad de expresión. Más aún cuando nuestra Constitución no se configura como una democracia militante (STC 235/2007, FJ 4). A nadie se le puede negar el derecho a expresar sus opiniones en contra de las instituciones o cualquier contenido de la Constitución. No se

puede temer que en nuestra sociedad haya individuos que rechacen frontalmente la forma de Estado por la que se optó en la Constitución. A estos efectos, resulta interesante la cita que una de los Magistradas discrepantes hace del Juez Holmes del Tribunal Supremo de Estados Unidos: «debemos estar siempre vigilantes contra los intentos de impedir las expresiones que aborrecemos» (voto particular de la Magistrada Asua). Tal vez, una de las muestras de nuestra madurez democrática se encuentre en la capacidad de empezar a admitir hechos como los narrados como manifestaciones de opinión y no tener miedo a que ello se produzca. Por supuesto, siempre que no vayan acompañados de violencia o daño a bienes o terceras personas o supongan un peligro constatable para el orden público.

La existencia de votos particulares en este sentido, que acompañan al fallo, son indicativos de que las actitudes están cambiando. No en vano, la propia fiscalía, tiempo atrás, en otro caso de quema de fotografías del Rey posterior a la que dio lugar al recurso de amparo aquí estudiado, consideró la misma como falta leve de desórdenes públicos. Y finalmente fueron absueltos por la Audiencia Nacional (2008).

Sentencia de 22 de julio de 2015

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, Presidente; doña Adela Asua Batarrita, doña Encarnación Roca Trías, don Andrés Ollero Tassara, don Fernando Valdés Dal-Ré, don Juan José González Rivas, don Santiago Martínez-Vares García, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Pedro José González-Trevijano Sánchez, don Ricardo Enríquez Sancho y don Antonio Narváez Rodríguez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 956-2009, promovido por don XXXX y don XXXX, representados por el Procurador de los Tribunales don XXXX y asistidos por el Abogado don XXXX, contra la Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 5 de diciembre de 2008, que desestimó el recurso de apelación interpuesto

contra la Sentencia condenatoria dictada por el Juzgado Central Penal de la Audiencia Nacional, con fecha de 9 de julio de 2008, en el procedimiento abreviado núm. 52-2007. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos, quien expresa el parecer del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO:

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal Constitucional el 30 de enero de 2009 el Procurador de los Tribunales don XXXX, en nombre y representación de don XXXX y don XXXX, interpuso recurso de amparo contra las Sentencias judiciales citadas en el encabezamiento.
2. Los hechos que fundamentan la demanda de amparo son resumidamente los siguientes:
 - a) La Sentencia del Juzgado Central de la Audiencia Nacional declaró probado que «sobre las 20:00 horas del día 13 de septiembre de 2007, con motivo de la visita institucional de S.M. el Rey a la ciudad de Gerona, XXXX y XXXX... quema-

ron previa colocación boca abajo de una fotografía de SS.MM. los Reyes de España en el curso de una concentración en la plaza de Vino de esa capital. A dicha concentración le había precedido una manifestación encabezada por una pancarta que decía «300 años de Borbones, 300 años combatiendo la ocupación española». Lo citados iban con el rostro tapado para no ser identificados y, tras colocar la citada fotografía de gran tamaño de SS.MM. los Reyes en la forma expuesta, en el centro de la plaza se procedió por XXXX a rociarla con un líquido inflamable y por XXXX a prenderle fuego con una antorcha procediendo a su quema, mientras eran jaleados con diferentes gritos por las varias decenas de personas que se habían reunido en la citada plaza».

La citada Sentencia consideró que los hechos que acaban de recordarse eran constitutivos de un delito de injurias a la Corona del art. 490.3 del Código Penal (CP) y por este motivo condenó a los hoy recurrentes en amparo a la pena de quince meses de prisión, que fue sustituida por multa de treinta meses con una cuota diaria de tres euros, lo que arroja un total de 2.700 euros. En el criterio de la Sentencia y a la vista de la jurisprudencia del Tribunal Supremo dictada en asuntos semejantes (SSTS de 28 de noviembre y 6 de diciembre de 1985), la condena de los recurrentes se funda en la naturaleza injuriosa de los hechos que protagonizaron, toda vez que «colocan la fotografía de SS.MM. los Reyes boca abajo, para ser quemada, tras el desarrollo de una manifestación precedente a la que habían acudido portando líquido inflamable, disfrazados y, por tanto, con la intención evidente de menospreciar la figura de Sus Majestades».

La Sentencia repite este mismo razonamiento poco después, para seguidamente afirmar que «[e]s obvio que para manifestar el rechazo a la Monarquía no es necesario menospreciar y vilipendiar a SS.MM. los Reyes, quemando su fotografía, tras haberla colocado deliberadamente boca abajo», y declarar que «[e]n un Estado democrático, en el que los derechos fundamentales de los ciudadanos se encuentran plenamente garantizados, nadie necesita cubrirse la cara para ejercer los derechos que considera legítimos».

Todo lo cual confirma el carácter ilegítimo del acto realizado que no puede encontrar amparo en el ejercicio de la libertad de expresión y el derecho de participación política de los ciudadanos. b) Contra esta Sentencia los recurrentes interpusieron recurso de apelación, denunciando, entre otros motivos de oposición y como ya defendieron en la instancia, la vulneración de la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE], en relación con la libertad ideológica (art. 16.1 CE). Mediante Sentencia de 5 de diciembre de 2008 el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional acordó desestimar el recurso por considerar que los hechos enjuiciados exceden del ejercicio legítimo de la libertad de expresión. Una conclusión que el órgano judicial funda literalmente del siguiente modo:

«En la ponderación de los derechos fundamentales a la libertad de expresión y al honor, en este caso, de la Institución [de la Corona], es doctrina constitucional constante desde la STC 107/1988 que, para decidir cuál prevalece en el caso concreto es determinante comprobar si en la manifestación de la idea u opinión, sea de palabra o por medio de la acción, se han añadido expresiones injuriosas por innecesarias para la expresión pública del pensamiento que se trata de manifestar o expresiones o acciones que son formalmente injuriosas.

En el caso [considerado] el hecho inconcuso es que en el transcurso de una concentración nacionalista y antiborbónica con motivo de la visita de los Reyes a Gerona, hay desplegadas pancartas contra la visita con alusiones al rey como representante de una dinastía impuesta al pueblo catalán («300 años de Borbones, 300 años combatiendo la ocupación española», rezaba una), al tiempo que los concentrados coreaban proclamas y eslóganes en la misma línea de pensamiento.

Sin duda, esos actos y expresiones están plenamente amparados por la libertad de expresión, que no excluye la posibilidad de exteriorizar ningún punto de vista a través de medios necesarios e idóneos y, por lo tanto no lesivos para otros derechos y valores constitucionales.

Sin embargo en el curso de la meritada concentración los dos condenados, con la cara tapada, se dirigen al centro de la reunión con una fotografía de [los Reyes] y, poniéndola bocabajo, le prenden fuego entre la algarabía general, para seguidamente, retirarse e intentar confundirse con el resto de los asistentes.

Esta acción es innecesaria para defender la opinión de los concentrados y es formalmente injuriosa, sobrepasa los límites amparados por el derecho fundamental a la libertad de expresión y lesiona el derecho al honor de la Institución, la Corona, como institución constitucional democrática.»

Una conclusión que el órgano judicial remacha seguidamente al afirmar que la acción de los acusados «es formalmente injuriosa por el contexto en que se produce:

Los asistentes al acto de protesta estaban ejerciendo su derecho con total libertad, sus proclamas e ideas estaban siendo difundidas sin cortapisa alguna y, sin embargo, escenifican lo que gráficamente podemos como un «aquelarre» o «juicio inquisitorial» en el que colocando la representación gráfica del Jefe del Estado en posición claudicante, bocabajo, lo embadurnan con aceite u otra sustancia inflamable y le prenden fuego como expresión simbólica del desprecio y destrucción de la Institución, pues el fuego, en el contexto en que se usa, tiene una carga negativa evidente.

Por último, que los propios apelantes tenían plena conciencia de lo que hacían y del exceso que ello representaba se extrae sin forzamiento alguno tanto del uso de la imagen fotográfica... cuanto de que ocultan su rostro para impedir ser identificados, lo que solo tiene sentido por la conciencia de la antijuricidad de la acción que tienen los propios sujetos activos del delito. De lo anterior... se extrae la concurrencia del dolo exigido por el tipo penal.»

3. En su recurso de amparo los demandantes denuncian, al igual que ya hicieran antes en la vía judicial previa, que las Sentencias impugnadas vulneraron sus derechos fundamentales a la libertad ideológica (art. 16.1 CE) y a la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE]. Respecto del primero

la demanda subraya, con cita de la STC 20/1990, de 15 de febrero, que la libertad ideológica que consagra el art. 16.1 CE, dado su carácter esencial para la efectividad de los valores superiores y especialmente del pluralismo político, no tiene más limitación que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley. De acuerdo con este planteamiento, y habida cuenta de la dimensión externa de la libertad ideológica y el correlativo derecho a expresarla libremente, los recurrentes afirman que las Sentencias recurridas, partiendo del carácter pretendidamente injurioso de su conducta, se han apartado de la doctrina constitucional para detenerse «más en los límites de los derechos y libertades que en el [contenido constitucionalmente protegido] de los mismos» y, en consecuencia, acabar sancionando su opción ideológica contraria a la Monarquía.

En cuanto a la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE] los recurrentes recuerdan, con cita igualmente de doctrina constitucional, que dicha libertad ocupa una posición preferente, como elemento esencial para la formación de una opinión pública libre, y que en tal condición es objeto de especial protección constitucional y tiene reconocido por ese motivo un amplio espacio exento de coacción, que solo excluye aquellas expresiones que sean intrínsecas y absolutamente vejatorias que resulten impertinentes e innecesarias para la exposición de la idea que se pretende expresar. Adjetivos que en modo alguno cuadran con la conducta considerada que, aunque pueda parecer, a los ojos de algunos, incorrecta o incluso de mal gusto si se quiere, no implica ningún menosprecio intrínsecamente vejatorio contra los Reyes, como así de hecho lo entendió el Voto particular formulado a la Sentencia de apelación. Menos aún si se tiene en cuenta el contexto de reivindicación o contestación política en contra de la Monarquía en el que se produjo y la condición político-pública de la institución monárquica que resulta, en consecuencia, más permeable a la crítica. Esta es, por otra parte, la solución que siguen otros Tribunales Constitucionales, como es el caso del Tribunal Supremo de los EE.UU., que en su Sentencia de 21 de marzo de 1989

(*Texas v. Johnson*), anuló la condena penal impuesta a un manifestante que en el curso de una manifestación quemó la bandera americana, precisamente por considerar dicha conducta protegida por la libertad de expresión.

4. Por providencia de 26 de abril de 2010 la Sala Primera de este Tribunal acordó, de conformidad con lo previsto en el art. 50.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), admitir a trámite el presente recurso de amparo. Asimismo, en aplicación de lo dispuesto en el art. 51 LOTC, acordó requerir atentamente a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y al Juzgado Central de lo Penal a fin de que respectivamente remitieran testimonio del rollo núm. 5-2008 y procedimiento abreviado núm. 52-2007, y se emplazase a quienes hubieran sido parte en ese procedimiento, con excepción de la parte recurrente en amparo, para que en el plazo de diez días pudieran comparecer en este proceso constitucional de amparo, con traslado a dichos efectos de copia de la demanda presentada.

5. Por diligencia de ordenación de 27 de mayo de 2010 se acordó tener por recibidos los testimonios de las actuaciones reclamados y, con arreglo a lo dispuesto en el art. 52.1 LOTC, conceder al Ministerio Fiscal y a las partes personadas plazo común por veinte días para que, con vista de las actuaciones recibidas, formularan alegaciones.

6. Con fecha 23 de junio de 2010 la representación procesal de los recurrentes presentó su escrito de alegaciones ratificándose en las ya formuladas en su escrito de demanda de amparo constitucional.

7. El Ministerio Fiscal, mediante escrito registrado el 1 de julio de 2010, presentó sus alegaciones interesando la desestimación del amparo solicitado. Antes, sin embargo, razona sobre el posible incumplimiento del requisito del art. 49.1 LOTC, y que obliga a justificar en cada caso la especial trascendencia constitucional del recurso. Un requisito de cuyo efectivo cumplimiento el Ministerio Fiscal duda, pero que finalmente considera no obstante satisfecho a fin de no incurrir en «rigorismos innecesarios».

En cuanto al fondo del recurso el Fiscal, tras resumir lo principal de las alegaciones formula-

das en la demanda y los antecedentes del caso, descarta que las Sentencias impugnadas hayan vulnerado la libertad ideológica que denuncia los recurrentes. Entre otras razones, pero principalmente, porque su condena penal no se funda en la ideología antimonárquica que confesadamente dicen defender, sino en el modo en el que la manifestaron externa y públicamente y, por tanto, por exceder de los límites del ejercicio de la libertad de expresión. Al respecto el Fiscal no comparte tampoco las alegaciones de los recurrentes y, con amplia cita de las SSTC 20/1990 y 107/1998 y del ATC 213/2006, considera que su comportamiento, por las circunstancias en las que se produjo, tuvo efectivamente un contenido o ánimo exclusivamente injurioso y vejatorio, conforme así lo entendieron las Sentencias impugnadas y sostendrían también la generalidad de los ciudadanos. De hecho, en su criterio, así lo prueba por otra parte el que los recurrentes no hayan discutido en ningún momento «el contenido vejatorio» de su conducta y el que su intención fuera efectivamente la de «expresar su total desprecio a los monarcas y su deseo de destrucción de la institución».

8. Con fecha 28 de septiembre de 2011 el Pleno de este Tribunal Constitucional acordó, de conformidad con el art. 10.1 n) LOTC y a propuesta de la Sala Primera, recabar para sí el conocimiento del presente recurso de amparo.

9. Por providencia de 21 de julio de 2015 se señaló para deliberación y fallo de la presente Sentencia el 22 del mismo mes y año.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

1. Los demandantes de amparo impugnan la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 5 de diciembre de 2008, que desestimó el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia del Juzgado Central de lo Penal de la Audiencia Nacional de 9 de julio de 2008, que les condenó como autores de un delito de injurias contra la Corona, con la circunstancia agravante de difraz, a la pena de quince meses de prisión, que fue sustituida por multa de treinta meses, con una cuota diaria de 3 euros.

2. Como ha quedado expuesto con más detalle en los antecedentes, los recurrentes denuncian formalmente y por separado la vulneración de sus libertades ideológica (art. 16.1 CE) y de expresión [art. 20.1 a) CE]. Por razones metodológicas se estima conveniente abordar en primer lugar la denuncia atinente a la lesión del segundo de los derechos enunciados. Sobre el contenido de la libertad de expresión y sus límites existe una consolidada doctrina constitucional que puede resumirse del siguiente modo:

a) Conforme a una jurisprudencia unánime que arranca de las tempranas SSTC 6/1981, de 16 de marzo, y 12/1982, de 31 de marzo, y recuerdan, entre otras, las más recientes SSTC 41/2001, de 11 de abril, FJ 4, y 50/2010, de 4 de octubre, se ha subrayado repetidamente la «peculiar dimensión institucional de la libertad de expresión», en cuanto que garantiza para «la formación y existencia de una opinión pública libre», que la convierte «en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática». De modo congruente, hemos insistido también en la necesidad de que dicha libertad «goce de un amplio cauce para el intercambio de ideas y opiniones», que ha de ser «lo suficientemente generoso como para que pueda desenvolverse sin angostura; esto es, sin timidez y sin temor» (SSTC 9/2007, de 15 de enero, FJ 4, y 50/2010, FJ 7).

b) También hemos sostenido que la libertad de expresión comprende la libertad de crítica «aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática» (SSTC 174/2006, de 5 de junio, FJ 4, y 77/2009, de 23 de marzo, FJ 4). De modo que, como subraya la STC 235/2007, de 7 de noviembre, FJ 4, la libertad de expresión vale no solo para la difusión de ideas u opiniones «acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que contrarían, chocan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población» (STEDH caso *De Haes y Gijssels* c. Bélgica, de 24 de febrero de 1997, § 49). En fin, en esta última Sentencia hemos recordado también que en nuestro

sistema «no tiene cabida un modelo de ‘democracia militante’, esto es, un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución... El valor del pluralismo y la necesidad del libre intercambio de ideas como sustrato del sistema democrático representativo impiden cualquier actividad de los poderes públicos tendente a controlar, seleccionar, o determinar gravemente la mera circulación pública de ideas o doctrinas».

En ese contexto, tanto este Tribunal como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han insistido en el significado central del discurso político desde el ámbito de protección de los arts. 20 CE y 10 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH), particularmente amparable cuando se ejerce por un representante político. Al respecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos entiende que la libertad de expresión adquiere unos márgenes especialmente valiosos cuando se ejerce por una persona elegida por el pueblo (STEDH de 15 de marzo de 2011, caso *Otegi* c. España, §50), que representa a sus electores, señala sus preocupaciones y defiende sus intereses, estándole «permitido recurrir a una cierta dosis de exageración, o incluso de provocación, es decir, de ser un tanto immoderado en sus observaciones» (caso *Otegi* c. España, § 54), por lo que en ese contexto el control debe ser más estricto (STEDH de 23 de abril de 1992, caso *Castells* c. España, § 42). Sin perjuicio de lo cual, el sujeto interviniente en el debate público de interés general debe tener en consideración ciertos límites y, singularmente, respetar la dignidad, la reputación y los derechos de terceros.

c) La libertad de expresión no es, en suma, un derecho fundamental absoluto e ilimitado, sino que tiene lógicamente, como todos los demás, sus límites, de manera que cualquier expresión no merece, por el simple hecho de serlo, protección constitucional, toda vez que el art. 20.1 a) CE «no reconoce un pretendido derecho al insulto» (SSTC 29/2009, de 26 de enero; 77/2009, de 23 de marzo, y 50/2010, de 4 de octubre). En consecuencia, este Tribunal ha declarado re-

petidamente que quedan fuera de la protección constitucional del art. 20.1 a) CE «las expresiones indudablemente injuriosas o sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas». Es decir, las que, «en las concretas circunstancias del caso sean ofensivas u oprobiosas».

Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha afirmado que «[l]a tolerancia y el respeto de la igual dignidad de todos los seres humanos constituyen el fundamento de una sociedad democrática y pluralista. De ello resulta que, en principio, se puede considerar necesario, en las sociedades democráticas, sancionar e incluso prevenir todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia» (STEDH de 16 de julio de 2009, caso *Féret c. Bélgica*, § 64), del mismo modo que la libre exposición de las ideas no autoriza el uso de la violencia para imponer criterios propios.

d) Estos límites deben ser, no obstante, ponderados siempre con exquisito rigor. Esta regla, que es de obligada atención con carácter general, habida cuenta de la posición preferente que ocupa la libertad de expresión, lo es todavía más cuando dicha libertad entra en conflicto con otros derechos fundamentales, en particular el derecho al honor (art. 18 CE), y señaladamente con otros intereses de significada importancia social y política respaldados por la legislación penal. Cuando esto último sucede, como es el presente caso, esas limitaciones siempre han de ser «interpretadas de tal modo que el derecho fundamental [del art. 20.1 a) CE] no resulte desnaturalizado» (STC 20/1990, de 15 de febrero; FJ 4). Lo que, obliga entre otras consecuencias, «a modificar profundamente la forma de afrontar el enjuiciamiento de los delitos contra el honor en los que se halla implicado el ejercicio de la libertad de expresión», pues su posición preferente impone «la necesidad de dej[ar] un amplio espacio al disfrute de [dicha] libertad (SSTC 39/2005, de 28 de febrero, FJ 4, y 278/2005, de 7 de noviembre; FJ 4), y «convierte en insuficiente el criterio subjetivo del *animus iniuriandi*», tradicionalmente utilizado por la jurisprudencia

penal para el enjuiciamiento de este tipo de delitos (SSTC 108/2008, de 22 de septiembre, FJ 3, y 29/2009, de 26 de enero, FJ 3). En definitiva, el Juez penal ha de tener siempre presente su contenido constitucional para «no correr el riesgo de hacer del Derecho penal un factor de disuasión del ejercicio de la libertad de expresión, lo que, sin duda, resulta indeseable en el Estado democrático» (SSTC 105/1990, de 6 de junio, FFJJ 4 y 8; 287/2000, de 11 de diciembre, FJ 4; 127/2004, de 19 de julio, FJ 4, y 253/2007, de 7 de noviembre, FJ 6, y STEDH, caso *Castells*, 23 de abril de 1992, § 46).

e) Así las cosas, el órgano judicial debe valorar, como cuestión previa a la aplicación del tipo penal y atendiendo siempre a las circunstancias concurrentes en el caso concreto, si la conducta que enjuicia constituye un ejercicio lícito del derecho fundamental a la libertad de expresión y, en consecuencia, se justifica por el valor predominante de la libertad de expresión. Pues «es obvio que los hechos probados no pueden ser a un mismo tiempo valorados como actos de ejercicio de un derecho fundamental y como conductas constitutivas de un delito» (por todas, últimamente, STC 89/2010, de 15 de noviembre, FJ 3). Por ese motivo, como también hemos repetido en múltiples ocasiones, «la ausencia de ese examen previo al que está obligado el Juez penal o su realización sin incluir en él la conexión de los comportamientos enjuiciados con el contenido de los derechos fundamentales y de las libertades públicas no es constitucionalmente admisible» (STC 29/2009, de 26 de enero, FJ 3), y, por lo mismo, «constituye en sí misma una vulneración de los derechos fundamentales no tomados en consideración» (SSTC 299/2006, de 23 de octubre, FJ 3, y 108/2008, de 22 de septiembre, FJ 3). En suma, en casos como el presente, «no estamos en el ámbito de los límites al ejercicio del derecho, sino en el previo de la delimitación de su contenido» (SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 2, y 127/2004, de 19 de julio).

f) Por lo demás, en supuestos como el actual la tarea que corresponde a este Tribunal no se «circunscribe a examinar la razonabilidad de la motivación de la resolución judicial, ya que no se trata

aquí de comprobar si dicha resolución ha infringido o no el art. 24.1 CE, sino de resolver un eventual conflicto entre los derechos afectados, determinando si, efectivamente, aquéllos se han vulnerado atendiendo al contenido que constitucionalmente corresponda a cada uno de ellos, aunque para este fin sea preciso utilizar criterios distintos de los aplicados por los órganos judiciales, ya que sus razones no vinculan a este Tribunal ni reducen su jurisdicción a la simple revisión de la motivación de las resoluciones judiciales» (por todas, STC 158/2009, de 25 de junio).

3. Con arreglo a estos presupuestos nos corresponde dilucidar si, como defienden los demandantes de amparo, el hecho de quemar, en las circunstancias descritas, una fotografía de SS.MM. los Reyes es una conducta penalmente no reprochable por constituir un legítimo ejercicio de la libertad de expresión que garantiza la Constitución [art. 20.1 a) CE] o si, por el contrario, como declararon las Sentencias judiciales ahora recurridas y, a su vez, ha opinado también en el presente proceso constitucional el Ministerio Fiscal, dicha conducta tiene un contenido intrínsecamente injurioso y vejatorio que desborda los límites constitucionales de la libertad de expresión. Para ello será preciso analizar la concreta acción ejecutada por los recurrentes, atendiendo particularmente a los siguientes criterios:

a) En primer lugar, conviene subrayar la singular y reforzada protección jurídica que el legislador penal otorga a la Corona, al igual que hace con otras altas Instituciones del Estado, para defender el propio Estado Constitucional, pues así lo corrobora el hecho de que el delito de injurias a la Corona no figure en el título XI del Código Penal, relativo a los delitos contra el honor, sino en el título XXI, dedicado precisamente a los delitos contra la Constitución. Por consiguiente, en lo que ahora exclusivamente nos importa, el art. 490.3 del Código Penal (CP) tipifica un delito de naturaleza pública, a cuyo través se protege el mantenimiento del propio orden político que sanciona la Constitución, en atención a lo que la figura del Rey representa. No obstante, el honor y la dignidad del monarca también forman parte del bien jurídico protegido por el precepto, siem-

pre que la ofensa tenga que ver con el ejercicio de sus funciones o se produzca con ocasión de dicho ejercicio. Ahora bien, la protección penal que ofrece el art. 490.3 CP no implica que el Rey, como máximo representante del Estado y símbolo de su unidad, quede excluido de la crítica especialmente por parte de aquéllos que rechazan legítimamente las estructuras constitucionales del Estado, incluido el régimen monárquico. Y ello a pesar de la posición de neutralidad que el monarca ocupa en el debate político y del hecho de no estar sujeto a responsabilidad, pues tales circunstancias no pueden suponer un obstáculo al libre debate sobre su posible responsabilidad institucional o, incluso, simbólica, dentro de los límites del respeto a su reputación (caso *Otegui c. España*, § 56).

b) En segundo lugar, debe destacarse que la destrucción de un retrato oficial posee un innegable y señalado componente simbólico. Aunque las más genuinas formas de expresión consisten en manifestaciones orales o escritas, las personas pueden igualmente comunicar o expresar sus ideas y opiniones mediante conductas, hechos o comportamientos no verbales que, en tal consideración, son también manifestaciones de la libertad de expresión. En este sentido, la Constitución garantiza el derecho fundamental a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas u opiniones no sólo mediante la palabra o el escrito, sino también mediante «cualquier otro medio de reproducción» [art. 20.1 a) CE]. También el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha recordado que el art. 10 CEDH no protege sólo las ideas e información objeto de expresión, sino también la forma en que se plasman, por lo que su jurisprudencia en relación con tal precepto abarca las modalidades habituales de expresión (discurso oral y escrito), pero también otros medios menos obvios de expresión, como la exhibición de símbolos o la realización de conductas aptas para transmitir opiniones, ideas o información (por todas, STEDH de 21 de octubre de 2014, caso *Murat Vural c. Turquía*, §§ 44-51). Por ello, las personas también pueden manifestar sus ideas y opiniones mediante un lenguaje simbólico (*symbolic speech*), o bien mediante

otras conductas expresivas (*expressive conduct*). El componente significativo o expresivamente inocuo de determinados símbolos, actitudes o conductas dependerá, pues, del contexto que integre las circunstancias del caso.

c) Por último interesa remarcar que, desde la perspectiva del derecho a la libertad de expresión, la formulación de críticas hacia los representantes de una institución o titulares de un cargo público, por desabridas, acres o inquietantes que puedan resultar no son más que reflejo de la participación política de los ciudadanos y son inmunes a restricciones por parte del poder público. Sin embargo, esa inmunidad no resulta predicable cuando lo expresado, aun de forma simbólica, solamente trasluce ultraje o vejación. De ahí, precisamente, la importancia de calibrar el significado de la conducta llevada a cabo por los demandantes, a fin de determinar si dicho comportamiento expresa un pensamiento crítico contra la Monarquía y los Reyes, —si bien exteriorizado a través de una puesta en escena caracterizada por la aspereza y la acritud— que merece la protección constitucional que brinda el art. 20.1 a) CE o, por el contrario, se trata de un acto que incita a la violencia o al odio hacia la Corona y la persona del monarca, instrumentado mediante una liturgia truculenta.

4. Teniendo en cuenta estos criterios y la doctrina constitucional que hemos expuesto más arriba debemos enjuiciar la constitucionalidad de la condena penal de los demandantes de amparo por un delito de injurias a la Corona del art. 490.3 CP, a la luz de los hechos declarados probados en la vía judicial. Tal y como hemos recordado en los antecedentes de esta resolución, las Sentencias recurridas declaran probado que los recurrentes irrumpieron con el rostro tapado —uno encapuchado y otro embozado— en la concentración que siguió a la manifestación precedente celebrada en protesta de la visita real y, previa deliberada colocación boca abajo de una fotografía de gran tamaño de los Reyes, procedieron a quemarla mientras eran jaleados por varios de los concentrados para, seguidamente, retirarse e intentar confundirse con el resto de los asistentes. De las circunstancias relatadas, los

órganos judiciales coligieron el carácter delictivo de los hechos, dada la expresión simbólica de desprecio y destrucción que en el contexto en que se produjo comportó el uso del fuego, amén de la colocación del retrato de los Reyes en posición claudicante (boca abajo). Dichos órganos también escindieron nítidamente la trascendencia jurídica de la precedente manifestación antimonárquica, que consideraron amparada por el legítimo ejercicio del derecho a la libertad de expresión, del subsiguiente episodio sometido a enjuiciamiento, el cual, además de ser considerado formalmente injurioso, se reputó innecesario para exteriorizar una posición crítica hacia la Monarquía. Por tanto, en el ejercicio de las funciones que les son propias, los órganos judiciales fijaron los hechos probados, previa valoración de la prueba practicada en el plenario y, a su vez, concretaron la relevancia y significación jurídica del comportamiento de los demandantes, tanto para verificar la ineludible subsunción del *factum* en la norma penal, como para esclarecer si tales hechos estaban o no amparados por el derecho a la libertad de expresión.

Desde la perspectiva que nos corresponde debemos dilucidar si los hechos acaecidos son expresión de una opción política legítima, que pudieran estimular el debate tendiente a transformar el sistema político, o si, por el contrario, persiguen desencadenar un reflejo emocional de hostilidad, incitando y promoviendo el odio y la intolerancia incompatibles con el sistema de valores de la democracia.

Cuando una idea u opinión se manifiesta, como en el caso enjuiciado, mediante la destrucción de elementos con un valor simbólico, la conducta ha de ser examinada con arreglo a un canon de enjuiciamiento particularmente atento a las concretas circunstancias del caso. Un acto de destrucción puede sugerir una acción violenta y, en consecuencia, ser susceptible de albergar mensajes que no merecen protección constitucional. Pues, como es obvio, no es jurídicamente indiferente manifestar la protesta o el sentimiento crítico utilizando medios o instrumentos inocuos para la seguridad y dignidad de las personas, que hacerlo incitando a la violencia o al menosprecio de las

personas que integran la institución simbolizada o sirviéndose del lenguaje del odio.

En la STC 136/1999, de 20 de julio, afirmamos que «no cabe considerar ejercicio legítimo de las libertades de expresión e información a los mensajes que incorporen amenazas o intimidaciones a los ciudadanos o a los electores, ya que como es evidente con ellos ni se respeta la libertad de los demás, ni se contribuye a la formación de una opinión pública que merezca el calificativo de libre» (FJ 15). Del mismo modo, la utilización de símbolos, mensajes o elementos que representen o se identifiquen con la exclusión política, social o cultural, deja de ser una simple manifestación ideológica para convertirse en un acto cooperador con la intolerancia excluyente, por lo que no puede encontrar cobertura en la libertad de expresión, cuya finalidad es contribuir a la formación de una opinión pública libre.

Es obvio que las manifestaciones más toscas del denominado «discurso del odio» son las que se proyectan sobre las condiciones étnicas, religiosas, culturales o sexuales de las personas. Pero lo cierto es que el discurso fóbico ofrece también otras vertientes, siendo una de ellas, indudablemente, la que persigue fomentar el rechazo y la exclusión de la vida política, y aun la eliminación física, de quienes no compartan el ideario de los intolerantes.

En estos términos deben valorarse los hechos ocurridos el 13 de septiembre de 2007 en la plaza mayor de la ciudad de Girona, donde, tras haber situado en la plaza mayor de la ciudad de Girona una estructura metálica en la que se sujeta una fotografía de las efigies en tamaño real de los Monarcas, puesta «boca abajo», los ofi-ciantes, encapuchado uno y embozado otro, le prenden fuego mediante una antorcha, al tiempo que otras personas aprueban la acción con gritos y aplausos.

La escenificación de este acto simbólico traslada a quien visiona la grabación videográfica la idea de que los Monarcas merecen ser ajusticiados, sin que deba dejar de advertirse además que el lóbrego acto provoca un mayor impacto en una sociedad democrática, como la española, que

de forma expresa excluye en su Constitución la pena de muerte (art. 15 CE).

Quemar en público, en las circunstancias descritas, la fotografía o la imagen de una persona comporta una incitación a la violencia contra la persona y la institución que representa, fomenta sentimientos de agresividad contra la misma y expresa una amenaza.

En definitiva, quemar públicamente el retrato de los Monarcas es un acto no sólo ofensivo sino también incitador al odio, en la medida en que la cremación de su imagen física expresa, de un modo difícilmente superable, que son merecedores de exclusión y odio.

Hemos de reiterar que los recurrentes actuaron al término de la manifestación previa, cuya legitimidad no se cuestiona, y lo hicieron de manera premeditada. Ello denota que los demandantes aprovecharon la celebración de la previa reunión para, una vez concluida, realizar la actuación descrita. La ausencia de espontaneidad en el comportamiento de los demandantes es patente, puesto que la quema de la fotografía no surge de forma instantánea en el contexto de la manifestación y al hilo de la crítica sobre el modelo constitucional de Estado o como expresión de la ideología antimonárquica e independentista de los recurrentes. Dicho acto fue, por el contrario, fruto de una actividad diseñada de antemano y orientada a mostrar el mayor grado de hostilidad frente a la institución de la Corona.

Los hechos así expuestos avalan categóricamente el significado netamente incitador al odio, pues en el relato histórico de la Sentencia recaída en la instancia, expresamente aceptado por el Tribunal de apelación, no figura dato alguno que sustente la tesis que los demandantes esgrimen en pro del legítimo ejercicio del derecho de crítica hacia la institución monárquica. Y ello porque, al margen de la quema de la fotografía, aquéllos no profirieron ninguna expresión, discurso, mensaje u opinión de la que quepa inferir una censura u oposición políticamente articulada contra la Monarquía o los Reyes; lisa y llanamente actuaron con el propósito de incitar a la exclusión sirviéndose de una escenificación lúgubre y con connotaciones violentas.

Importa subrayar estas circunstancias porque las mismas cualifican el presente asunto, alejándolo significativamente del supuesto recientemente resuelto por la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 15 de marzo de 2011 (caso *Otegui c. España*), en el que el referido Tribunal consideró que la conducta del recurrente estaba amparada por el derecho a la libertad de expresión (art. 10 CEDH). Los ahora recurrentes no eran representantes electos, ni formaban parte de ningún grupo parlamentario. Tampoco concurren, en el presente caso, las singulares circunstancias especialmente valoradas en la Sentencia citada, acerca del contexto en que se produjeron las declaraciones del entonces demandante (sospecha de torturas con motivo del cierre del diario «Egunkaria»). Pero —y esto es lo más importante— en aquel supuesto el recurrente expresó su opinión sobre un asunto sujeto al debate político, y sus manifestaciones, en palabras del propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos, venían referidas a una cuestión de interés público en el País Vasco aunque fueran expuestas de manera provocativa y exagerada. Sin embargo, en el presente caso no concurre ninguna de las circunstancias indicadas, ni ninguna otra de similar naturaleza que permita reconducir la quema de los retratos al contexto de crítica política que los demandantes invocan. Por tanto, la acción merecedora de reproche penal ha de ser valorada conforme a su naturaleza intrínseca, es decir, como una muestra de exclusión de quienes los recurrentes identifican con la Corona. En estas condiciones, debemos concluir que la vertiente expresiva de la acción queda extramuros del legítimo ejercicio del derecho consagrado en el art. 20.1 a) CE.

5. A continuación, pasamos a dar respuesta a la primera de las lesiones denunciadas en la demanda que, en síntesis, se funda en el siguiente alegato: la condena impuesta por los órganos judiciales constituye un castigo por la expresión pública de unas convicciones antimonárquicas, lo que vulnera el derecho a la libertad ideológica de los demandantes (arts. 16.1 CE). Este Tribunal ha tenido ocasión de destacar la importancia del derecho consagrado en el art. 16.1 CE. Como

afirmamos en la STC 20/1990, de 20 de febrero, FJ 3: «hay que tener presente que sin la libertad ideológica consagrada en el art. 16.1 CE, no serían posibles los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico que se propugnan en el art. 1.1 de la misma para constituir el Estado social y democrático de derecho que en dicho precepto se instaure. Para que la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político sean una realidad efectiva y no la enunciación teórica de unos principios ideales, es preciso que a la hora de regular conductas y, por tanto, de enjuiciarlas, se respeten aquellos valores superiores sin los cuales no se puede desarrollar el régimen democrático que nos hemos dado en la Constitución de 1978. Interpretar las leyes según la Constitución conforme dispone el art. 5.1 LOPJ, exige el máximo respeto a los valores superiores que en ella se proclaman».

Asimismo, en la STC 120/1992, de 27 de junio, FJ 8, enmarcamos el alcance y contenido de la faceta externa de ese derecho en los siguientes términos: «[c]iertamente, la libertad ideológica, como así viene a latir en el planteamiento de los recurrentes, no se agota en una dimensión interna del derecho a adoptar una determinada posición intelectual ante la vida y cuanto le concierne y a representar o enjuiciar la realidad según personales convicciones. Comprende, además, una dimensión externa de *agere licere*, con arreglo a las propias ideas sin sufrir por ello sanción o demérito ni padecer la compulsión o la injerencia de los poderes públicos. El art. 16.1 CE garantiza la libertad ideológica sin más limitaciones en sus manifestaciones que las necesarias para el mantenimiento del orden público protegido por la ley (STC 20/1990, fundamento jurídico 3). En este sentido no hay inconveniente en reconocer, para dar respuesta a la cita que en la demanda se hace de la libertad de expresión —ausente, sin embargo, de la relación de violaciones constitucionales que se pretende declare este Tribunal—, que entre tales manifestaciones, y muy principalmente, figura la de expresar libremente lo que se piense. A la libertad ideológica que consagra el art. 16.1 CE le corresponde «el correlativo derecho a expresarla que garantiza el

art. 20.1 a) (STC 20/1990, fundamento jurídico 5), aun cuando ello no signifique que toda expresión de ideología quede desvinculada del ámbito de protección del art. 16.1, pues el derecho que éste reconoce no puede entenderse 'simplemente absorbido' por las libertades del art. 20 (STC 20/1990, fundamento jurídico 3), o que toda expresión libremente emitida al amparo del art. 20 sea manifestación de la libertad ideológica del art. 16.1».

Por último, este Tribunal ha tenido ocasión de delimitar bajo qué premisas la actuación de los poderes públicos atenta contra dicho derecho: «[a]hora bien, para que los actos de los poderes públicos puedan ser anulados por violaciones de la libertad ideológica es cuando menos preciso, de una parte, que aquéllos perturben o impidan de algún modo la adopción o el mantenimiento en libertad de una determinada ideología o pensamiento, y no simplemente que se incida en la expresión de determinados criterios. De otra, se exige que entre el contenido y sostenimiento de éstos y lo dispuesto en los actos que se combatan quepa apreciar una relación de causalidad» (STC 137/1990, de 19 de julio, FJ 8; y ATC 19/1992, de 27 de enero, FJ 2).

Una vez sintetizada nuestra doctrina, hemos de afirmar que las penas impuestas a los demandantes no vulneran el derecho fundamental a la libertad ideológica (art. 16.1 CE), pues sin perjuicio del trasfondo antimonárquico de su comportamiento, de todo punto evidente, el reproche penal que realizan las Sentencias impugnadas no se fundamenta en el posicionamiento ideológico de los recurrentes, sino en el contenido de un acto episódico de naturaleza simbólica. En el ordenamiento español no existe ninguna prohibición o limitación para constituir partidos políticos que acojan idearios de naturaleza republicana o separatista, ni para su expresión pública, como evidencia la celebración de la manifestación que tuvo lugar inmediatamente antes de la comisión de los hechos sancionados. En suma, pues, la condena penal carece del proscrito efecto disuasorio respecto de la exteriorización de un determinado credo político en torno a la institución monárquica o, más concretamente, respecto de

la figura del Rey, ya que tal condena se anuda, exclusivamente, al tratamiento de incitación al odio y a la exclusión de un sector de la población mediante el acto de que fueron objeto los retratos oficiales de los Reyes.

Por último, resulta oportuno abordar otros dos aspectos cuya importancia no es baladí. En primer lugar debe advertirse sobre el riesgo evidente de que el público presente percibiera la conducta de los recurrentes como una incitación a la violencia y el odio hacia la Monarquía y hacia quienes la representan. Aunque no consta que se produjeran incidentes de orden público, la connotación destructiva que comporta la quema de la fotografía de los Reyes es innegable y, por ello, tal acción pudo suscitar entre los presentes reacciones violentas e «incompatibles con un clima social sereno y minar la confianza en las instituciones democráticas» (STEDH de 16 de julio de 2009, caso *Feret c. Bélgica* § 77), o, en fin, avivar el sentimiento de desprecio o incluso de odio hacia los Reyes y la institución que representan, exponiendo a SS.MM. «a un posible riesgo de violencia» (STEDH de 8 de julio de 1999, caso *Sürek c. Turquía* § 62), pues, como ha advertido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, «la incitación al odio no requiere necesariamente el llamamiento a tal o cual acto de violencia ni a otro acto delictivo» (STEDH de 16 de julio de 2009, caso *Feret c. Bélgica* § 73).

Por otra parte, según doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la imposición de penas de prisión por infracciones cometidas en el ámbito del discurso político sólo es compatible con la libertad de expresión garantizada por el art. 10 del Convenio en circunstancias excepcionales, especialmente cuando se han lesionado gravemente otros derechos fundamentales, como en el supuesto de que se difunda un discurso de odio o de incitación a la violencia, como es el caso (STEDH de 15 de marzo de 2011, caso *Otegi c. España*, §§ 58 a 60, por remisión a los casos *Bingöl c. Turquía*, núm. 36141/2004, ap. 41, de 22 de junio de 2010, y, *mutatis mutandis*, *Cumpănă y Mazăre c. Rumania* [GS], núm. 33348/1996, ap. 115, TEDH 2004-XI). En cualquier caso, en el presente supuesto la inicial pena

de prisión fijada en aplicación de lo previsto en el art. 490.3 CP ha sido sustituida por multa de treinta meses a razón de una cuota diaria de 3 euros, por lo que la cuantía final sería de 2.700 euros. Esta modalidad de sanción se estima proporcionada a la entidad del hecho y el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos no la ha considerado contraria al Convenio (STEDH en el caso *Otegi c. España*, §§ 58 a 60), pues aunque la multa no elimina la inscripción de la condena penal en el Registro de antecedentes penales (*mutatis mutandis*, S TEDH de 26 de junio de 2007, caso *Artun y Guvener c. Turquía*, § 33, y de 19 de febrero de 2009, caso *Martchenko c. Ucrania*, § 52), sí mitiga notablemente sus efectos. Al margen de tal dato, no puede olvidarse que la cuantía de la pena resultante no deriva exclusivamente de la subsunción en el tipo penal de los hechos, sino también a la apreciación de la circunstancia agravante de ejecutar el hecho mediante disfraz (art. 22.2 CP), que obliga a imponer una pena superior por razones diversas a la calificación de la quema de la fotografía de los Reyes como un delito de injurias, en concreto, en tanto es una circunstancia que favorece la ejecución del delito y la impunidad de sus autores. En conclusión, por las razones ya expuestas debemos proclamar que la conducta que determinó la condena de los demandantes no está amparada constitucionalmente por los derechos invocados en la demanda a la libertad de expresión o de creencias, por lo que no merece la protección dimanante de los arts. 16.1 y 20.1 a) CE.

FALLO:

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

Ha decidido

Desestimar el recurso de amparo interpuesto por don XXXX y don XXXX.

Publíquese esta sentencia en el «Boletín Oficial del Estado»

Dada en Madrid, a veintidós de julio de dos mil quince.-Francisco Pérez de los Cobos Orihuel.-Adela Asua Batarrita.-Encarnación Roca Trías.-

Andrés Ollero Tassara.-Fernando Valdés Dal-Ré.-Juan José González Rivas.-Santiago Martínez-Vares García.-Juan Antonio Xiol Ríos.-Pedro José González-Trevijano Sánchez.-Ricardo Enríquez Sancho.-Antonio Narvárez Rodríguez.-Firmado y rubricado.

VOTO PARTICULAR:

Voto particular que formula la Magistrada doña Adela Asua Batarrita a la Sentencia dictada en el recurso de amparo avocado por el Pleno, núm. 956-2009, al que se adhiere el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré

En ejercicio de la facultad contemplada en el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y con pleno respeto a los compañeros de Pleno cuya opinión mayoritaria ha conformado la argumentación que sustenta la Sentencia, manifiesto mi discrepancia con parte de su fundamentación jurídica y con el fallo. Considero que procedía la estimación del recurso otorgando el amparo solicitado por vulneración del derecho a la libertad ideológica y de expresión [arts. 16.1 y 20.1 a) CE] ya que la conducta de los recurrentes de prender fuego a una foto oficial de los Reyes, ante otras personas, al término de una manifestación antimonárquica pacífica, se inserta en el amplio campo de protección que la Constitución garantiza al ejercicio de aquellas libertades.

1. Los derechos a la libertad de opinión, de expresión y de información conforman el sustrato básico de la sociedad abierta propia del moderno Estado constitucional, son inherentes al valor superior del pluralismo político que consagra el art. 1.1 de nuestra Constitución. El grado de firmeza y la amplitud en la tutela de estas libertades se convierten en fieles indicadores de la solidez del sistema democrático, en el que la crítica y la expresión de la disidencia garantizan la legitimidad política del sistema. Cuando se trata de manifestación de opiniones sobre aspectos políticos o institucionales, sobre la actuación de gobernantes o de quienes desempeñan poderes constitucionales, el ámbito de la libertad de expresión carece prácticamente de límites. Como

tantas veces ha repetido este Tribunal, la crítica malsonante, la manifestación políticamente incorrecta, los gestos o actos desabridos, de mal gusto o de impactante exageración no quedan expulsados del campo legítimo de la libertad de expresión. Lo cual no significa, naturalmente, que no puedan ser objeto de rechazo, censura o de reprobación por sectores más o menos extensos de la opinión pública, en la dialéctica propia del necesario contraste de opiniones y convicciones. Claro es que también operan ciertos límites, como se advierte en los mismos arts. 16.1 y 20.4 CE, límites que remiten a las condiciones básicas de seguridad de la convivencia democrática y que marcan la frontera exterior donde cesa la tutela constitucional. Un primer límite es el de la ausencia de violencia, en sí misma incompatible con el significado del derecho. La violencia vehicula un mensaje, sin duda, que de inmediato queda descalificado como ejercicio del derecho fundamental, como también se descalifica un discurso acompañado de actos de violencia o de provocación de un riesgo inminente para la seguridad de personas o cosas, o de una amenaza verosímil. Otro límite generalmente aceptado remite al «discurso del odio», presente en los mensajes que incitan a la discriminación y a la exclusión —cuando no a la agresión o la eliminación— de determinados colectivos por razón de sus características étnico-culturales, religiosas, origen nacional, sexo u orientación sexual, o factores análogos de vulnerabilidad. Así considerado, el llamado «discurso del odio», es un exponente histórico del reverso de la democracia, o del peligro de su quiebra.

La frontera de la violencia, pero también de la provocación a la misma, como límite externo de la libertad de expresión fue definida con precisión por el Juez Holmes en un célebre voto particular a una Sentencia del Tribunal Supremo norteamericano de principios del pasado siglo [*Abrams v. US* 250 US 616 (1919)]. En su opinión disidente, mantenía que «al igual que debe castigarse la provocación al asesinato, no puede oponerse reparo constitucional al castigo de aquel discurso que produzca, o que intente producir un riesgo claro e inminente de desencadenar

un daño sustancial que el Estado constitucionalmente debe tratar de impedir». En aquel caso, mantuvo en solitario la necesidad de verificar esos dos requisitos ineludibles —peligro evidente e inminente (*clear and present danger*)— precisamente para argumentar su desacuerdo con la resolución del Tribunal que consideró conforme a la primera Enmienda la condena a prisión por la preparación y difusión de panfletos críticos con medidas del gobierno relacionados con la guerra europea. Aunque la aceptación de la doble exigencia requirió varias décadas, hoy día ha quedado consolidado como estándar operativo para demarcar el campo del discurso protegido en el marco constitucional e internacional de los derechos humanos.

En cuanto a la segunda limitación, que expulsa el «discurso del odio» del campo de protección de los derechos de libertad, si bien las primeras referencias remiten a la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1965, su desarrollo se precisa en la Recomendación núm. R (97) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa. Aquilatando los equilibrios entre la tutela de la libertad de expresión y la necesaria atención a la memoria de las víctimas del genocidio nazi y de los posteriores crímenes contra la humanidad en suelo europeo al final del siglo, el repudio del discurso del odio pasa a ser admitido en la jurisprudencia europea como un inexcusable límite a la tutela del ejercicio de aquel derecho. La experiencia histórica con discursos y prácticas xenófobas de segregación como antesala de barbarie, han conducido a identificar el discurso del odio con cualquier forma de expresión que incite, promueva o propague el odio racial, la xenofobia, u otras formas de odio basadas en la intolerancia, mediante la creación de un clima de hostilidad y exclusión, generador de un efecto cierto de amenaza que perturba el ejercicio de la igualdad de derechos de los miembros de determinados colectivos socialmente vulnerables.

Sobre estos límites a la libertad de expresión y su significado versaron buena parte de las intervenciones durante los debates mantenidos en el Pleno sobre el presente recurso de amparo, por ello

he creído conveniente este previo recordatorio; pero también porque finalmente la Sentencia de la que discrepo fundamenta el sentido del fallo en el entendimiento de que la quema de la foto real fue expresión de un verdadero «discurso del odio», y a la vez exteriorización de una amenaza y de provocación a la violencia. Interpretación que a mi juicio, no solo carece totalmente de sustento fáctico, sino que desfigura el concepto del «discurso del odio» y distorsiona peligrosamente su alcance. A ello me referiré a continuación con mayor detalle.

2. Comparto evidentemente el contenido de los fundamentos jurídicos 2 y 3 de la Sentencia donde se reitera nuestra doctrina sobre la especial dimensión institucional de la libertad de expresión como garantía de la formación de una opinión pública libre y del pluralismo, y las referencias a la amplitud del derecho que acoge la crítica molesta y la exageración; así como los aspectos concernientes a los cargos públicos o representantes institucionales, incluido el Jefe de Estado, en cuanto al mayor nivel de crítica y de incomodidad o molestia que deben soportar, con expresa cita de nuestra doctrina y de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Y, por supuesto, comparto el criterio de que la violencia y el discurso del odio constituyen claros límites a la libertad de expresión, siendo especialmente adecuada a tal efecto la cita de la STEDH caso *Murat Vural c. Turquía*, §§ 44-51 donde se recuerda que el art. 10 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales protege no solo las ideas sino también la forma o el vehículo elegido para plasmarlas.

Dicho esto, mi discrepancia se proyecta sobre los fundamentos jurídicos 4 y 5 de la Sentencia, momento en el que la aplicación del canon y de los criterios definidos en los fundamentos precedentes los somete a una reformulación que los convierte en irreconocibles, previa reinterpretación de los datos constatados en los hechos probados recogidos en las resoluciones judiciales objeto de impugnación. Concretamente, y pese al límite que nos impone sobre este extremo el art. 44.1 b) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucio-

nal, se reconstruyen los hechos probados para describir una versión que claramente se distancia del enfoque previo, ceñido al carácter injurioso o vejatorio atribuido al acto precisamente para condenar a los recurrentes por el delito del art. 490.3 del Código penal (CP). En cambio, en el fundamento jurídico 4 de nuestra Sentencia, inopinadamente, el parámetro de enjuiciamiento ha virado para «dilucidar si los hechos acaecidos son expresión de una opinión política legítima que pudiera estimular el debate tendente a transformar el sistema político, o si, por el contrario persiguen desencadenar un reflejo emocional de hostilidad, incitando y promoviendo al odio y la intolerancia incompatibles con el sistema de valores de la democracia». Perspectiva no invocada ni aludida por ninguna de las partes, pero que va a conducir a afirmar que los hechos tuvieron un «significado netamente incitador al odio». Un entendimiento del discurso del odio muy alejado de las definiciones contempladas en instrumentos internacionales ya avanzadas antes y sobre las que volveré posteriormente.

La reconstrucción fáctica y jurídica incluye la atribución de intención o finalidad, como elementos subjetivos que, se afirma, subyacen a la provocación a la violencia y al odio, lo cual no solo resulta insólito, por convertir a este Tribunal en una especie de tercera instancia que revisa hechos y elementos subjetivos *inaudita parte*, sino que aboca, ante todo, a una clara alteración de la calificación jurídica de los hechos, y, a continuación, a una incongruencia omisiva, porque deja sin responder al objeto del amparo: si la condena por delito de injurias al Rey, es decir el respeto al honor del Rey y/o el honor institucional de la monarquía, puede operar como límite a la libertad de expresión política. El desarrollo argumental de la Sentencia discurre por otros derroteros, por la exploración de la capacidad del discurso simbólico de convertirse en «discurso de odio» y de provocación a la violencia. La provocación a la violencia contra las personas sobrepasa, sin duda, los límites de la libertad de expresión, pero para afirmar la presencia de una provocación a la violencia es ineludible verificar seriamente el

eventual riesgo de la escalada violenta, en cuanto a su claridad y a su conexión de inmediatez.

3. Las dos resoluciones judiciales previas —la Sentencia del Juzgado Central de lo Penal de la Audiencia Nacional, y la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional— rechazaron que los hechos pudieran quedar amparados por la libertad de expresión del art. 20 CE, por tratarse de una extralimitación ya que «en abuso del ejercicio del derecho se pretende menoscabar y despreciar la dignidad de otro, en este caso la Institución de la Corona». Abuso de derecho y vejación innecesaria son los argumentos de la precaria fundamentación de las resoluciones impugnadas. En la Sentencia desestimando la apelación constan votos particulares de varios Magistrados rechazando que se produjera menosprecio intrínsecamente vejatorio o afectación al núcleo de la dignidad personal de los Reyes, de su fama u honor.

En la Sentencia aprobada por la mayoría de este Tribunal se considera que el castigo impuesto a los recurrentes por la comisión de un delito de injurias al Rey y a sus familiares no vulnera sus derechos a la libertad ideológica (art. 16 CE) y de expresión [art. 20.1 a) CE], pero no por razón de la vejación o deshonor alegados en las Sentencias impugnadas, sino porque «quemar públicamente el retrato de los Monarcas es un acto no sólo ofensivo sino también incitador al odio, en la medida en que la cremación de su imagen física expresa, de un modo difícilmente superable, que son merecedores de exclusión y de odio». Implícitamente se rechaza, por tanto, que la ofensa al honor o al prestigio de los Reyes, o de la institución monárquica pueda operar como límite a la tutela de la libertad de expresión. El silencio al efecto es revelador, como lo es la búsqueda de otro asidero para poder afirmar que hubo «extralimitación» o, incluso más, que los recurrentes «lisa y llanamente actuaron con el propósito de incitar a la exclusión sirviéndose de una escenificación lúgubre y con connotaciones violentas». Conclusión tan alejada de la realidad, según puede interpretarla quien se atenga a leer los hechos probados de la Sentencia de instancia, que tiene difícil explicación. La explicación

que se ofrece es que «al margen de la quema de la fotografía aquéllos no profirieron ninguna expresión, discurso, mensaje u opinión de la que quepa inferir una censura u oposición políticamente articulada contra la Monarquía o los Reyes». Poco más adelante, tras la referencia al caso *Otegui c. España*, se marcan las diferencias reiterando que no concurren en este caso la atribución de conductas o una crítica respecto a hechos acontecidos previamente, «ni ninguna otra [circunstancia] de similar naturaleza que permita reconducir la quema de los retratos al contexto de crítica política que los demandantes invocan». La quema del retrato no puede verse como mensaje de opinión política según la mayoría del Pleno, pese al carácter antimonárquico de la manifestación previa en la que consta que ambos demandantes de amparo participaron, dado que precisamente gracias a la grabación de la misma fueron identificados. Especialmente grave resulta la asertividad voluntarista de las afirmaciones.

En el fundamento jurídico 5 se retorna a la línea diseñada de eludir la realidad o de, lo que es más grave, reelaborarla. Así, en relación a la vulneración de la libertad ideológica, rechazando que la sanción impuesta pudiera desplegar efecto inhibitorio o de «desaliento» en el ejercicio del derecho, se niega esa posibilidad «ya que tal condena se anuda exclusivamente, al tratamiento de incitación del odio y a la exclusión de un sector de la población mediante el acto de que fueron objeto los retratos oficiales del Rey». Basta leer las Sentencias de instancia y de apelación, o el extracto de ellas reproducido en los antecedentes de nuestra Sentencia para comprobar la ausencia de toda referencia a incitaciones al odio, o exclusión ¿de un sector de la población?; y las explícitas referencias al menosprecio de la dignidad, a la injuria o vejación innecesaria, calificaciones acordes con el sentido del fallo condenatorio.

Resulta igualmente preocupante, desde el prisma de las garantías procesales y de la tutela judicial efectiva el descubrimiento que la Sentencia de la que disiento hace de elementos intencionales hasta entonces desconocidos, como los «propósitos de incitar a la exclusión»; al parecer de la

exclusión «de quienes los recurrentes identifican con la Corona».

Asimismo, en cuanto al «riesgo evidente de que el público presente en la concentración percibiera la conducta de los recurrentes como una incitación a la violencia y el odio a la Monarquía y hacia quienes la representan» se encadenan hipótesis dudosas e inverificables como que: «pudo suscitar en los presentes reacciones violentas» o similares, una extrapolación de los hechos que no indican la presencia de un clima en el que tal hipótesis pudiera alcanzar visos de realidad. Lejos se sitúan tales hipótesis de la exigencia de constatación de que el peligro que se alegue debe reunir los caracteres de ser real, apoyado en datos fehacientes, y además acuciante, inminente. Difícilmente puede compartirse que los Reyes corrieran algún peligro cierto y próximo, consecutivo al acto de la quema del retrato; no hay atisbo de datos en los hechos probados que permitan asentar el temor en algún suelo más seguro que el de la mera suposición.

4. En cuanto al discurso del odio, como es sabido, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos reproduce la definición que ofrece la Recomendación núm. R (97) 20 del Consejo de Europa: «el término 'discurso del odio' abarca cualquier forma de expresión que propague, incite, promueva o justifique el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia que se manifiestan a través del nacionalismo agresivo y el etnocentrismo, la discriminación y la hostilidad contra las minorías y los inmigrantes o personas de origen inmigrante» (STEDH caso *Feret c. Bélgica*, de 16 de julio de 2009, § 44). Por ello, calificar la quema del retrato real como una expresión del «discurso de odio», como se hace en la actual Sentencia, no puede considerarse sino un ejercicio errático en la búsqueda de una cobertura jurídica que se antoja imposible, tratando de justificar de cualquier manera la desestimación del presente recurso de amparo. Equiparar bajo el mismo concepto el discurso antimonárquico —aquí y ahora— con el discurso dirigido a fomentar la discriminación y exclusión social de colectivos secularmente vulnerables, revela una

lamentable utilización de conceptos acuñados sobre realidades dramáticas que en modo alguno admiten comparación con los insultos a una institución o a unas personas de tan alta relevancia pública.

En definitiva, la posición defendida por la opinión mayoritaria parece asumir implícitamente que la tutela del honor o el prestigio de la Monarquía propiamente no puede prevalecer sobre la libertad de expresión, pues no otra conclusión puede obtenerse del enfoque argumental ceñido al discurso de odio y de la violencia que la quema de la foto real expresaría. Una conclusión coherente con esa argumentación debería haber conducido a estimar el amparo porque la condena penal por injurias impuesta a los recurrentes queda sin sustento para negar el legítimo ejercicio de la libertad de expresión. Conforme al argumento de la Sentencia, dado que la extralimitación proviene de la amenaza o provocación, la calificación penal pertinente compatible con tal forma de razonar debería haber sido la de un delito de amenazas, o la de un delito contra la integridad física en estadio de provocación. Si nos atenemos a la tesis del «discurso del odio», la previsión penal del art. 510 CP, que castiga como delito la provocación al odio y a la violencia contra colectivos vulnerables a la discriminación, ciertamente quedaría fuera de consideración. Hipótesis que solo a efectos dialécticos pueden ser objeto de comentario, pues en ningún caso puede tomarse en serio su concurrencia, como he pretendido poner de relieve.

Concluyo retomando mi primera reflexión: la maximización de la tutela del ejercicio de la libertad de expresión va asociada a la madurez de la democracia, pero asimismo es condición ineludible para que el sistema democrático alcance la madurez cuando todavía se está en el camino, como puede ser nuestro caso. Advertía en su día el Juez Holmes que «debemos estar siempre vigilantes contra los intentos de impedir las expresiones que aborrecemos». Cometido distintivo de la democracia es garantizar por igual la opinión crítica y la reprobación tanto de los malos gobiernos como de los gobiernos ejemplares si tal calificación fuera posible; tanto respecto a las pro-

puestas que agradan a la mayoría como respecto a las que solo una minoría aplaude. Esta premisa subyace a mi disentimiento de las resoluciones impugnadas en el presente recurso que no entraron a ponderar debidamente el significado de los derechos constitucionales en juego, carencia que correspondía sanar a este Tribunal estimando el amparo que se nos solicitaba.

Madrid, a veintidós de julio de dos mil quince.-
Adela Asua Batarrita.-Fernando Valdés Dal-Ré.-
Firmado y rubricado.

Voto particular discrepante que formula la Magistrada doña Encarnación Roca Trias a la Sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 956-2009

En el ejercicio de la facultad que me reconoce el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y con el mayor respeto a la opinión de la mayoría, debo manifestar que discrepo del enfoque ofrecido por la Sentencia para la resolución del presente caso y, por ende, de su fallo. Entiendo que el mismo debería haber tenido en cuenta, y no sólo como cuestión secundaria, sino principal y de partida, el derecho a la libertad ideológica garantizado por el art. 16.1 CE.

A mi juicio, y como ya expuse en la deliberación, se hacía necesaria, como así se estimó en la STC 20/1990, de 15 de febrero, FJ 3, una «visión globalizada de ambos derechos», sin quedar «absorbida» la libertad ideológica por la libertad de expresión. No es baladí tal consideración. De la utilización de uno u otro enfoque pueden derivar consecuencias diferentes. Se ha de tener presente que el art. 16.1 CE garantiza la libertad ideológica «sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley». Es decir, la libertad ideológica, al igual que la religiosa y de culto (STC 46/2001, de 15 de febrero, FJ 5), no se encuentra sometida a más restricciones que las que puedan derivarse de la citada cláusula, pues, según se afirmó en la STC 20/1990, en la que se enjuiciaba la posible extralimitación del derecho a la libertad ideológica y de expresión en relación con la comisión de un delito de injurias leves al Jefe del Estado por el demandante de amparo,

«[l]a limitación, por la singularidad y necesidad con que se precisa en el propio precepto que la determina, no puede hacerse coincidente en términos absolutos... con los límites que a los derechos de libertad de expresión y de información reconocidos por el art. 20.1 a) y d) CE, impone el núm. 4 de esta norma. La equiparación entre una y otras limitaciones, requiere, en todo caso, que... cuando el hecho imputado a un ciudadano afecte principalmente a su derecho a la libertad ideológica, su enjuiciamiento ha de ponderar y analizar también principalmente de qué manera a través de su manifestación externa se ha vulnerado el 'orden público protegido por la Ley'». Recordemos que el art. 20.4 CE establece que dichas libertades «tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia».

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado también que «cuando el art. 16.1 CE garantiza las libertades ideológicas, religiosa y de culto 'sin más limitación, en sus manifestaciones, que el orden público protegido por la ley', está significando con su sola redacción, no sólo la trascendencia de aquellos derechos de libertad como pieza fundamental de todo orden de convivencia democrática (art. 1.1 CE), sino también el carácter excepcional del orden público como único límite al ejercicio de los mismos, lo que, jurídicamente, se traduce en la imposibilidad de ser aplicado por los poderes públicos como una cláusula abierta que pueda servir de asiento a meras sospechas sobre posibles comportamientos de futuro y sus hipotéticas consecuencias» (STC 46/2001, FJ 11).

Con la misma finalidad, la cláusula del orden público se ha establecido como límite constitucional al ejercicio del derecho de reunión y manifestación (art. 21.2 CE); de manera tal, que el Tribunal ha señalado que la prohibición de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones, sólo podrán ser prohibidas cuando existan razones fundadas de su alteración, con peligro para las personas o bienes y no sean fruto de «una mera sospecha o

posibilidad de que se vayan a producir alteraciones de orden público» (STC 301/2006, de 23 de octubre, FJ 2; y, el mismo sentido, STC 96/2010, de 15 de noviembre, FJ 3); «solamente razones convincentes e imperativas pueden justificar las restricciones a esa libertad» (SSTC 170/2008, FJ 3; y 96/2010, FJ 3). Conviene recordar en este punto, que la quema de la foto de SS.MM. los Reyes se llevó a cabo en una concentración al finalizar el transcurso de una manifestación que se encontraba encabezada por una pancarta que decía «300 años de Borbones, 300 años combatiendo la ocupación española», celebrada en protesta de la visita real a la ciudad de Girona.

Este canon o estándar no ha sido, sin embargo, el utilizado por la Sentencia de la que discrepo, que centra su argumentación en la constatación de que, desde el prisma del ejercicio del derecho a la libertad de expresión, los hechos acaecidos comportan «una incitación a la violencia contra la persona y la Institución que representa» y «avalan categóricamente el significado netamente incitador al odio» (FJ 3); límites establecidos como tales por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en atención al reconocimiento de la dignidad de todos los seres humanos como fundamento de una sociedad democrática y pluralista. No creo que el contenido de ambos cánones sea exactamente el mismo. Los límites del derecho a la libertad de expresión, cuando está concernida la libertad ideológica, deben ser, a mi juicio, sensiblemente distintos y así, entiendo, se puede deducir de la Constitución tal como es interpretada en las Sentencias anteriormente citadas. Evitando entrar en valoraciones sobre si nos encontramos realmente ante un supuesto que pueda reconocerse como de incitación al odio o la violencia, como así lo ha estimado la mayoría, creo que el límite establecido constitucionalmente en relación con el ejercicio del derecho a la libertad ideológica y a la expresión de la misma —es decir, el del orden público— es menos restrictivo que el mantenido en la Sentencia de la que discrepo.

No siempre el ejercicio de la libertad de expresión deriva del de la libertad ideológica, pero cuando parte de su ejercicio, la posibilidad de limitación

del derecho, debe ser menor, y así, salvo la imposición por la violencia de los propios criterios y la alteración del «orden público», debe permitirse su libre exposición «en los términos que impone una democracia avanzada» (STC 20/1990, FJ 5). Como se ha señalado por el Tribunal, «[a] la libertad ideológica que consagra el art. 16.1 CE le corresponde «el correlativo derecho a expresarla que garantiza el art. 20.1 a)» (STC 20/1990, fundamento jurídico 5), aun cuando ello no signifique que toda expresión de ideología quede desvinculada del ámbito de protección del art. 16.1, pues el derecho que éste reconoce no puede entenderse «simplemente absorbido» por las libertades del art. 20 [STC 20/1990, fundamento jurídico 3], o que toda expresión libremente emitida al amparo del art. 20 sea manifestación de la libertad ideológica del art. 16.1» (SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 10; y 137/1990, de 19 de julio, FJ 8). En el presente caso, no se encontraba en juego únicamente el ejercicio de la libertad de expresión de meros pensamientos, ideas u opiniones, sino el de la expresión de una concreta ideología, es decir, quedaba afectada la libertad ideológica.

Considero, en definitiva, que la limitación establecida por la Constitución en el ejercicio de la libertad ideológica (art. 16.1 CE) permitía, en un caso como el presente, una posición basada en el principio *clear and present danger*, tal como sostiene la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, fundada en la protección prioritaria de la libertad, pues:

1.º Lo que se enjuiciaba era la expresión de una determinada posición ideológica (art. 16.1 CE); en este caso, el de unas convicciones antimonárquicas.

2.º Que fue expresada a través de una actuación simbólica y, por ello, de contenido, significado y alcance mucho más opinable que el resultante de un texto escrito. Y, además, a través de la quema de un retrato oficial; en este sentido, se hace preciso traer a colación que el tipo penal previsto en el art. 490.3 del Código Penal, por el que fueron condenados los demandante de amparo, lo que sanciona es la calumnia o injuria al Rey o a cualquiera de sus ascendientes o descendientes,

a la Reina consorte o al consorte de la Reina, al Regente o a algún miembro de la Regencia, o al Príncipe heredero de la Corona, en el ejercicio de sus funciones o con motivo u ocasión de éstas.

3.º En un espacio público, y, en concreto, al término de una manifestación cuyo objetivo era mostrar el rechazo a la visita del Monarca a Cataluña. La escenificación tenía, pues, relación con un asunto de relevancia pública en aquél momento;

4.º Y sin que, además, tras ella se produjeran conflictos o altercados de ningún tipo.

Se trata, como manifesté en el Pleno, de una decisión compleja, llena de aristas y discutible, como así lo demuestran los diferentes modelos de ponderación a los que me he referido —estadounidense y europeo—, sobre cuyo estudio y comparación se ha ocupado la doctrina científica. Dicho esto, y dado que la Constitución permitía, a mi juicio, una interpretación como la ya referida, mi postura ante esta difícil decisión ha sido optar, en este caso, por el reconocimiento de la libertad ideológica y la protección de su manifestación, pues, como se ha dicho por este Tribunal, «sin la libertad ideológica consagrada en el art. 16.1 de la Constitución, no serían posibles los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico que se propugnan en el art. 1.1 de la misma para constituir el Estado social y democrático de derecho que en dicho precepto se instaura», pues «[p]ara que la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político sean una realidad efectiva y no la enunciación teórica de unos principios ideales, es preciso que a la hora de regular conductas y, por tanto, de enjuiciarlas, se respeten aquellos valores superiores sin los cuales no se puede desarrollar el régimen democrático que nos hemos dado en la Constitución de 1978» (STC 20/1990, FJ 3).

Madrid, a veintidós de julio de dos mil quince.- Encarnación Roca Trías.-Firmado y rubricado.

Voto particular que formula el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos a la Sentencia dictada en el recurso de amparo avogado núm. 956-2009

Con respeto a la opinión mayoritaria de mis compañeros del Tribunal en la que se sustenta

la Sentencia, manifiesto mi discrepancia con la fundamentación jurídica y con el fallo. Considero que hubiera debido ser estimatoria por vulneración del derecho a la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE].

1. Los derechos a la libertad de expresión e información están íntimamente ligados a la democracia. La sensibilidad y la forma con que los poderes de un Estado abordan y tratan estos derechos son un indicador de la calidad de su democracia; por eso me alarma la tendencia restrictiva de estos derechos en la más reciente jurisprudencia constitucional. Es una deriva de la que no se libran ni las empresas de telecomunicaciones (STC 73/2014, de 4 de junio), ni los profesionales de la información (SSTC 176/2013, de 21 de octubre, 19/2014, de 10 de febrero, o 18/2015, de 16 de febrero), ni los miembros de organizaciones sociales (STC 65/2015, de 13 de abril). Por ese motivo, he hecho pública mi discrepancia con diversas resoluciones de este Tribunal en esa materia (así, SSTC 73/2014 y 65/2015).

De nuevo, me veo en la obligación de acudir a la posibilidad legal que me brinda el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOT) para mostrar mi disidencia con otro ejemplo de esa tendencia. En esta ocasión los afectados son dos ciudadanos condenados penalmente por la utilización de una forma de expresión —la destrucción o quema de fotos de representantes políticos o de símbolos políticos— que es ampliamente aceptada en los estándares internacionales de derechos humanos como una inocua manifestación del derecho a la libertad de expresión.

2. La opinión mayoritaria en que se sustenta la Sentencia considera que la sanción penal impuesta a los recurrentes —privativa de libertad y sustituida por una sanción económica— por la comisión de un delito de injurias al Rey y a sus familiares (art. 490.3 del Código Penal: CP, en la redacción dada por la Ley Orgánica 10/1995), con motivo de haber quemado la foto institucional del Jefe del Estado y su consorte tras una manifestación antimonárquica e independentista en Cataluña, no vulnera sus derechos a la libertad ideológica (art. 16 CE) y de expresión [art. 20.1 a) CE]. El argumento para sustentar esta afirma-

ción, separándose por completo de cuál fue la línea de razonamiento en la vía judicial para fundamentar la condena de los recurrentes, es que esa conducta simbólica no supone el «legítimo» ejercicio de esos derechos, al ser una manifestación del denominado «discurso del odio», que es uno de los límites intrínsecos a ese ejercicio.

No me voy a extender en este Voto particular sobre dos aspectos que comparto con la opinión mayoritaria, como son (i) que el lenguaje simbólico, incluyendo la destrucción mediante el fuego de fotos y otros emblemas, es un acto comunicativo que implica el ejercicio del derecho a la libertad de expresión; y (ii) que el discurso del odio, en cualquiera de sus manifestaciones, incluyendo su expresión a través del lenguaje simbólico, supone una legítima restricción del derecho a la libertad de expresión. Mi discrepancia radica en que, a mi juicio, (i) la concreta conducta de destrucción mediante el fuego de una foto institucional del Jefe del Estado y su consorte como la realizada por los recurrentes y en el contexto en que fue desarrollada no es una manifestación del «discurso del odio» que suponga un ejercicio incurso en extralimitación o abusivo y, por tanto, «ilegítimo» del derecho a la libertad de expresión; (ii) que esa concreta extralimitación y por esa causa, hipotéticamente, no justifica la respuesta penal por aplicación del delito de injurias al Rey y a sus familiares que fue establecida en la vía judicial previa; y (iii) que esa concreta respuesta penal, además, no resulta necesaria y proporcionada ponderando los derechos, valores e intereses constitucionales en conflicto.

l. La banalización del discurso del odio.

3. La opinión de la mayoría, al argumentar que la conducta de los recurrentes supuso un ejercicio de la libertad de expresión incurso en extralimitación por incitar al odio contra el Jefe del Estado, banaliza el discurso del odio y su significación como restricción legítima de la libertad de expresión.

La jurisprudencia constitucional y la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) han establecido dos notas distintivas para poder calificar un acto comunicativo como «discurso del odio»: (i) que suponga una incitación directa a la vio-

lencia y (ii) que se dirija contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas, creencias o actitudes vitales en particular. Así, en la STC 235/2007, de 7 de noviembre, se afirmó, «que la libertad de expresión no puede ofrecer cobertura al llamado «discurso del odio», esto es, a aquel desarrollado en términos que supongan una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas o creencias en particular. En este punto, sirve de referencia interpretativa del Convenio la Recomendación núm. R (97) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 30 de octubre de 1997, que insta a los Estados a actuar contra todas las formas de expresión que propagan, incitan o promueven el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia (SSTEDH caso *Gündüz c. Turquía*, de 4 de diciembre de 2003, § 41; caso *Erbakan c. Turquía*, de 6 de julio de 2006)» (FJ 5).

En coherencia con ello, el análisis que ha proyectado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el discurso del odio, sea tomando como enfoque el abuso del derecho del art. 17 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH) —por ser una manifestación «tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el convenio»— o las propias limitaciones que a la libertad de expresión se establecen en el art. 10.2 CEDH, aparece siempre referido a supuestos de actos comunicativos que pudieran ser interpretados como de incitación a la violencia contra grupos y colectivos basados en consideraciones étnicas, religiosas, nacionales, raciales, de orientación sexual, etc., o justificativos de tratamientos discriminatorios y limitativos del disfrute de los derechos humanos por parte de estos grupos y los individuos que los integran. En ese contexto, cuando se ha pretendido aplicar la doctrina del discurso del odio a supuestos de una eventual incitación u hostilidad contra personas singulares no integradas en grupos vulnerables se ha negado que se trate de manifestaciones del discurso del odio (STEDH caso *Otegi Mondragón c. España*, de 15 de marzo de 2011, § 54); o se ha contrapuesto, precisamente, a otras restriccio-

nes legítimas de la libertad de expresión para la protección de intereses individuales, como son la difamación o la incitación a ejercer violencia contra personas individuales y determinadas (STEDH caso *Delfi As c. Estonia*, de 16 de junio de 2015). Por otra parte, en lo que se refiere a que el acto suponga por sí mismo una incitación directa al ejercicio de la violencia como resultado del discurso del odio —solo por citar supuestos de actos simbólicos que pueden servir de parámetro de enjuiciamiento en este caso— la STEDH caso *Fáber c. Hungría*, de 24 de julio de 2012, estimó que no podía ser calificado como una manifestación del discurso del odio el hecho de mostrar una bandera de polémicas connotaciones al paso de una manifestación antirracista. E, igualmente, la STEDH caso *Murat Vural c. Turquía*, de 21 de octubre de 2014, tampoco consideró que fuera un ejercicio ilegítimo de la libertad de expresión la conducta de cubrir de pintura efigies o estatuas de personajes representativos del Estado. Esa misma conclusión ha sido defendida por la STEDH caso *Christian Democratic People's Party c. Moldavia* (núm. 2), de 2 de febrero de 2010, § 27, en relación con la destrucción mediante el fuego de retratos de representantes políticos institucionales y banderas. Esta jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no hace sino entroncar con la visión más extendida de que este tipo de actos comunicativos son comportamientos socialmente conocidos que han sido considerados como manifestación de la libertad de expresión por otros Tribunales Constitucionales, señaladamente el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América [Sentencias dictadas en el caso *United States v. O'Brien*, 391 U.S. 367 (1968), en relación con cartilla militar; en el caso *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989), y en el caso *United States v. Eichman*, 496 U.S. 310 (1990), en relación con la bandera nacional]. Por tanto, no puedo compartir que la conducta que dio lugar a la condena penal de los recurrentes pueda ser considerada ni calificada como una genuina manifestación del discurso del odio. No reúne las notas esenciales de que (i) estuviera dirigida contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas, creencias o actitudes vitales

en particular; ni de que, como se argumentará más extensamente a continuación, (ii) supusiera una incitación directa a la violencia.

4. La argumentación de la opinión mayoritaria en la que se sustenta la Sentencia, acerca de que la conducta de los recurrentes suponía una incitación a la violencia y expresaba una amenaza a las personas de los Reyes no resulta aceptable, ya que (i) se basa en una reconstrucción de los hechos declarados probados en la vía judicial previa, vedada por el art. 44.1 b) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), mediante la cual se pretende, recurriendo a la escenificación y al lenguaje emotivo, dotar al acto enjuiciado de una significación que está muy alejada de una comprensión normal de este tipo de conductas; y (ii) utiliza argumentos justificativos totalmente descontextualizados y desconectados de una normal interpretación del acto desarrollado por los recurrentes, pues se basa en exacerbar determinados elementos de carácter meramente simbólico.

La exacta descripción del relato de hechos probados ha sido reproducida en el antecedente 2 b). Los elementos fácticos que fueron considerados relevantes por el órgano judicial —el cual, con la inmediatez constitucionalmente exigible, tenía la competencia de enjuiciamiento— son: (i) desde el punto de vista del contexto, que la conducta de los recurrentes se produjo —entrecorriendo palabras del propio relato de hechos probados de la sentencia de instancia— «con motivo de la visita institucional de S.M. el Rey a la ciudad de Girona» y «en el curso de una concentración en la Plaza de Vino de esa capital. A dicha concentración le había precedido una manifestación encabezada por una pancarta que decía '300 años de Borbones, 300 años combatiendo la ocupación española'»; (ii) desde el punto de vista de la apariencia de los recurrentes, que «iban con el rostro tapado para no ser identificados»; (iii) desde el punto de vista de la dinámica del acto, que «quemaron previa colocación boca abajo... una fotografía de SS.MM. los Reyes de España» y que «tras colocar la citada fotografía de gran tamaño de SS.MM. los Reyes en la forma expuesta, en el centro de la plaza se procedió por XXXX a rociarla con un líquido inflamable y por XXXX a

prenderle fuego con una antorcha procediendo a su quema»; y (iv) desde el punto de vista de las consecuencias, que dicha conducta se desarrolló «mientras eran jaleados con diferentes gritos por las varias decenas de personas que se habían reunido en la citada plaza».

Frente a estos elementos del relato de hechos probados —a los que, insisto, por mandato del art. 44.1 b) LOTC está sujeto este Tribunal— la opinión de la mayoría opone que dos recurrentes desarrollaron esa conducta —vuelvo a citas entrecorridas de la sentencia que se funda en dicha opinión— «tras haber situado en la plaza mayor de la ciudad de Gerona una estructura metálica en la que se sujeta una fotografía de las efigies de tamaño real de los Monarcas, puesta «boca abajo»» (FJ 4, párrafo sexto). A partir de ello se hace también referencia a que «la escenificación de este acto simbólico traslada a quien visiona la grabación videográfica la idea de que los Monarcas merecen ser ajusticiados» (FJ 4, párrafo séptimo).

Desde luego, ni la referencia a un supuesto traslado por los recurrentes de esa estructura metálica aparece en las resoluciones impugnadas ni, en lo que a mí se me alcanza, ha sido objeto de visionado por este Tribunal ningún tipo de grabación videográfica de los hechos ni ningún otro medio de prueba a partir del cual se puedan extraer consecuencias constitucionales de tal relevancia como son las relativas a la existencia de una incitación directa a la violencia, que, hay que recordarlo e insistir en ello, no fue apreciada ni mencionada en la vía judicial previa.

5. Esta reconstrucción de los hechos probados es la que sirve a la opinión de la mayoría para concluir la existencia de una incitación directa a la violencia contra el Rey, expresiva de una amenaza, tomando como fundamento los siguientes argumentos: (i) la escenificación del acto simbólico de la quema boca debajo de la fotografía; (ii) la premeditación y falta de espontaneidad de la conducta que se desarrolló con una preparación previa y con la cara oculta; y (iii) la inexistencia de ningún tipo de declaración o manifestación verbal posterior de la que se pudiese inferir que

se trataba de una mera oposición política a la monarquía.

Con este razonamiento, la opinión mayoritaria exagera determinados elementos simbólicos, muy repetidos en este tipo de manifestaciones de protesta, hasta elevarlos a la categoría de incitación personal al odio y calificarlos como expresión de una amenaza. Así, el hecho de que los recurrentes colocaran la fotografía boca abajo, una posición que la sentencia de apelación califica expresamente de «claudicante», y por tanto, aun sin decirlo expresamente, ofensiva o denigrante, no resulta concluyente. Esta circunstancia aparece directamente conectada con una expresión de la reivindicación política de los recurrentes en favor del derrumbamiento o de la caída del sistema monárquico vigente en España y, en consecuencia, es una manifestación de su opinión hostil a la institución monárquica que simboliza la fotografía de sus majestades los Reyes y está en la línea del activismo político que anima toda la conducta de los recurrentes, según afirma la sentencia de primera instancia, confirmada en apelación. Teniendo en cuenta esta opinión u opción ideológica de los recurrentes, abiertamente contraria a la Corona —opinión legítima en el marco que garantiza la Constitución— no aparece circunstancia alguna en las Sentencias recurridas que permita apreciar que la colocación de la fotografía en posición invertida busque otra cosa que manifestar una posición de rechazo de la institución como órgano constitucional. Invertir una fotografía, como una bandera, es una reiterada forma de manifestar el disgusto que acompaña estos actos reivindicativos, ajeno a la pretensión de que en conexión con ello se desarrollen actos de violencia personal.

El hecho de que los demandantes de amparo actuaran encapuchados es, en el criterio de la opinión mayoritaria, otro elemento relevante que prueba, se dice, hasta qué punto los propios recurrentes eran conscientes del carácter ilícito de su acción y premeditaron su conducta. Esta conclusión carece, sin embargo, de significación concluyente. La aplicación de los tipos penales, con carácter general, no depende de la percepción subjetiva que tengan los protagonistas sobre el

grado de ilicitud de su conducta. Por otra parte, como testimonian las resoluciones judiciales que cita la Sentencia de primera instancia, existen en la jurisprudencia ordinaria casos de condena penal por hechos similares que podían explicar la percepción de quienes así actuaban, por lo que atribuir valor decisivo a aquella circunstancia equivaldría a dar valor concluyente a esos precedentes judiciales, claudicando del enjuiciamiento constitucional que nos corresponde.

Del mismo modo, tampoco resulta definitivo el argumento de que junto con la quema de la foto no se pronunciara ninguna expresión o mensaje del que cupiera inferir la oposición política a la institución monárquica por parte de los recurrentes. No creo que sea necesario insistir en el activismo político de estos ni en que el acto se realizó —como se infiere de la Sentencia de primera instancia y admite expresamente la Sentencia de apelación— sin solución de continuidad con una manifestación antimonárquica e independentista, en que se identificaba a la dinastía borbónica con la ocupación española del territorio catalán, ni en la suficiencia comunicativa, al margen de cualquier tipo de expresión verbal, de este tipo de actos simbólicos.

Por último, no me parece adecuado ni suficientemente ponderado el contexto de la proliferación internacional de actos muy semejantes al protagonizado por los recurrentes —y que son ampliamente difundidos por los medios de comunicación hasta hacer de ellos una imagen cotidiana— que la opinión de la mayoría sustente que este acto simbólico traslada «la idea de que los Monarcas merecen ser ajusticiados» y que ello «provoca un mayor impacto en una sociedad democrática, como la española, que de forma expresa excluye en su Constitución la pena de muerte (art. 15 CE)» (fundamento jurídico 4, párrafo séptimo, de la Sentencia). Me resulta penoso que a la banalización del odio se le una ahora una banalización de la pena de muerte. Ninguna de ellas es necesaria ni contribuye a justificar una desestimación de este recurso de amparo. Extraer del hecho de la quema de unas fotografías la conclusión de que los recurrentes estaban pretendiendo la muerte de los Reyes es un para-

logismo que desborda más allá de lo imaginable la comprensión que un espectador neutral puede formarse en el ámbito del discurso racional.

6. Frente a esta forma extrema de razonamiento, considero, de manera más ponderada, que, ciertamente, un acto de destrucción puede sugerir una acción violenta y, en consecuencia, susceptible en hipótesis de albergar mensajes que no merecen protección constitucional. Pero, como es obvio, no es jurídicamente indiferente manifestar la protesta o el sentimiento crítico utilizando medios o instrumentos inocuos para la seguridad y dignidad de las personas o hacerlo incitando a la violencia o atentando contra la dignidad de las personas que integran la institución simbolizada. No cabe controvertir que el tipo de conductas como las desarrolladas por los recurrentes tiene una carga negativa evidente; pero en el caso concreto no fue acompañada de una invitación a la violencia ni suscitó reacciones de esta naturaleza ni desembocó en perturbaciones del orden público, pues ninguna consecuencia de ese tipo fue reflejada o valorada por los órganos judiciales para justificar su condena, sino solo la existencia de manifestaciones ruidosas de adhesión por parte de personas concurrentes. La Sentencia del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional recurrida refiere que los dos demandantes de amparo, después de quemar la fotografía, «seguidamente [se] retiran e intenta[n] confundirse con el resto de los asistentes».

Es relevante también que la acción de los recurrentes se desarrolló en el marco y con ocasión de una concentración ciudadana convocada en protesta por la visita de los Reyes a la ciudad de Girona encabezada por una pancarta con el lema «300 años de Borbones, 300 años de ocupación española» y, por tanto, en un contexto de activismo político. En ese marco, el derecho a la libertad de expresión alcanza una mayor amplitud y resulta especialmente resistente a las restricciones que en otras circunstancias habrían de operar. El contexto de actuación de los recurrentes se relaciona, además, con cuestiones de relevancia general sobre la forma política del Estado y la vigencia de los órganos constitucionales como elementos definidores de nuestro sistema constitucional.

Esta circunstancia también debe ser objeto de consideración al ponderar los intereses en juego, al igual que el hecho de que no aparece que la conducta enjuiciada implicase una crítica directa sobre aspectos personales o íntimos de los Reyes, sino que todos los datos recogidos en las sentencias de primera instancia y de apelación ponen de manifiesto que se trataba de una manifestación de hostilidad al órgano constitucional que encarnan. Estos elementos atestiguan y acentúan el carácter de crítica institucional y política de la conducta de los recurrentes ajena al núcleo de la dignidad de las personas y desde luego a su integridad física o seguridad personal. En este marco resultan ampliados los límites de la crítica constitucionalmente protegida, pues no es la misma la posición constitucional que ocupa el honor de las personas que la que ocupa la dignidad o el prestigio de las instituciones. Así, como se afirma en la STEDH caso *Morice c. Francia*, de 23 de abril de 2015, «en términos generales, si bien es legítimo que las instituciones del Estado, como garantes del orden público institucional, sean protegidas por las autoridades competentes, la posición dominante ocupada por esas instituciones requiere que las autoridades muestren una moderación en recurrir a procesos penales (véase S TEDH caso *Castells v. España*, 23 de abril de 1992, § 46, serie A no. 236; caso *InCal v. Turkey* [GC], 9 de junio de 1998, § 54, informes 1998-IV; caso *Lehideux e Isorni c. Francia*, 23 de septiembre de 1998, § 57, informes 1998-VII; caso *Öztürk v. Turquía* [GC], 28 de septiembre de 1999, § 66, ECHR 1999-VI; y caso *Otegi Mondragón c. España*, Nº 2034/07, § 58, TEDH 2011)» (§ 127). A esos efectos, tampoco cabe olvidar, como es reiterado por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que no puede establecerse una protección privilegiada de los jefes de Estado frente al ejercicio de los derechos a la libertad de expresión e información (así, S TEDH caso *Colombani c. Francia*, de 25 de junio de 2002; caso *Artun y Güvener c. Turquía*, de 26 de junio de 2007; caso *Gutiérrez Suárez c. España*, de 1 de junio de 2010; caso *Eon c. Francia*, de 14 de marzo de 2013; caso *Couderc Et Hachette Filipacchi Associés c. Francia*, de 12 de junio de

2014). Creo que, en este sentido, es paradigmática la siguiente cita de la STEDH caso *Couderc Et Hachette Filipacchi Associés c. Francia*, de 12 de junio de 2014: «El Tribunal concluye igualmente que el interés de un Estado por proteger la reputación de su propio Jefe de Estado o del de un Estado extranjero no puede justificar conferir a este último un privilegio o una protección especiales frente al derecho a informar y a expresar opiniones sobre ellos. Pensar otra cosa no se conciliaría con la práctica y la concepción política actual» (§ 58).

Esta jurisprudencia ha sido ampliada a aquellos casos, como es el de una monarquía constitucional o determinadas repúblicas, en las que el papel que juega el Monarca o el Jefe del Estado es de neutralidad política (así, S TEDH caso *Pakdemirli c. Turquía*, de 22 de febrero de 2005; o caso *Otegi Mondragón c. España*, de 15 de marzo de 2011). Así, la citada STEDH caso *Otegi Mondragón c. España* ha proclamado, en relación con una previa condena por injurias al Rey del art. 490.3 CP, que «[e]l Tribunal considera que el hecho de que el Rey ocupe una posición de neutralidad en el debate político, una posición de árbitro y símbolo de la unidad del Estado, no podría ponerlo al abrigo de toda crítica en el ejercicio de sus funciones oficiales o —como en el caso— como representante del Estado que simboliza, en particular para los que rechazan legítimamente las estructuras constitucionales de este Estado, incluido su régimen monárquico» (§ 56).

En conclusión, una valoración intelectual de los hechos declarados probados en la vía judicial previa solo permite concluir que la finalidad predominantemente política del mensaje que se lanzaba con la conducta desarrollada por los recurrentes no comportó, a pesar de su hostilidad a la institución monárquica, la difusión de un discurso de incitación a la violencia contra la Corona o sus titulares ni expresó amenaza alguna contra ellos. Y, en esa medida, al tratarse de un mero acto de rechazo hacia la institución monárquica, constitucionalmente protegido, no puede legitimar por sí solo ninguna restricción del ejercicio de la libertad de expresión mediante la imposición de una sanción penal.

II. Una condena frente a la libertad de expresión incoherente con el interés protegido por el tipo penal.

7. El discurso del odio, en los términos expuestos y ya criticados, ha sido el argumento utilizado por la opinión mayoritaria para justificar que la conducta de los recurrentes supuso un ejercicio del derecho a la libertad de expresión incurso en extralimitación y, por tanto, que resultaba legítima la restricción de este derecho.

Pues bien, al margen de mi discrepancia ampliamente desarrollada respecto de esa conclusión, todavía debo incidir en una segunda cuestión sobre la que disiento de la opinión mayoritaria. Estimo que en esta posición no se ha ponderado adecuadamente que lo enjuiciado en este proceso constitucional no era la conducta de los recurrentes, sino la reacción estatal frente a ella, lo que ha desfigurado, hasta hacerlo irreconocible, el juicio de constitucionalidad que hubiera sido preciso realizar. Por tanto, debo detenerme en unas breves reflexiones sobre lo que supone la reacción penal frente al ejercicio del derecho a la libertad de expresión y el alcance revisor de un tribunal de garantías ante este tipo de supuestos y las disfunciones que genera la resolución de este Tribunal.

8. La opinión mayoritaria, siguiendo una doctrina jurisprudencial que comparto plenamente, acepta que el análisis de constitucionalidad que debe realizar este Tribunal bajo la invocación de derecho a la libertad de expresión no se circunscribe a examinar la razonabilidad de la motivación de la resolución judicial. Debe resolver, con plena autonomía, el eventual conflicto entre los derechos e intereses constitucionales afectados atendiendo al contenido que corresponde a cada uno de ellos, aunque para este propósito sea preciso utilizar criterios distintos a los aplicados por los órganos judiciales.

Esta autonomía —respetando los hechos declarados probados, tal como exige el art. 44.1 b) LOTC— está, sin embargo, limitada también por la propia naturaleza de la resolución judicial que da lugar al recurso de amparo. A esos efectos, no puede obviarse que el objeto de impugnación en este recurso es una condena penal por injurias al

Rey y a sus familiares. En el Voto particular que formulé a la STC 65/2015, de 13 de abril, expuse con amplitud que en los supuestos en que el Estado reacciona recurriendo al derecho penal frente a conductas que considera un ejercicio de la libertad de expresión abusivo o incurso en extralimitación, el análisis constitucional no puede limitarse a una mera ponderación del eventual conflicto entre el contenido de este derecho fundamental y el de los valores o intereses constitucionales que legitiman su restricción. En tales casos, es necesario que se escrute la legitimidad constitucional de la reacción penal del Estado para la protección de esos valores o intereses que se pretenden salvaguardar con la restricción de la libertad de expresión.

En aquel supuesto, puse en relación la legitimidad constitucional de la reacción penal con la exigencia de efectuar un juicio de necesidad y de proporcionalidad en que se ponderara si el eventual exceso o abuso en el ejercicio de la libertad de expresión era de tal magnitud —y la lesión correlativa que generaba en ese otro valor o interés constitucional era de tal importancia— que resultaba justificado acudir a la imposición de penas privativas de libertad o multas penales. Ahora debo añadir que, dentro de esa labor de escrutinio de la legitimidad constitucional de la respuesta penal que compete a este Tribunal, debe incluirse también la exigencia de que exista una línea de coherencia entre el concreto límite que este Tribunal considera que justifica la restricción de la libertad de expresión y el precepto penal por el que se ha sido condenado. Considero que esta elemental exigencia no ha sido respetada en este caso.

Me explico. El art. 20.4 CE establece diversos límites constitucionales a los derechos a la libertad de expresión y de información. Unos tienen que ver con intereses o derechos subjetivos —derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen— y otros con intereses colectivos —la protección a la juventud y a la infancia—. Cabe también fundamentar una legítima restricción del derecho a la libertad de expresión en otros intereses constitucionales, incluyendo el previsto en el art. 16.1 CE para la libertad ideológica —el mantenimiento

del orden público protegido por la ley— y el que se aprecia en la opinión mayoritaria referido al «discurso del odio». La eventual lesión de esos derechos subjetivos o intereses constitucionales legitimadores de la restricción del derecho a la libertad de expresión puede dar lugar a una reacción punitiva con los límites y en la medida en que esté previsto en la legislación sancionadora de referencia. Ahora bien, por tratarse de una respuesta punitiva, no resulta indiferente cuál sea el concreto límite que se afirma que ha traspasado la conducta enjuiciada. Es evidente que no es lo mismo entender justificada una restricción de la libertad de expresión mediante la reacción penal por lesionarse un derecho de la personalidad de una concreta persona que por resultar vulnerado un interés colectivo. Tampoco lo es cuando esa lesión se refiere al derecho al honor o la dignidad personal o cuando se refiere a su seguridad personal. En cada uno de esos supuestos los tipos sancionadores son, lógicamente, diferentes y es obligado que exista una correspondencia o conexión de coherencia entre el interés constitucional cuya protección justifica la restricción de la libertad de expresión y el que está protegido en el concreto tipo penal en que se fundamenta la reacción punitiva del Estado. A cualquiera se le alcanza que este Tribunal no puede considerar constitucionalmente aceptable una condena penal basada en que se ha lesionado el honor de un sujeto o la dignidad de una institución, cuando viene a concluir que no es el honor de ese sujeto o la dignidad de esa institución el interés constitucional que legitima la injerencia en la libertad de expresión del sujeto activo, sino su integridad física por haber sido sujeto pasivo de una incitación a que se ejerzan actos violentos contra él.

9. Este principio de coherencia no ha sido respetado por la opinión mayoritaria y la consecuencia, a todas luces anómica y disfuncional, ha sido que se ha acabado justificando constitucionalmente una sanción penal basada en el art. 490.3 CP —por haberse lesionado un interés institucional como es el prestigio de la institución monárquica—, cuando, por el contrario, el fundamento que dicha opinión defiende como legitimador de la injerencia en el ámbito de la libertad de ex-

presión es la incitación directa a la violencia y la expresión de una amenaza contra el Rey, lo que, en su caso, tiene su ámbito específico de protección penal en el art. 490.2 CP que regula las amenazas contra el Rey y sus familiares.

Insisto en ello: como el objeto directo de nuestro enjuiciamiento criminal no era la conducta de los recurrentes, sino la reacción penal consistente en su condena por un delito de injurias del art. 490.3 CP, incluso aceptando que esa conducta fuera una manifestación del discurso del odio, solo se podría estar de acuerdo con la premisa de que el acto de los recurrentes supuso un ejercicio de la libertad de expresión incurso en extralimitación, pero no con la conclusión de que está justificada la concreta reacción penal que era el objeto de nuestro análisis de constitucionalidad. Por tanto, una posición como la defendida por la opinión mayoritaria y reflejada en la sentencia, que alteraba de manera sustancial el razonamiento en virtud del cual se justificaba la restricción de la libertad de expresión y la condena en vía judicial, hubiera debido llevar, en su caso, a la anulación de las resoluciones judiciales impugnadas.

III. Una respuesta sancionadora desproporcionada en relación con el ejercicio de un derecho fundamental.

10. El último de los aspectos respecto de los que discrepo de la posición de la mayoría consiste en que mantengo que, en el caso en que estuviera justificada una restricción de la libertad de expresión frente a este tipo de conducta, la respuesta estatal consistente en una reacción punitiva con una pena privativa de libertad (quince meses de prisión) sustituida por una sanción pecuniaria de 2.700 euros, no resulta proporcionada.

En efecto, este Tribunal ha establecido una serie de reglas que deben ser tomadas en consideración por los órganos judiciales penales a la hora de enjuiciar este tipo de conductas para efectuar el adecuado juicio de ponderación. Entre ellas cabe destacar que:

(i) El eventual conflicto entre las libertades reconocidas en el art. 20 CE, de expresión e información, y otros derechos y bienes jurídicamente protegidos, no puede resolverse mediante la con-

sideración de que sean absolutos los derechos y libertades contenidos en la Constitución, pero tampoco puede atribuirse ese carácter absoluto a las limitaciones a que han de someterse esos derechos y libertades. De ese modo, en la aplicación de los tipos penales que suponen un límite al ejercicio de las libertades de expresión e información, no cabe estimar preponderante en todo caso uno de los derechos en cuestión, protegiendo siempre la buena fama afectada, o el derecho a informar o a expresarse libremente, sino que, tomando en consideración todas las circunstancias, deberá ponderarse si la conducta enjuiciada se ha llevado a cabo dentro del ámbito protegido constitucionalmente o, por el contrario, si se ha transgredido ese ámbito, pero valorando que mientras la conducta se atenga a los fines y objetivos constitucionalmente previstos no podrá considerarse que ha afectado ilegítimamente la buena fama o el honor de una persona, o el prestigio de una institución, de modo que quepa una sanción penal al respecto (STC 105/1990, de 6 de junio, FJ 3).

(ii) La determinación de que una conducta se ha desarrollado dentro del ámbito protegido constitucionalmente por la libertad de expresión ha de realizarse teniendo presente el haz de garantías y posibilidades de actuación o resistencia que otorga, de modo tal que no puede incluirse entre los supuestos sancionables aquellos que son un legítimo ejercicio de la libertad de expresión, ya que los hechos probados no pueden ser a un mismo tiempo valorados como actos de ejercicio de un derecho fundamental y como conductas constitutivas de un delito (STC 29/2009, de 26 de enero, FJ 3).

(iii) Incluso en el caso en que se concluyera que la conducta no constituye el legítimo ejercicio del derecho fundamental y aun cuando esté prevista legítimamente como delito en un precepto penal, no puede reaccionarse sancionando penalmente esa conducta sin realizar un previo juicio de proporcionalidad (STC 110/2000, de 5 de mayo, FJ 5). El enjuiciamiento que debe desarrollar el juzgador penal en relación con este tipo de delitos debe tener también muy presente el criterio de la proporcionalidad, que tiene especial

aplicación cuando se trata de proteger derechos fundamentales frente a limitaciones o constricciones, procedan estas de normas o de resoluciones singulares. Conforme a este principio, debe negarse legitimidad constitucional a las limitaciones o sanciones que incidan en el ejercicio de los derechos fundamentales de forma poco comprensible de acuerdo con una ponderación razonada y proporcionada de los mismos y exigir que toda acción penalmente deslegitimadora del ejercicio de un derecho fundamental, adoptada en protección de otro derecho fundamental que se enfrente a él, sea equilibradora de ambos derechos y proporcionada con el contenido y finalidad de cada uno de ellos (STC 85/1992, de 8 de junio, FJ 4). La dimensión objetiva de los derechos fundamentales y su carácter de elementos esenciales del ordenamiento jurídico permiten afirmar que no basta con la constatación de que la conducta enjuiciada sobrepasa las fronteras de la expresión constitucionalmente protegida, sino que ha de garantizarse que la reacción frente a dicha extralimitación no pueda producir por su severidad un sacrificio innecesario o desproporcionado de la libertad de la que privan, o un efecto disuasorio o desalentador del ejercicio de los derechos fundamentales implicados en la conducta sancionada (SSTC 2/2001, de 15 de enero, FJ 3; o 108/2008, de 22 de septiembre, FJ 3). En última instancia, atendiendo al carácter especialmente afflictivo de una sanción penal, tampoco cabe concebir un sistema en que solo conviva el terreno de lo constitucionalmente protegido y el de lo punible penalmente (STC 104/2011, de 20 de junio, FJ 6).

(iv) El instrumento penal solo será constitucionalmente lícito cuando, tras realizar de una manera adecuada los juicios de ponderación y proporcionalidad anteriormente señalados, pueda concluirse que la conducta enjuiciada se desarrolló bajo la sola apariencia del ejercicio de un derecho fundamental, habida cuenta de que, por su contenido, por la finalidad a la que se orienta o por los medios empleados, suponía desnaturalizar el ejercicio del derecho y se situaba, objetivamente, al margen del contenido propio del mismo (STC 185/2003, de 27 de octubre, FJ 5).

El hecho de que la sanción privativa de libertad fuera sustituida por una multa penal de 2.700 euros no resulta significativo a los efectos del necesario juicio de necesidad y proporcionalidad, ya que, como ha reiterado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, lo relevante es que la utilización y el recurso a la máxima expresión del poder punitivo del Estado determina un efecto disuasorio en el ejercicio de estos derechos fundamentales (así, STEDH caso *Morice c Francia*, de 23 de abril de 2015, § 127).

11. No voy a volver a insistir en que la conducta de los demandantes se desarrolló en el contexto de las libertades ideológicas y de expresión y en que con ella no se incidió de manera directa en ningún derecho constitucional subjetivo del titular de la jefatura del Estado o en el prestigio de la institución. En ese sentido, recurrir al derecho penal para sancionar el contenido comunicativo del acto simbólico desarrollado es una medida innecesaria y desproporcionada en una sociedad democrática. Entre las posibles limitaciones constitucionales que pueden imponerse al ejercicio de unos derechos tan vinculados al sistema democrático como son las libertades ideológica y de expresión no cabe colocar la mera y simple defensa de las instituciones, aunque sean básicas en la actual concepción constitucional del Estado, frente a las más acerasadas críticas, máxime tomando en consideración, como ya se ha afirmado, que nuestra Constitución no se configura como una democracia militante (STC 235/2007, de 7 de noviembre, FJ 4).

De ese modo, la única y eventual limitación oponible al ejercicio de estos derechos por parte de los recurrentes no podría venir derivada del hecho de la idea u opinión que se manifestaba, sino solo de la forma en que se hizo. A ese respecto, como ya se ha expuesto, una de las limitaciones constitucionales a cualquier manifestación de las libertades ideológica y de expresión es la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley. Desde esa perspectiva, el relato de hechos probados recogido en las resoluciones impugnadas recoge determinados elementos que, con independencia del inocuo contenido del mensaje que se pretendía transmitir por los demandantes

con su conducta, hipotéticamente podrían haber sido valorados como susceptibles de poner en riesgo la seguridad de bienes ajenos y personas, como son las circunstancias de que se portara líquido inflamable y una antorcha encendida y que se prendiera fuego en el marco de una alta concentración de personas a una foto que se dice de grandes dimensiones. Todas estas circunstancias sobre el modo en que se desarrolló el acto comunicativo hubieran quizá servido, hablando en términos hipotéticos, para su eventual subsunción en algún tipo sancionador penal o administrativo de gravedad y naturaleza muy distinta.

Ahora bien, como ya se ha expuesto, la función que debe desarrollar un tribunal de garantías constitucionales en este tipo de supuestos de reacción penal ante el ejercicio supuestamente incurso en extralimitación del derecho a la libertad de expresión no puede ser la búsqueda imaginativa de cualquier límite hipotéticamente concurrente que no haya sido el que concretamente justificaba la reacción penal y fue objeto de contradicción en el proceso de instancia. Por tanto, al igual que antes ha sucedido con el discurso del odio, no merece la pena insistir en una opción o posibilidad ajena al proceso penal seguido, a los principios de contradicción y defensa a los que este está sujeto, y, por lo tanto, a nuestro enjuiciamiento.

12. En conclusión, al no constar la demostración de la concurrencia de circunstancias aptas para probar el exceso en la conducta expresiva de los recurrentes ni desde la perspectiva del honor o prestigio de la Corona o su titular —como ha sido sostenido en vía judicial— ni desde la perspectiva del «discurso del odio» —como sostiene la posición de la mayoría en que se funda la Sentencia— debe concluirse que la condena penal de los recurrentes por la conducta enjuiciada supuso una decisión judicial ilegítimamente restrictiva del ejercicio de las libertades ideológica y de expresión, por innecesaria y desproporcionada. Y, por tanto, lo procedente hubiera sido otorgar el amparo solicitado y la anulación de las resoluciones judiciales recurridas.

Madrid, a veintidós de julio de dos mil quince.-
Juan Antonio Xiol Ríos.-Firmado y rubricado.