

# JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencias, año 2016

**Ramón CASAS VALLÉS (UB), Antonio Ismael RUIZ ARRANZ (UAM), Ana María SANZ (Escuela Judicial), Agustín SERRANO DE HARO (Escuela Judicial), Roberto SIERRA GABARDA (Escuela Judicial), Carles VENDRELL CERVANTES (UAM)**

**STC 11/2016, de 1 de febrero.**

**RA: Estimado.**

**Ponente: Ollero Tassara. Votos discrepantes de Pérez de los Cobos y Roca y concurrente de Ollero.**

**Conceptos: Aborto. Negativa judicial a entregar los restos para su incineración. Derecho fundamental a la intimidad personal y familiar. Libertad ideológica. Principio de igualdad. Derecho al respeto a la vida privada y familiar.**

**Preceptos de referencia: Arts. 14, 16.1 y 18.1 CE. Art. 8 CEDH.**

La interpretación de las normas constitucionales reguladoras de derechos fundamentales a la luz de los tratados internacionales sobre derechos humanos (art. 10.2 CE) plantea no pocos problemas en aquellos casos en los que, como en el presente, no existe una plena coincidencia entre los derechos recogidos en dichos instrumentos. Esta es, precisamente, una de las cuestiones que se tratan en la sentencia reseñada con ocasión del «juego» entre el derecho fundamental a la intimidad familiar (art. 18.1 CE) y el derecho al respeto a la vida familiar (art. 8.1 CEDH) en un supuesto de negativa judicial a entregar, para su posterior incineración, los restos humanos de un aborto.

**1) Antecedentes del caso.**—El punto de partida de esta resolución se encuentra en la decisión adoptada por la recurrente, en fecha 4 de octubre de 2013, de someterse a una interrupción voluntaria legal del embarazo a consecuencia de las malformaciones que habían sido diagnosticadas en el feto (que al tiempo de la interrupción contaba con 22 semanas de gestación

y 362 gramos de peso). Acto seguido, la demandante interesó judicialmente, tal y como le habían indicado desde el hospital, la entrega de los restos humanos con el fin de incinerarlos. Junto a su escrito, acompañó un informe médico-forense favorable a la entrega suscrito por el Instituto Vasco de Medicina-Legal.

El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Éibar desestimó la solicitud con el siguiente razonamiento: (i) ante todo, entendía que la entrega del feto para su incineración requería previa inscripción en el Registro Civil; (ii) a continuación, examinó la legislación aplicable para determinar si era posible o no inscribir en el Registro Civil un feto de dichas características; (iii) a tal efecto señaló que, si bien es cierto que la legislación aplicable en materia de sanidad mortuoria permite la inscripción de fetos con esas cualidades, tanto la Ley del Registro Civil (art. 45) como el protocolo del hospital (Hospital de Mendaro, Guipúzcoa) impedían la inscripción de un feto inferior a 180 días (dichos instrumentos imponen la obligación de inscribir los fetos superiores a dicho plazo, por lo que cabía entender que se impedía la inscripción de los inferiores). Finalmente, el Juzgado reconocía que, en el pasado, en otro supuesto, sí autorizó la inscripción de un feto de menos de 180 días si bien el caso era sensiblemente distinto por cuanto la madre apeló a su condición de musulmana (religión que no permite la incineración de este tipo de restos), el feto tenía más peso y el aborto fue espontáneo.

Frente a esta resolución, la afectada interpuso recurso de reforma solicitando nuevamente la entrega apelando a la legislación mortuoria, a sus derechos a la libertad ideológica y a la intimidad familiar (arts. 16.1 y 18.1 CE) y la discriminación que suponía el hecho de negarle la entrega de unos restos similares a otros que ya fueron entregados a otra mujer por el simple hecho de que ésta última apeló a sus convicciones religiosas. Complementó su escrito con cita de casos resueltos por el TEDH (del que destaca, sobremanera, *Hadri-Vionnet c. Suiza*, 14 de febrero de 2008). Nuevamente, la solicitud fue desestimada en virtud de auto de 12 de noviembre de 2013. El Juzgado razonó que el supuesto no era equiparable a aquel en que sí autorizó la entrega, reiterando los motivos que ya se han expuesto (confesión religiosa de los padres, peso del feto y tipo de aborto). Adicionalmente, disponía el Juzgado que no podía conceder la licencia de incineración del feto sin, previamente, autorizar su inscripción. Inscripción que la Ley del Registro Civil no permite por ser inferior a 180 días. La Audiencia Provincial de Guipúzcoa confirmó estas resoluciones, por auto de 23 de diciembre de 2013, al desestimar el recurso de apelación.

**2) Alegaciones ante el Tribunal Constitucional.**—Agotada la vía jurisdiccional ordinaria, la interesada promovió demanda de amparo impugnando las anteriores resoluciones judiciales por lesionar los derechos fundamentales a la libertad ideológica (art. 16.1 CE), igualdad (art. 14 CE) e intimidad familiar (art. 18.1 CE). Así, manifiesta en primer lugar que la legislación mortuoria permitía perfectamente la entrega de los restos humanos y que dicha legislación no podía ceder en beneficio de la normativa registral que, en ningún caso, habla de restos humanos. En cuanto a la libertad ideológica (art. 16.1 CE), denuncia que ostentaba un legítimo derecho a dar sepultura a los restos humanos del aborto aun sin alegar ninguna convicción religiosa.

En lo que concierne a la igualdad y proscripción de la discriminación (art. 14 CE), pone de manifiesto que lo solicitado ya fue concedido por el mismo Juzgado en un caso anterior con la única diferencia de que el feto

tenía más peso, el aborto se produjo de forma espontánea y los solicitantes apelaron a su convicción religiosa. Circunstancias que, en opinión de la recurrente, no pueden justificar un trato distinto. Finalmente, en cuanto a la denuncia de lesión del derecho a la intimidad familiar (art. 18.1 CE), entiende que la resolución de la Audiencia Provincial se desmarcó de la jurisprudencia del TEDH interpretadora del derecho al respeto a la vida familiar (art. 8.1 CEDH), manifestada por el caso *Hadri-Vionnet c. Suiza*, provocando de esta forma la lesión del art. 18.1 CE. Por todo ello solicita la estimación del recurso de amparo y la declaración de nulidad de las resoluciones impugnadas.

Admitida a trámite la demanda de amparo, el Ministerio Fiscal presentó escrito de alegaciones interesando su estimación. En primer lugar, aborda la pretendida lesión del principio de igualdad (art. 14 CE) desde una doble óptica: como lesión autónoma del derecho y como vulneración relacionada con los arts. 16.1 y 18.1 CE. Entiende el Ministerio Público que las resoluciones judiciales dieron suficiente justificación del cambio de criterio en relación con los casos controvertidos (el presente y el caso relativo a la pareja musulmana). Por lo tanto, descarta la lesión autónoma del derecho. Sin embargo, sí que la aprecia en relación con los arts. 16.1 y 18.1 CE ya que entiende que los órganos judiciales cercenaron la «dimensión espiritual» de la afectada. Hecho que al derivar de un proceso interno de convicción afectó, directamente, al derecho a la intimidad familiar del art. 18.1 CE. Concluye que, a la luz de la legislación aplicable, no existe una prohibición de inscripción de criaturas abortivas sino tan solo un deber de inscribir algunas de ellas (las que superen los 180 días). Por lo tanto, interesa el otorgamiento de amparo por entender que se han vulnerado los derechos fundamentales a la libertad ideológica y de intimidad familiar.

**3) Posición del Tribunal.**—Un problema de intimidad personal y familiar.—Entrando ya en el cuerpo de la sentencia, el Tribunal Constitucional enfoca el debate desde la perspectiva del derecho al respeto a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH). Lo hace tras afirmar que no existen precedentes, en forma de sentencias del TC, sobre casos similares por lo que hay que acudir a la jurisprudencia del TEDH que sí ha resuelto asuntos análogos en sentido favorable al reconocimiento del derecho a disponer de restos humanos para su enterramiento como integrante del citado derecho al respeto a la vida familiar.

A continuación, analiza algunos de estos casos de entre los que destacan el ya mencionado *Hadri-Vionnet c. Suiza* (decisión de la Administración de proceder al enterramiento del hijo de la demandante, que nació muerto, sin comunicación a los padres) y *Maric c. Croacia*, de 12 de julio de 2014 (negativa de la Administración a entregar información a los padres acerca del lugar de enterramiento de su hijo que nació muerto).

A la vista de la doctrina del TEDH (que, según el art. 10.2 CE es criterio de interpretación de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales), el TC entiende que la pretensión de la demandante se incardina en el campo del derecho a la intimidad personal y familiar del art. 18.1 CE. Recuerda, a tal efecto, cuáles son las condiciones que han de concurrir para que se pueda ver afectado tal derecho fundamental (canon de control): (i) si la injerencia en el derecho contaba con cobertura legal; (ii) si era susceptible de conseguir el objetivo propuesto; (iii) si la injerencia era necesaria y (iv) si era proporcionada.

El análisis del Tribunal comienza, y se limita, a determinar si las resoluciones judiciales impugnadas gozaban de cobertura legal cuando denegaron la entrega de los restos humanos para la incineración. La diversidad de instrumentos normativos lleva al Tribunal a afirmar «*que los órganos judiciales tropezaban con la dificultad de la falta de una regulación clara en la materia.*» Analizada la legislación registral, el Tribunal entiende que el hecho de que se imponga un deber de inscribir a todos los fetos de más de 180 días (art. 45 de la Ley del Registro Civil) no implica, *a sensu contrario*, la prohibición de entregar, para su enterramiento o incineración, los restos humanos de menor tiempo de gestación. Es más, llama la atención el Tribunal acerca de la contradicción en la que incurrió el órgano de instancia dado que, en un primer momento, negó que existiera tal prohibición para, a continuación, afirmar lo contrario.

Acto seguido, el Tribunal niega la existencia de razón alguna de orden público general o sanitario que impidiera estimar la solicitud de la demandante. Hecho que se ve reforzado por el dictamen médico-forense suscrito por el Instituto de Medicina Legal del País Vasco (que se aportó en primera instancia) así como por el propio tenor literal de la normativa mortuoria estatal y autonómica (Decreto 2263/1974, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Policía sanitaria mortuoria y Decreto 202/2004, de 19 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de sanidad mortuoria de la Comunidad Autónoma del País Vasco).

Por todo ello, el Tribunal considera que las resoluciones judiciales impugnadas vulneraron el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE) de la actora por no esgrimir normas que dieran cobertura jurídica suficiente a su decisión imponiendo un «sacrificio desproporcionado». Vulneración que, al haber quedado acreditada, hace innecesario emitir pronunciamiento alguno acerca del resto de lesiones alegadas (arts. 14 y 16.1 CE).

**4) Votos discrepantes.**—El pronunciamiento del Tribunal no está exento de cierta polémica. Así lo demuestra el hecho de que hasta tres integrantes de la Sala emitieron votos particulares (incluido el propio ponente) que se detallan muy brevemente.

Pérez de los Cobos discrepa del parecer mayoritario de la Sala en cuanto a la incardinación de la pretensión de la demandante dentro del derecho a la intimidad personal y familiar del art. 18.1 CE. Entiende el Magistrado que la Sala, erróneamente, ha ampliado el ámbito de aplicación de dicho derecho fundamental hasta el punto de, prácticamente, equipararlo con el derecho al respeto a la vida humana del art. 8 CEDH. Equiparación que de ninguna manera es posible a la luz de la jurisprudencia del TC que, en más de una ocasión, ha negado que tales derechos tengan un ámbito de protección coincidente. Recuerda que nuestra CE no prevé un derecho similar al previsto en el CEDH y que, por lo tanto, no cabe hacer una traslación automática de la doctrina del TEDH sobre al art. 8 CEDH al ámbito del art. 18.1 CE. Finalmente, niega que se haya vulnerado ninguno de los preceptos denunciados.

Ollero Tassara pone el foco en las omisiones en las que, a su juicio, incurre la sentencia. Resalta que no se hace pronunciamiento alguno acerca de la denunciada lesión de la libertad ideológica (art. 16.1 CE) de la mujer así como del principio de igualdad (art. 14) en relación con la discriminación que se habría producido entre este caso y el anteriormente comentado de la pareja musulmana. Señala que la auténtica clave del debate está en el hecho

de que a la recurrente se le negó la entrega por no haber invocado confesión religiosa alguna vulnerando así su libertad ideológica. Lamenta que el Tribunal no haya hecho consideración alguna sobre este punto dado que habría sido una buena oportunidad de resaltar el respeto a las convicciones personales. Finalmente, deja constancia de sus dudas acerca de la correcta remisión a la jurisprudencia del TEDH sobre el art. 8 CEDH en la medida que el juego de este derecho y el del art. 18.1 CE no es plenamente coincidente

Finalmente, Roca Trías entiende que el error de la sentencia radica en haber dotado de un nuevo contenido constitucional al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE) de forma incorrecta. Descarta la aplicabilidad de la jurisprudencia del TEDH al caso concreto por el simple hecho de que se trataba de supuestos distintos (todos los casos mencionados hacían referencia a personas, no a restos humanos). Concretamente, señala que las sentencias recaídas en los casos *Hadri-Vionnet c. Suiza y Maric c. Croacia* ampararon sendas reclamaciones por haberse infringido la normativa nacional que regulaba el derecho al respeto a la vida familiar constitucionalmente previsto en cada uno de esos Estados. En la medida en que la CE no prevé un derecho similar, no resulta razonable tomar como referencia tales casos. Es más, señala la Magistrada que la «vía» para incorporar el art. 8 CEDH a nuestro ordenamiento es, en realidad, el libre desarrollo de la personalidad del art. 10 CE. Se opone a que, como indica el Tribunal, existiera falta de claridad normativa sobre la materia. Finalmente, defiende que el verdadero problema constitucional, en caso de que lo hubiera (dado que se muestra contraria a la existencia de trascendencia constitucional), afecta al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (Art. 24.1 CE) en la medida en que las resoluciones impugnadas podrían ser tachadas de arbitrarias. Incluso si así se hubiera hecho, concluye afirmando que no existe vulneración alguna dado que los órganos judiciales aplicaron la normativa vigente que, además, no ha sido impugnada constitucionalmente.

**STC 13/2016, de 1 de febrero.**

**RA: Estimado.**

**Ponente: Ollero Tassara.**

**Conceptos: Internamiento no voluntario por trastorno psíquico en casos de urgencia. Requisitos fase extrajudicial. Plazo de comunicación del internamiento. Documentación médica. Derecho fundamental a la libertad personal.**

**Preceptos de referencia: Art. 17.1 CE. Art. 763 LEC.**

La ejecución de una medida privativa de libertad, como es el internamiento involuntario por razón de trastorno psíquico, impone la observancia de una serie de garantías legales (art. 17.1 CE y 763 LEC). Garantías que se ven reforzadas en los casos en que el ingreso está rodeado por circunstancias de «urgencia». En estos supuestos, la actuación de los órganos jurisdiccionales que examinan el internamiento consumado es tan importante como la de los facultativos que, previamente, lo han ejecutado. En el caso que nos concierne se examinarán, precisamente, los extremos concretos de los deberes que corresponden a los facultativos durante la fase «extrajudicial» en los casos de internamientos involuntarios por razón de trastorno psíquico con carácter de urgencia.

**1) Antecedentes.**—Internamiento urgente por decisión médica.—Desde la perspectiva fáctica interesa destacar que (i) la demandante en amparo, Dña. M. S. S., fue internada en un centro para enfermos de Alzheimer de Madrid («Centro María Retuerto») con fecha 14 de febrero de 2014 a raíz de habersele diagnosticado un deterioro cognitivo progresivo con posible trastorno delirante crónico que se materializaba en el popularmente conocido como «síndrome Diógenes»; (ii) el diagnóstico fue efectuado el mismo día por un facultativo del Hospital Clínico San Carlos, sin especificarse su cualificación profesional; (iii) el internamiento fue efectuado por profesionales del SAMUR social de Madrid; (iv) no fue comunicado a los Juzgados hasta el día 17 de febrero por parte de dos trabajadoras sociales del SAMUR; (v) en fecha 18 de febrero, el Juzgado de Primera Instancia núm. 30 de Madrid (procedimiento núm. 333/2014) dictó diligencia de constancia respecto de la recepción del asunto; (vi) el mismo día, se dictó providencia acordando la práctica de diversas actuaciones señalándose a tal fin el 24 de febrero; (vii) junto con las actuaciones anteriores, también se recabó una «nota informativa» suscrita por el centro «María Retuerto» acerca de los hábitos de la afectada, un informe médico fechado el 19 de febrero de 2014 en el que se diagnostica a la paciente una demencia frontotemporal leve-moderada y un informe médico-forense fechado el 24 de febrero emitiendo una opinión favorable al internamiento.

**2) Resoluciones judiciales.**—Ratificación de la medida.—El 25 de febrero de 2014, el Juzgado de Primera Instancia núm. 30 de Madrid dictó auto ratificando la medida de internamiento involuntario al entender suficientemente acreditada la existencia de un trastorno psíquico que imposibilitaba a la afectada regirse por sí misma, así como las circunstancias de urgencia. Notificado el auto a las partes, la representación procesal de la afectada interpuso recurso de apelación el día 26 de marzo de 2014 ante la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Vigésima Segunda, alegando (i) que la ratificación se fundó en un informe del SAMUR SOCIAL del que nada se desprende en términos de trastorno psíquico y (ii) que se había incumplido el plazo de 24 horas del que dispone el responsable del Centro en cuestión para comunicar la medida a los órganos jurisdiccionales (art. 763 LEC). Además, se acompañaba un informe suscrito por un Doctor en Psiquiatría que, sin embargo, fue denegado como prueba por la Audiencia Provincial. El día 22 de julio de 2014, la Audiencia desestimó el recurso de apelación al entender que las pruebas practicadas (informe social, interrogatorios y dictamen pericial) eran suficientes para acreditar la existencia de un trastorno que impedía a la afectada regirse por sí misma. Sin embargo, no efectuó pronunciamiento alguno acerca de la alegación de vulneración del plazo de 24 horas del art. 763 LEC ni siquiera cuando se interesó vía escrito de aclaración (auto de 31 de julio de 2014).

**3) Recurso de amparo y alegaciones ante el Tribunal Constitucional.**—Llegados a este punto, Dña. M. S. S. promovió demanda de amparo denunciando la vulneración de los arts. 14, 17.1 y 24.1 CE aunque en el cuerpo de la fundamentación no desarrolló posteriormente la violación del primero de los artículos. El primer motivo de amparo alude a la vulneración de los artículos 17.1 y 24.1 CE por parte de las resoluciones citadas al haberse incumplido el plazo 24 horas para comunicar el internamiento a los Juzgados (art. 763.1.pf.º 2 LEC), por ausencia de prueba de la necesidad del internamiento al no haber explorado a la afectada profesionales especializados y por

la falta de información a la afectada del internamiento y sus causas. El segundo motivo de amparo se ciñe a la vulneración del art. 24.1 CE en cuanto no se le informó, hasta el momento de la comparecencia del 24 de febrero, de su derecho a la asistencia jurídica.

Admitida a trámite la demanda de amparo, el Ayuntamiento de Madrid se personó y presentó escrito para oponerse a la demanda por entender que la medida fue adoptada con todas las garantías previstas por el ordenamiento jurídico. Finalmente, el Ministerio Fiscal también presentó alegaciones interesando la estimación del recurso de amparo. Con carácter previo, solicitó del Tribunal Constitucional que el análisis se circunscribiera tan solo al art. 17.1 CE dado que la alegación de vulneración del art. 14 CE no había sido desarrollada en el cuerpo de la demanda así como por el hecho de que, según constante jurisprudencia, la queja relativa a la infracción del art. 24.1 CE en materia de internamiento ha de reconducirse al ámbito de la libertad personal (art. 17.1 CE). En cuanto al fondo, el Ministerio Fiscal entendía que las resoluciones impugnadas incurrieran en los siguientes defectos: (i) incumplimiento del plazo de 24 horas del art. 763 LEC; (ii) incumplimiento del plazo de 72 horas para resolver sobre la ratificación ex. art. 763 LEC; (iii) incumplimiento del deber de informar a la recurrente de las razones de ingreso y de sus derechos; (iv) ausencia de juicio de necesidad y proporcionalidad de la medida de ingreso al no acompañarse un informe suscrito por profesional cualificado, unido al hecho de que la Audiencia Provincial inadmitió, como prueba, el informe psiquiátrico que había presentado la representación de la afectada.

**4) Resolución del Tribunal Constitucional.**—Incumplimiento de plazos y falta de un informe emitido por facultativo especialista.—Planteadas así las posturas de las partes, se analiza a continuación el pronunciamiento del Tribunal Constitucional. Con carácter preliminar, se resuelven dos cuestiones que afectan directamente a la configuración del objeto del recurso de amparo. En primer lugar, siguiendo el criterio del Ministerio Fiscal, queda fuera del debate la alegación de infracción del art. 14 CE dado que no fue debidamente desarrollada en la demanda. En segundo lugar, por razones de extemporaneidad en la alegación, se «expulsan» del debate constitucional algunas de las infracciones alegadas por la recurrente y el Ministerio Fiscal de modo que las únicas «quejas» a analizar por el Tribunal son las siguientes: (i) el incumplimiento del plazo máximo de 24 horas para la comunicación del internamiento del art. 763.1 LEC y (ii) la ausencia del presupuesto del trastorno psíquico como causa del internamiento.

A continuación, ya en cuanto al fondo de las vulneraciones que constituyen el objeto, el Tribunal recuerda la dicción literal del art. 763.1 LEC en lo que se refiere a los plazos de comunicación del internamiento, responsable de la misma y documentación a acompañar. Además, se toma como referencia la STC 141/2012, clarificadora sobre el tema, en la que se declaró que el plazo de 24 horas para comunicar los internamientos urgentes es un plazo máximo y que la interpelación debe llevarla a cabo el responsable de cada centro (y, por lo tanto, no está a cargo de quienes intervienen en momentos anteriores al internamiento como puedan ser los facultativos del SAMUR). A continuación, examina el caso concreto y concluye que el plazo de 24 de horas se incumplió flagrantemente (dado que la medida fue adoptada el 14 de febrero y no se comunicó hasta el 17 de febrero). Sin embargo, advierte que este incumplimiento no se puede reprochar a los facultativos del SAMUR,

que fueron los que efectuaron la comunicación, sino al responsable del Centro María Retuerto dado que era él el legalmente obligado.

Finalmente, el Tribunal analiza la segunda vulneración denunciada, referida a la necesaria existencia de un trastorno psíquico y un informe médico previo justificativo de la medida de internamiento. Nuevamente se acude a la doctrina recogida en la STC 141/2012 para recordar la necesidad de que el internamiento venga justificado por un profesional especializado en psiquiatría con base en los principios de necesidad y proporcionalidad. Requisito que, como indica el Tribunal, no se cumple en este caso. Recuerda que el único documento que se acompañó a la solicitud de internamiento fue un «informe social» elaborado por el SAMUR. Informe que es relevante para diversos campos pero que, al contrario de lo exigido, no fue elaborado bajo los conocimientos propios de la ciencia médica (tal y como exige la STC 14/2012). El Juzgado de Primera Instancia núm. 30 de Madrid no debería, según el Tribunal, haber considerado suficiente dicho informe para incoar el procedimiento. Antes bien, tendría que haber puesto en libertad a la afectada por falta de dos presupuestos esenciales. Uno de orden material, la falta de acreditación del trastorno, y otro de carácter temporal, el incumplimiento del plazo de 24 horas. Defectos en los que también incurre la Sección Vigésima Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid al dar por buena la resolución del órgano de instancia.

En conclusión, el Tribunal Constitucional estima el recurso de amparo por vulneración del derecho a la libertad personal (17.1 CE) y, en consecuencia, declara la nulidad de las tres resoluciones impugnadas (Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 30 de Madrid de 25 de febrero de 2014 ratificando el internamiento; Autos de la Sección Vigésima Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid de 22 y 31 de julio de 2014 desestimando el recurso de apelación y el escrito de aclaración respectivamente) así como la inmediata puesta en libertad de la afectada sin perjuicio de lo que, en su caso, se acuerde en el procedimiento de incapacitación que se está tramitando en otro órgano jurisdiccional.

**STC 16/2016, de 1 de febrero.**

**RA: Estimado.**

**Ponente: González Rivas.**

**Conceptos: Derecho a la tutela judicial efectiva y a la obtención de una resolución motivada. Sustracción internacional de menores. Interés superior del menor. Tardanza en la restitución e integración en el país.**

**Preceptos de referencia: Art. 24.1 CE; arts. 8, 12 y 13 Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional menores.**

La presencia de un menor en un procedimiento judicial implica que cualquier decisión que se adopte en el marco del mismo debe estar presidida por el interés superior de aquél, principio rector, en estos casos, de la actuación de los poderes públicos. La presente sentencia pone de manifiesto la necesidad de que las resoluciones judiciales exterioricen la ponderación de circunstancias llevada a cabo por órgano judicial para determinar, en el caso concreto, cuál es el interés superior del menor.

Los hechos que dan origen a la esta sentencia no están exentos de cierta complejidad, por la concurrencia de diversos procesos judiciales abiertos entre las partes, de diferente naturaleza y ante órganos jurisdiccionales de diferentes estados. El origen del procedimiento se sitúa en agosto de 2013 cuando la recurrente en amparo trasladó a su hija –menor de edad– a España, sin el consentimiento del padre. Éste promovió, en noviembre de 2013, expediente de sustracción internacional de menores solicitando la restitución de la menor a Suiza, y al que se opuso la recurrente. Tras serle atribuido inicialmente el asunto a un Juzgado de Primera Instancia de Madrid, éste se inhibió a favor del Juzgado de Violencia sobre la Mujer número 11 de Madrid, que desestimó la solicitud de restitución por Auto de 14 de abril de 2014. Dicha resolución aplicaba el artículo 13 del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional menores, y consideraba que se había producido un traslado ilícito, ya que la menor tenía su residencia habitual en Suiza y no había mediado el consentimiento del otro progenitor. Sin embargo, el Auto concluía que no procedía la restitución de la menor a Suiza al apreciar la existencia de un grave riesgo de exposición de la menor a un peligro físico o psíquico en el caso de llevarse a cabo aquella. Conclusión a la que llegaba tras valorar las denuncias por violencia de género formuladas por la recurrente frente al padre de la menor, tanto en España como en Suiza.

El padre de la menor interpuso recurso de apelación frente a la anterior resolución y fue estimado por Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 31 de marzo de 2015. En esta resolución, la Audiencia reconocía igualmente la existencia del traslado ilícito a los efectos del Convenio. Sin embargo, a diferencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, la Audiencia Provincial consideró que no concurría la excepción del artículo 13.b del Convenio, esto es, grave riesgo para el menor, y que procedía acordar la restitución, al no haber transcurrido más de un año entre el traslado y el inicio del procedimiento de restitución. Así, tras el análisis de la prueba –denuncias por violencia de género presentadas por la madre e informes del Médico Forense, entre otras– así como del devenir de los procedimientos seguidos ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer número 11 del Madrid –en el marco de los cuales se había denegado orden de protección al no apreciarse riesgo objetivo para la madre ni para la menor– la Audiencia concluía que el interés superior de la menor exigía la restitución de la misma a Suiza.

Las partes solicitaron aclaración del Auto de 31 de marzo, que se desestimó, formulando la madre incidente extraordinario de nulidad de actuaciones que la Audiencia Provincial inadmitió por medio de providencia.

Como último hecho relevante, el Tribunal Constitucional pone de manifiesto la existencia de diferentes procedimientos entre las partes: i) en el orden civil, ante tribunales suizos, se siguió un procedimiento de medidas provisionales que terminó atribuyendo la guarda y custodia al padre –resolución de 11 de diciembre de 2013–; ii) en el orden civil, ante los tribunales españoles, se siguió un procedimiento de medidas paternofiliales en el que, como medida provisional, se otorgó la guarda y custodia de la menor a la madre, así como un procedimiento de *exequatur* de las resoluciones suizas que atribuían provisionalmente la guarda y custodia al padre, que fue desestimado, y iii) en el orden penal, ante los tribunales españoles y suizos, se siguieron procedimientos tanto contra el padre como contra la madre.

Entrando en la fundamentación jurídica de la sentencia, el Tribunal Constitucional, tras exponer las alegaciones de las partes y justificar la espe-

cial trascendencia constitucional del recurso, delimita el objeto del mismo. Establece que, aunque formalmente el recurso se dirige frente a varias resoluciones, el análisis constitucional sólo se va a centrar en el Auto de 31 de marzo de 2015, que revocaba el del Juzgado de Violencia sobre la Mujer y acordaba la restitución de la menor a Suiza. Igualmente, de las alegaciones hechas por la recurrente, entiende que el análisis constitucional debe quedar ceñido a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE), en la vertiente del derecho a una resolución judicial motivada y fundada en Derecho. Vulneración en la que, según la recurrente, incurrió el Auto de 31 de marzo de 2015 de la Audiencia Provincial porque: i) entraba en contradicción con otras resoluciones judiciales –en concreto con aquellas que atribuían la guarda y custodia de la menor a la madre en España–; ii) no había ponderado la situación actual de la menor a efectos de determinar el interés superior de la misma, y iii) no había valorado correctamente la denuncia por violencia doméstica interpuesta por la recurrente.

Partiendo de lo anterior, el Tribunal Constitucional comienza recordando que el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) no implica el derecho al «acierto judicial en la aplicación e interpretación de las normas» sino el derecho a una resolución judicial motivada y fundada en derecho. Igualmente, trae a colación la doctrina relativa a la función del propio Tribunal en relación con la valoración de la prueba realizada por los órganos judiciales, señalando que no le compete revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial resuelve, sino que sólo le corresponde «controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulte».

A continuación, el Tribunal señala que cuando una resolución judicial afecta a un menor, la motivación de la misma ha de atender al interés superior del menor, que debe ser ponderado con el de sus progenitores. Y, antes de entrar de lleno en la principal cuestión controvertida, resuelve la alegación relativa a la contradicción de la resolución recurrida con otras resoluciones judiciales, indicando que la motivación del Auto recurrido no es irrazonable porque, en definitiva, las resoluciones españolas que otorgaban la guarda y custodia a la madre lo hacían como medida provisional.

Sobre la base de lo anterior, el Tribunal Constitucional centra su análisis en determinar si el auto recurrido tuvo en cuenta las circunstancias de la menor para ponderar el interés superior de la misma. Para ello, el Tribunal parte del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980, cuyo artículo 12 prevé la restitución inmediata del menor cuando se haya producido un traslado ilícito y haya transcurrido un período inferior a un año desde que se produjo el traslado o retención y el inicio del procedimiento judicial o administrativo –con las excepciones previstas en el artículo 13–. Estableciendo el precepto que, en el caso de hubiese transcurrido más de un año, se deberá acordar la restitución del menor salvo que se haya acreditado la integración del mismo en su nuevo medio. Integración que resultaba clave en el supuesto de autos y que la resolución recurrida omitió, ya que no tuvo en cuenta el tiempo transcurrido desde el inicio del procedimiento ni el grado de integración de la menor (escolarización, edad, entorno).

Finalmente, el Tribunal reconoce que en el supuesto enjuiciado no había transcurrido más de un año entre la sustracción y el inicio del procedimiento. Pero añade que el órgano judicial no podía ni debía obviar el hecho de que, por diversas vicisitudes procesales, la tramitación del procedimiento se había dilatado hasta tal punto que desde que ocurrieron los

hechos, en agosto de 2013, hasta la finalización del procedimiento, en abril de 2015, habían transcurrido casi veinte meses, durante los cuales podía haberse producido la integración de la menor en su nuevo medio. Y sin embargo, la resolución recurrida no tuvo en cuenta esta circunstancia, y no la ponderó a efectos de determinar el interés superior de la menor. En consecuencia, el Tribunal Constitucional otorga el amparo solicitado, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) por la falta de motivación suficiente de la resolución recurrida.

**SSTC 22/2016, de 15 de febrero y 50/2016, de 14 de marzo.**

**RR. AA.: Estimados.**

**Ponentes: Asúa Batarrita (STC 22/2016) y Pérez de los Cobos (STC 50/2016).**

**Conceptos: Internamiento no voluntario por trastorno psíquico. Derecho fundamental a la libertad personal. Derecho fundamental a un proceso con todas las garantías. Asistencia jurídica. Procedimientos urgentes. Omisión de trámites esenciales. Indefensión.**

**Preceptos de referencia: Arts. 17.1 y 24.2 CE.**

El cumplimiento de las garantías constitucionales como criterio rector del ejercicio de la función jurisdiccional merece una especial atención en la sustanciación de aquellos procedimientos calificados como «urgentes». La celeridad de los trámites y la entidad de los derechos que se ven afectados en este tipo de procedimientos demandan una respuesta rápida y efectiva por parte de los órganos jurisdiccionales. Respuesta que, sin embargo, no siempre es plenamente respetuosa con las garantías recogidas en la Constitución Española. Es el caso, precisamente, de las dos sentencias que se reseñan a continuación y en las que se estiman sendos recursos de amparo promovidos por la Fiscalía contra resoluciones que ratificaron medidas de internamiento urgente no voluntario por razón de trastorno psíquico (art. 763 LEC) omitiendo trámites esenciales.

El origen de estas dos sentencias, cuyo tratamiento se hace de forma conjunta dada la identidad que existe en los datos esenciales de ambas, se encuentra en el internamiento no voluntario urgente por razón de trastorno psíquico de dos personas en Las Palmas de Gran Canaria en marzo de 2014. Comunicada la adopción de tales medidas por parte del personal sanitario a los órganos jurisdiccionales, el Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Las Palmas de Gran Canaria (a quien le fue atribuido el conocimiento de ambos asuntos) practicó las diligencias legalmente previstas (examen judicial de la persona afectada; dictamen de experto y comunicación a la Fiscalía) el día 5 de marzo de 2014. En ambos casos, las personas afectadas, al ser examinadas por el titular del Juzgado, manifestaron su intención de ser asistidas por Letrado.

Aun cuando se remitió comunicación a los Colegios de Abogados y Procuradores a tal fin, el 5 de marzo de 2014, el Juzgado dictó los dos autos ratificando las medidas de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico. Lo hizo (i) sin esperar al nombramiento de dichos profesionales (y, por ende, sin oírlos) y (ii) sin haber recibido el informe del Ministerio Fiscal (informe que tuvo entrada el día después, 6 de marzo de 2014) a pesar de que, de conformidad con la LEC, todavía restaba un día para que se cumpliera el plazo máximo de 72 horas prescrito para este tipo de procedimientos (763.1pf 2.º LEC).

En ambos casos, la Fiscalía y la representación procesal de las personas afectadas (nombrada con posterioridad al dictado del auto ratificando la medida) interpusieron recursos de apelación ante la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria al entender que se había causado indefensión a las personas internadas por (i) haberseles privado de su derecho de defensa letrada (art. 763.3 LEC) y (ii) haberse omitido trámites esenciales del procedimiento como es el informe preceptivo del Ministerio Fiscal. Los recursos, sin embargo, fueron desestimados por autos de 30 de abril y 9 de mayo respectivamente. La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria negó la existencia de indefensión alguna por cuanto el Ministerio Público podría haber evacuado su informe sin esperar al nombramiento de los abogados y procuradores y, además, el derecho a la defensa letrada se veía satisfecho con la posibilidad de recurrir en apelación el auto de ratificación.

Llegados a este punto, la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional formuló sendas demandas de amparo contra los autos de ratificación de internamiento y los desestimatorios de los recursos de apelación. Con carácter preliminar, la Fiscalía recuerda que ostenta una doble legitimación: general, en cuanto defensor de los derechos de los ciudadanos (arts. 162.1.b) CE y 46.1.b) de la LOTC), y particular, como parte necesaria en el procedimiento de internamiento (arts. 3.3 y 3.7 del EOMF y art. 763.3 LEC en relación con el art. 758 LEC). A continuación, denuncia que las resoluciones recurridas vulneran (i) el derecho fundamental a la libertad personal (art. 17.1 CE) por haberse privado a los internados del derecho a una defensa letrada antes de resolverse sobre la ratificación del internamiento y (ii) el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) al no haberse recabado el informe preceptivo del Ministerio Fiscal cuando todavía quedaba tiempo para hacerlo. Por todo ello, interesó en ambos casos la estimación del recurso de amparo con nulidad de los autos impugnados.

**1) Presupuestos del proceso constitucional.**—Sentadas así las posturas, es tiempo de abordar la respuesta del Tribunal Constitucional, idéntica para ambos casos. Con carácter inicial, la sentencia aborda el estudio de los presupuestos procesales: La legitimación activa del Ministerio Fiscal y la especial trascendencia constitucional del recurso.

Respecto al primero, citando especialmente la STC 17/2006, de 30 de enero, la sentencia recalca que el Fiscal ostenta una doble legitimación activa a la luz de los hechos y la legislación: legitimación activa en cuanto defensor de los derechos de los ciudadanos [art. 162.1.b) CE y 46.1.b) LOTC en relación con el art. 124.1 CE] y legitimación activa en cuanto parte en los procesos judiciales en los que recayeron las resoluciones recurridas por cuanto, en este tipo de procedimientos, el Ministerio Público actúa como parte aunque no sea su promotor (art. 749.1 y 763.3 LEC). El segundo presupuesto, la especial trascendencia constitucional, se entiende cumplido, indica el TC, por cuanto a través de estos recursos de amparo se puede «*aclarar nuestra doctrina previa (...) acerca del contenido y alcance del derecho de asistencia jurídica de la persona sometida a este procedimiento*» (internamiento no voluntario urgente por trastorno psíquico).

**2) Derecho a la libertad personal.**—Finalmente, el TC entra a resolver acerca de la vulneración de los derechos fundamentales alegada por la Fiscalía. La primera queja abordada es la relativa a la lesión del derecho funda-

mental a la libertad personal (art. 17.1 CE) al haberse privado a los internados del derecho a la defensa letrada. A tal efecto, el Tribunal recuerda su doctrina acerca de la información que el Juez ha de otorgar a las personas internadas al tiempo de efectuarse el examen judicial previo al dictado del auto de ratificación de la medida. Información que aparece señalada en la STC 141/2012, de 2 julio, y que comprende tanto la situación material como procesal del internado. Dentro de esta última, estaría la información acerca del derecho a contar con Abogado y Procurador y a la práctica de prueba.

A continuación, resalta la sentencia que, de conformidad con el art. 5.4 CEDH y la jurisprudencia del TEDH (representada, entre otras, por las SSTEDH de 24 de octubre de 1979, asunto *Winterwerp c. Holanda*; 12 de mayo de 1992, asunto *Megyery c. Alemania* y 14 de febrero de 2012, asunto *D. D. c. Lituania*) toda persona sometida a una medida de tal naturaleza tiene derecho a ser oída por sí o través de un representante y derecho a contar con un asesor legal «*sin que recaiga sobre ella la iniciativa de su designación*». Acto seguido, la resolución detalla brevemente la forma de articular estos derechos prevista en la normativa española (fundamentalmente arts. 758 y 763.3 LEC).

Expuesto el marco normativo y jurisprudencial, el Tribunal concluye que debe estimarse el motivo al quedar probado que el Juzgado en cuestión, en ambos casos, sustanció todo el procedimiento en un mismo día (5 de marzo de 2014) y le puso fin mediante auto de la misma fecha sin esperar al nombramiento de los Abogados y Procuradores interesados por los internados, cuando todavía le restaba un día más de plazo (expiraba el 6 de marzo), con la consecuencia de descuidar el derecho a la asistencia jurídica de los pacientes. En la medida en que nos encontramos ante un procedimiento urgente de internamiento involuntario por trastorno psíquico, tal lesión supone, en definitiva, una vulneración del derecho a la libertad personal (art. 17.1 CE).

Como consecuencia de lo anterior, y sin entrar a analizar la segunda vulneración denunciada (la que concernía al derecho fundamental a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE por no haberse recabado el informe preceptivo del Ministerio Fiscal), el Tribunal estima los recursos de amparo y declara la nulidad de las resoluciones judiciales impugnadas. Las sentencias, no obstante, tan solo producen efectos declarativos toda vez que a las personas afectadas se les dio el alta médica poco después de la adopción de las medidas (24 de marzo y 30 de junio respectivamente).

**SSTC 34/2016, de 29 de febrero y 132/2016, de 18 de julio.**

**RR. AA.: Estimados.**

**Ponentes: Enríquez Sancho (STC 34/2016) y Ollero Tassara (STC 132/2016).**

**Conceptos: Vid. el encabezamiento de otras sentencias. Ancianidad y merma de facultades cognitivas. Internamiento no voluntario por trastorno psíquico efectuado sin control judicial. Imposible «regularización». Necesidad de adopción de la medida cautelar de internamiento. Derecho fundamental a la libertad personal.**

**Preceptos de referencia: Art. 17.1 CE. Arts. 762.1 y 763 LEC.**

El envejecimiento de la población unido a la proliferación de enfermedades y deficiencias vinculadas a la tercera edad (demencia senil, alzhéimer...) presentan vicisitudes que se manifiestan en el ámbito social, económico y,

como no podía ser de otra forma, jurídico. La capacidad de discernimiento de este sector de la población va mermando progresivamente conforme la patología va avanzando hasta llegar a un punto en el que el paciente ya no es capaz, prácticamente, de regirse por sí mismo. Es en ese momento cuando los familiares del afectado, con la buena fe que se les presupone, inician los trámites para proceder al ingreso en un centro sanitario donde pueda recibir un tratamiento más adecuado a sus características.

Y es aquí, precisamente, donde la vertiente jurídica del problema comienza a aflorar. Como se ha puesto de manifiesto por diversas instituciones, comienza a ser común el uso de expedientes jurídicos como el internamiento involuntario de forma irregular. Esto es, obviando las garantías mínimas que han de acompañar a medidas de esa naturaleza de entre las cuales destaca, sobremanera, el control judicial. Es el caso de las dos sentencias que, someramente, se van a exponer a continuación en las que se da respuesta a sendas demandas de amparo promovidas por el Ministerio Fiscal. Demandas a través de las cuales se denuncia la vulneración del derecho fundamental a la libertad personal de aquellos que son internados sin control judicial (art. 17.1 CE).

**1) Antecedentes de los dos casos.**—Sin perjuicio de que los supuestos de hecho objeto de estudio sean ligeramente distintos (a cuyo efecto se tratarán por separado en este aspecto), la fundamentación recogida en las resoluciones del TC es similar, así como la naturaleza del problema. Es por ello por lo que se hace un estudio conjunto de las dos sentencias.

El punto de partida de la STC 34/2016 se encuentra en el internamiento involuntario por razón de trastorno psíquico de una paciente de 80 años en Las Palmas de Gran Canaria a la que le fue diagnosticado un deterioro cognitivo severo. La particularidad de este supuesto radica en que esta medida fue acordada sin haberse recabado autorización judicial previa (es decir, sin seguirse el trámite del art. 763.1.pf 1.º LEC) ni ratificación judicial posterior (para el supuesto de urgencia recogido en el pf. 2.º del art. 763.1 LEC). Así las cosas, la paciente quedó internada durante varios meses (desde el 17/12/2013 hasta el 12/02/2014) hasta que la Fiscalía provincial tuvo conocimiento del asunto y, para dar cobertura legal a dicho internamiento, presentó un escrito ante los Juzgados de Las Palmas de Gran Canaria para interesar la regularización de la situación de la paciente y la autorización de su internamiento no voluntario de conformidad con el art. 763 LEC.

La pretensión fue desestimada por el órgano jurisdiccional en virtud de auto de 20 de mayo de 2014 aludiendo a la falta de concurrencia de los requisitos del art. 763 LEC, ya que lo contrario supondría otorgar cobertura legal a una situación que en su origen no lo fue. La única vía para legalizar la situación de internamiento era la de apreciar la urgencia del art. 763.1, 2.º LEC por cuanto la comunicación al Juzgado se hizo después del internamiento. En opinión del Juzgado, dicha urgencia no concurría desde el momento en que la paciente llevaba tres meses internada sin que se comunicara a los órganos jurisdiccionales. Recurrida la decisión ante la Audiencia Provincial, se dictó un pronunciamiento desestimatorio similar por auto de 20 de junio de 2014. Adicionalmente, el órgano de apelación recordó al Ministerio Fiscal que podría haber interesado la incoación de un procedimiento de incapacitación con la adopción de la medida cautelar de internamiento del art. 762 LEC como solución al problema.

El supuesto de hecho del que parte la STC 132/2016 es ligeramente distinto, aunque, a efectos prácticos, plantea el mismo problema. En este caso, el internamiento afectaba a una paciente de 95 años, con un cuadro médico similar al del supuesto anterior, en la localidad de Telde (Gran Canaria). La diferencia fundamental consistía en que, si bien no se recabó autorización judicial previa, esta vez el centro sanitario sí comunicó a los Juzgados el hecho del internamiento. Incoado el procedimiento por el Juzgado competente (Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Telde), se dictó auto el día 9 de abril de 2014 desestimando la solicitud de ratificación del internamiento al no quedar acreditada la situación de urgencia exigida por el art. 763.1. pf. 2.º LEC.

Tan pronto como la Fiscalía tuvo conocimiento de dicha resolución, presentó un escrito ante los Juzgados de Primera Instancia de Telde interesando la incoación del procedimiento de internamiento involuntario por razón de trastorno psíquico del art. 763 LEC a fin de que se regularizase la situación de la paciente y se autorizara su internamiento por cuanto la afectada seguía internada sin cobertura legal (dado que no se había recabado autorización judicial previa y la ratificación posterior había sido desestimada sin que se adoptara ninguna medida para su protección). Nuevamente, el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Telde desestimó la solicitud por auto de 8 de mayo aludiendo a la falta de urgencia legitimadora del internamiento y advirtiendo que de hacer lo contrario se estaría legalizando una situación que, desde el origen, nació extramuros de la regulación legal. Recurrido el auto ante la Audiencia Provincial, fue desestimado por auto de 25 de julio de 2014 en términos similares.

## **2) La problemática constitucional: Razones de los recursos.–**

Expuesta la vertiente fáctica y procesal de los supuestos de los que parten las sentencias del TC, es tiempo de abordar el conflicto constitucional. En ambos casos, a la vista del contenido de las resoluciones desestimatorias, el Ministerio Fiscal interpuso demandas de amparo denunciando que las resoluciones recaídas en ambos casos infringían los arts. 17.1 CE y 5.1.e) y 5.4 CEDH. El Ministerio Público recordaba que el internamiento involuntario por razón de trastorno psíquico es una medida privativa de libertad que, como tal, está sujeta a unas garantías mínimas, entre las cuales destaca el control judicial. Negaba la Fiscalía que la pretensión interesada fuese, en modo alguno, la de dar cobertura legal a una situación que nació irregularmente. Lo que en realidad solicitaba era que se controlase judicialmente que se daban las condiciones prescritas por el ordenamiento jurídico para efectuar el internamiento. Reprochaba el Ministerio Fiscal a los órganos jurisdiccionales que habían conocido de los asuntos el hecho de haber desestimado sus escritos aun constatando que el internamiento de las afectadas era «ilegal». Recordaba asimismo que el internamiento y la incapacitación son instituciones judiciales distintas que no siempre han de ir de la mano. Finalmente, denunciaba que los autos impugnados olvidaban la justificación teleológica del art. 763 LEC y, por lo tanto, renunciaban al control judicial de los internamientos efectuados.

## **3) El control de los internamientos urgentes y sus requisitos constitucionales.–**

Tras entender que el Ministerio Fiscal ostenta legitimación activa para promover la demanda de amparo [en tanto que institución portadora del interés público: arts. 162.1 b) CE; 46.1 b) LOTC y 3.11 EOMF] y apreciar la existencia de una evidente trascendencia constitucional en los casos, el

Tribunal da respuesta a la verdadera cuestión controvertida: ¿Cuál es el cauce procedimental constitucionalmente válido para controlar judicialmente el internamiento sin previa autorización judicial de personas que sufren deterioro severo de sus facultades hasta el punto de carecer de capacidad de decidir?

El Ministerio Fiscal entiende que la vía formal adecuada para amparar el internamiento es la del art. 763 LEC. En cambio, los órganos jurisdiccionales cuyas decisiones han sido impugnadas apelan al procedimiento de incapacitación de los arts. 755 a 762 LEC, en el seno del cual se puede interesar la adopción de medidas cautelares. Constatada la divergencia de pareceres, el Tribunal Constitucional señala que, para resolver el problema constitucional, hay que responder dos cuestiones esenciales: (i) Si es posible, en nuestro ordenamiento jurídico, hablar de «regularización» de internamientos involuntarios por razón de trastorno psíquico y (ii) si, a la luz del art. 17.1 CE, se puede afirmar que la decisión de los órganos jurisdiccionales de rechazar la idoneidad del procedimiento del art. 763 LEC fue o no correcta.

a) *Sobre la pretendida posibilidad de «regularizar» internamientos irregulares.*—En cuanto a la primera cuestión, la sentencia invoca la larga doctrina constitucional, manifestada en el art. 763 LEC, acerca de la necesidad de que todo internamiento involuntario por razón de trastorno psíquico se efectúe bajo supervisión judicial (STC 141/2012, de 2 de julio). Al mismo tiempo recuerda que, cuando los padecimientos del afectado ya dejan entrever la necesidad de un régimen jurídico tuitivo más completo, existe la posibilidad de que el internamiento se acuerde como medida cautelar (art. 762.1 LEC) o como medida ejecutiva en la sentencia (760.1 LEC) en un proceso declarativo instado por los trámites del art. 756 y ss. LEC. Descendiendo a los casos en concreto, el Tribunal subraya que son ejemplo de un fenómeno social que se viene produciendo en los últimos años como fruto inevitable del envejecimiento de la población y que ha dado lugar a prácticas censurables como el ingreso sin consentimiento del afectado ni resolución judicial en centros asistenciales para personas con deficiencias cognitivas seniles. Pues bien, prosigue la sentencia, ningún instrumento legal aplicable en España permite la adopción de una medida de internamiento que excluya la tutela jurisdiccional. Por este motivo, concluye, no cabe hablar de ninguna manera de la «regularización» de un internamiento involuntario que se prolonga durante varios días o semanas sin autorización judicial ya que no se puede subsanar la vulneración de un derecho fundamental.

b) *Sobre el rechazo judicial de la idoneidad del procedimiento de internamiento del art. 763 LEC.*—En relación con la segunda cuestión, el Tribunal Constitucional, tras repasar los hitos fácticos y jurídicos más relevantes de los supuestos planteados, concluye que la actuación de los órganos jurisdiccionales fue correcta. Entiende el Tribunal que, si bien concurría en ambos casos el requisito del trastorno psíquico recogido en el art. 763 LEC, no ocurría lo mismo con la «urgencia» asimismo requerida para poder estimar las solicitudes del Ministerio Fiscal. En el primer caso, la paciente pasó más de 3 meses internada hasta que comenzaron los trámites puramente judiciales. En el segundo caso, ya hubo una primera resolución judicial, previa a la actuación de la Fiscalía, que había desestimado la solicitud, con base en el art. 763.1.pf. 2.º LEC.

A continuación, el Tribunal señala tres ideas fundamentales: (i) las enfermedades diagnosticadas en ambos casos resultaban perfectamente subsumibles en el concepto de «enfermedad o deficiencia persistente de carácter psí-

*quico que impida a la persona gobernarse por sí misma» del art. 200 CC regulador de la incapacitación; (ii) las demandas de amparo no aportaron argumento alguno contrario a la posibilidad de que el juez pueda autorizar el internamiento involuntario como medida cautelar en el seno de un procedimiento de incapacitación y (iii) el procedimiento de incapacitación era idóneo, en supuestos como los que se plantearon, en la medida en que las afectadas precisaban de una protección integral. Por todo ello, concluye que, en un principio, las resoluciones judiciales recurridas fueron correctas.*

c) *Insuficiencia de la actuación judicial.*—El Tribunal Constitucional, no obstante, pone de manifiesto que los autos impugnados, aun siendo correctos jurídicamente, presentan un defecto esencial en forma de omisión. La decisión de rechazar las solicitudes basadas en el art. 763 LEC fue ajustada a Derecho. Sin embargo, los órganos judiciales que conocieron de los asuntos, lejos de limitarse a este rechazo, debían haber ido más allá tan pronto como constataron que se había producido una privación de libertad ilegal, al margen de que la vía del art. 763 LEC no fuese la adecuada para corregirla. Sin embargo, no hicieron nada más y es aquí donde comienza el reproche del Tribunal Constitucional.

Apelando a las facultades de oficio del art. 762.1 LEC, se entiende que los órganos jurisdiccionales debían haber proveído a la protección de las afectadas mediante la adopción inmediata de la medida cautelar de internamiento involuntario procediendo, por su parte, el Ministerio Fiscal a promover la demanda judicial de incapacitación. Al no hacerlo, los órganos jurisdiccionales se limitaron a desestimar una solicitud de internamiento por entender que no concurrían los requisitos a sabiendas de que existía una persona internada de forma irregular y sin hacer nada para remediarlo. Por todo ello, estima las dos demandas de amparo por vulneración del derecho fundamental a la libertad personal, anulando parcialmente los autos impugnados y retrotrayendo las actuaciones a fin de que, por parte de los Juzgados de Primera Instancia competentes, se tutelen los derechos vulnerados.

**STC 39/2016, de 3 de marzo.**

**RA: Desestimado.**

**Ponente: Roca Trías. Votos particulares discrepantes de Valdés Dal-Ré al que se adhiere Asúa Batarrita y de Xiol Ríos.**

**Conceptos: Derecho a la intimidad. Derecho a la protección de datos de carácter personal. Videovigilancia. Relaciones laborales. Poderes de dirección del empresario.**

**Preceptos de referencia: Artículo 18.1 y 18.4 CE, artículos 4, 5 y 6 de la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de carácter Personal.**

Igual que en numerosos aspectos de nuestras vidas, esta sentencia cumple una máxima un tanto particular: A veces, lo más relevante puede encontrarse en lo que queda más discretamente expresado o formulado. Así, en el Fundamento de Derecho Primero y antes de empezar con la batería legislativa y jurisprudencial que va de suyo, la ponente introduce una explicación tan premonitoria como infrecuente de por qué este caso tiene trascendencia constitucional: porque va a permitir al Tribunal «*perfilar o aclarar su doctrina en relación con el uso de cámaras de videovigilancia en la empresa*», y muy singularmente, sobre si tal uso requiere dar información concreta y

específica sobre ello al trabajador, o bastará con que dicha información tenga un carácter general.

En el punto de mira se encuentra sin duda la STC 29/2013, de 11 de febrero, cuyos fundamentos deben ser recordados, aun someramente, toda vez que late no sólo en las argumentaciones de la ponencia –para oponerse a ella en algunos puntos, para delimitarla en otros–, sino también en los extensos y concienzudos votos particulares y especialmente el de Valdés Dal-Ré, quien no en vano, fue ponente de aquélla. Tal y como rezan los antecedentes de la meritada sentencia, ante la sospecha de irregularidades en el cumplimiento de la jornada laboral de un trabajador, la Universidad de Sevilla decidió cotejar la información de las cámaras de video instaladas en el campus, señalizadas y advertidas al público en general por medio de pegatinas. Una vez comprobado que las sospechas eran ciertas, el trabajador es sancionado. El Tribunal Constitucional le otorga el amparo, toda vez que la Universidad vulneró el artículo 18.4 CE al no proveer al trabajador con una información *«previa y expresa, precisa, clara e inequívoca (...) de la finalidad de control de la actividad laboral a la que esa captación podía ser dirigida (...) explicitando muy particularmente que podían utilizarse para la imposición de sanciones disciplinarias por incumplimientos del contrato de trabajo»*.

Pues bien, volviendo a la sentencia que nos ocupa, los hechos parten de un mismo comienzo: las sospechas del empresario, Bershka España, sobre las irregularidades –en este caso, pecuniarias– que estaría llevando a cabo una trabajadora, quien podría estar apropiándose de efectivo de la caja de la tienda por medio de devoluciones ficticias. El empresario, tras instalar temporalmente cámaras de vigilancia que apuntaban exclusivamente hacia la caja registradora y que fueron genéricamente anunciadas por medio de una pegatina en el escaparate de la tienda, alcanza certeza respecto de lo que ya suponía, y despide disciplinariamente a su empleada.

La trabajadora impugna la legalidad de su despido, alegando que la colocación de las cámaras atentó contra sus derechos al honor, intimidad y dignidad. El Juzgado de lo Social N.º 2 de León desestimó la demanda de la trabajadora entendiendo que el despido había sido procedente, toda vez que el control oculto era el único medio posible para comprobar fehacientemente la comisión de irregularidades. El TSJ de Castilla León confirma la anterior sentencia, dando por bueno el anterior razonamiento, para concluir que la actuación empresarial ha satisfecho el triple juicio de proporcionalidad necesario para limitar derechos y libertades constitucionales.

La recurrente solicita amparo constitucional, alegando sustancialmente vulneración de los derechos reconocidos en el artículo 18.1 y 18.4 CE. Entiende –con cita expresa de la antedicha STC 29/2013– que en casos como el presente se exige ineludiblemente la información previa, expresa e inequívoca al trabajador, y ello con independencia de la licitud y proporcionalidad del fin perseguido por el empresario. Cualquier otra cosa supondría desnaturalizar el contenido esencial del derecho a la protección de datos.

El Tribunal analiza por separado la pretendida vulneración del derecho a la intimidad (18.1 CE) y del derecho a la protección de datos (18.4) para tratar en primer lugar ésta última. El derecho fundamental a la protección de datos tiene, para el Alto Tribunal, una doble vertiente: cognoscitiva, o relativa a ser adecuadamente informado acerca de quién posee los datos personales y para qué fin, y volitiva, consistente en la facultad de consentir acerca de la recogida y uso de tales datos por un tercero y, llegado el momento, incluso

oponerse a dicho tratamiento. Esta concepción dual del derecho a la protección de datos (expuesta paradigmáticamente en la STC 292/2000, de 30 de noviembre) sería la efectivamente recogida en la Ley Orgánica 15/1999, de protección de datos de carácter personal, y en especial en sus artículos 5 (Derecho de información en la recogida de datos) y 6 (Consentimiento del afectado).

A partir de dichas premisas, el Alto Tribunal examina el caso que nos ocupa para formular distintas valoraciones, que a veces reproducen el mismo contenido de la ley, pero otras veces son tan novedosas como aparentemente contrarias a su previa jurisprudencia. La primera de ellas es que, en relación con el consentimiento del afectado, aparece expresamente exceptuado en el artículo 6.2 de la LOPD cuando los datos se refieran a «*las partes de un contrato o precontrato de una relación negocial, laboral o administrativa*». Es cierto que existe, así y todo, una excepción a la excepción, pues sí se requerirá el consentimiento del contratante, trabajador o administrado cuando se pretenda obtener los datos para una finalidad ajena al contrato o vínculo. Por ello en el caso de autos el Fundamento 4.º de la sentencia es meridiano: el empresario demandado no necesitaba del consentimiento del trabajador para el tratamiento de imágenes obtenidas por cámaras que perseguían garantizar la seguridad o control laboral, y por ende el propio cumplimiento de la relación laboral.

La segunda conclusión es, sin duda alguna, mucho más problemática que la anterior. Analizando el cumplimiento o no del ineludible deber de información antes adelantado, el Tribunal destaca que el distintivo colocado en el escaparate de la tienda cumple con las exigencias de la instrucción 1/2006, de la Agencia Española de Protección de Datos. En tanto que tal instrucción persigue entre otras cosas dar cumplimiento al artículo 5 de la Ley Orgánica, y por tanto al deber de información, el Tribunal infiere lo que ya podrá intuir el lector: cumplidos los deberes legales de información, aun siendo ésta genérica y abierta (y por ende, ya no previa, expresa y precisa como se requería en la STC 29/2013), no puede entenderse infringido el derecho fundamental a la protección de datos.

La tercera conclusión es aún más compleja que la anterior, aunque igual de problemática. El Tribunal valora el alcance del tan conocido juicio de proporcionalidad constitucional (SSTC 66/1995 o 37/1998), para colegir, por un lado, que en relación con la pretendida vulneración del derecho a la intimidad (18.ICE), el uso de videocámaras en el caso de autos bien puede entenderse como una medida idónea, necesaria y proporcional, toda vez que la grabación pretendía confirmar unas irregularidades, de las cuales serviría como prueba, y todo ello limitándose únicamente a la zona de la caja registradora. Pero nuevamente, los razonamientos más llamativos del Tribunal son los que dedica a la relación entre el juicio de proporcionalidad y el derecho a la protección de datos. Por un lado se parte, tal y como señalábamos, de que el derecho no puede entenderse infringido si hubo información (aún genérica) y consentimiento (o este, como en el caso que nos ocupa, aparecía legalmente exceptuado). Pero adicionalmente se añade, a modo de *obiter dicta*, la siguiente conclusión: aun cuando se hayan incumplido los deberes de obtener el consentimiento previo, o de informar debidamente, tales infracciones sólo se entenderán conculcadoras del derecho a la protección de datos cuando la actuación del empresario no haya superado el test de proporcionalidad entre el derecho a la protección de datos y las facultades empresariales de vigilancia y control. Ello es así porque el poder

de dirección empresarial reconocido en el artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores no es sino reflejo de los derechos constitucionales reconocidos en los artículos 33 y 38 CE; poder que por ende legitima el control empresarial del cumplimiento, por parte de los trabajadores, de sus respectivas obligaciones profesionales (al recalcar este punto cita el Alto Tribunal la STEDH de 12 de enero de 2016, caso *Barbulescu v. Rumanía*, a la que luego volveremos).

Acompañan a la sentencia varios y muy incisivos votos particulares. El primero de ellos, rubricado por Fernando Valdés Dal-Ré y al que se adhiere Adela Asúa Batarrita, pone en cuestión la raíz de casi todos los razonamientos anteriores. En primer lugar, critica duramente la conclusión segunda antes referida, mostrando su perplejidad porque se hayan abandonado, sin apenas justificación, los derroteros marcados por la STC 29/2013, hasta el punto de llegar a entenderse como satisfecho el deber de informar por el mero hecho de colocar un distintivo visible en el escaparate del lugar de trabajo. En segundo lugar, y con gran énfasis, combate las conclusiones sobre el juicio de proporcionalidad aplicable a la protección de datos, para inferir que el poder empresarial no puede entenderse sin más como comprendido en los artículos 33 y 38 CE –y por tanto constitucionalizado–, que adicionalmente no se entiende por qué puede ser de aplicación un juicio de proporcionalidad aun a riesgo de sacrificar el contenido esencial del artículo 18.4 CE, y que en cualquier caso lo que ya sí resulta un imperdonable exceso argumentativo, es defender que el juicio de proporcionalidad podría ser aplicable incluso cuando el empresario hubiera incumplido sus obligaciones legales derivadas de la LO 15/1999.

A su vez, el voto discrepante del magistrado Xiol Ríos se centra mucho más en el cambio jurisprudencial sobre el deber de informar, para señalar distintos puntos criticables de la nueva senda asumida por el Tribunal. Así, entiende que el deber de informar plasmado en el artículo 5 de la Ley Orgánica debe entenderse ineludiblemente referido a los trabajadores, y no al público en general. Por tanto, ellos deben ser informados de una manera directa y eficaz sobre el hecho de la videovigilancia. Omitir tal deber es una lesión al contenido esencial del derecho, y una prerrogativa, desmedida e injustificada, otorgada por el Alto Tribunal al empresario.

Por último, debe traerse a colación un hecho tan novedoso como trascendente: la Gran Sala del TEDH, en sentencia de 5 de septiembre de 2017, ha estimado el recurso interpuesto contra la sentencia de 12 de enero de 2016, en el caso *Barbulescu v. Rumanía*, dictada en primera instancia por el mismo Tribunal y a la que se refiere el Tribunal Constitucional para fundamentar las medidas de control y vigilancia del empresario. A salvo de las muchas y relevantes diferencias entre aquel caso y el que ahora nos ocupa, no es tampoco superfluo señalar cuál ha sido la conclusión alcanzada por el Tribunal de Estrasburgo: para acceder y vigilar el contenido de mails y otros mensajes electrónicos remitidos por el trabajador desde plataformas que le han sido proporcionadas por el empresario, se requiere de una información previa, concreta y directa; en caso contrario, debe entenderse vulnerado el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Muy previsiblemente, esta sentencia no sólo afectará a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la vigilancia de correo electrónico por el empresario (*Vid.* STC 170/2013), sino también a otras posibles prerrogativas del empresario como la videovigilancia, y en especial, al alcance y extensión que deba darse al deber de informar al trabajador sobre tales usos.

**STC 65/2016, de 11 de abril.**

**RA: Estimado.**

**Ponente: Pérez de los Cobos.**

**Conceptos: Derecho a la tutela judicial efectiva y a una resolución fundada en Derecho. Eficacia de las Sentencias del TEDH. Incidente extraordinario de nulidad de actuaciones. Deber de motivación de las resoluciones de inadmisión. Interés superior del menor.**

**Preceptos de referencia: Art. 24.1 CE; art. 8 CEDH y art. 241 LOPJ.**

La Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se reforma la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, puso fin a un vacío legal existente hasta ese momento en nuestro ordenamiento jurídico, y estableció el recurso de revisión como mecanismo procesal adecuado para revisar resoluciones judiciales firmes cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) haya declarado que tales resoluciones se han dictado conculcando derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH). La presente sentencia trata una cuestión que se suscitaba antes de que se operase tal reforma, como era la posible utilización del incidente extraordinario de nulidad de actuaciones como mecanismo para valorar si resoluciones judiciales firmes habían incurrido en vulneración de derechos fundamentales, cuando una Sentencia del TEDH había apreciado tal vulneración.

Los hechos del caso son los siguientes: En el año 2005, la Consejería de Igualdad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía declaró en situación de desamparo a una menor, hija de la hoy recurrente. El 23 de marzo de 2007 se formuló propuesta de constitución judicial de acogimiento familiar preadoptivo a la que se opuso la recurrente. El Juzgado de Primera Instancia número 16 de Granada desestimó la oposición de la madre en Sentencia de 4 de noviembre de 2009, que fue confirmada en apelación por Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 18 de junio de 2010 (firme desde el 15 de septiembre de ese mismo año). Después de interponer recurso de amparo –que fue inadmitido– la recurrente formuló demanda ante el TEDH, el cual declaró que se había producido una violación del artículo 8 del CEDH en Sentencia de 18 de junio de 2013 (Asunto R. M. S. c. España). El TEDH entendió que se había producido una violación del derecho de la demandante a vivir con su hija, ya que el lapso de tiempo transcurrido «*consecuencia de la inercia de la Administración y la propia inercia de las jurisdicciones internas*» había imposibilitado el reagrupamiento familiar entre la demandante y su hija. Por ello, el TEDH, tras declarar la violación del artículo 8 del CEDH, establecía que las Autoridades nacionales competentes debían tomar las medidas apropiadas en el interés superior de la niña, y condenaba al Estado al pago de una cantidad en concepto de daño moral, gastos y costas.

Tras la Sentencia del TEDH, la recurrente formuló incidente extraordinario de nulidad de actuaciones ante el Juzgado de Primera Instancia número 16 de Granada, en relación con la sentencia de 4 de noviembre de 2009, y solicitó la reposición de las actuaciones al momento anterior a la misma así como el dictado de una nueva resolución conforme a la Sentencia del TEDH. El incidente de nulidad fue inadmitido por auto de 9 de enero de 2014, con fundamento en el artículo 46.2 del CEDH y en el artículo 241.1 de la LOPJ. Conviene destacar, por los motivos que se desarrollarán a continuación, que la referencia al artículo 241.1 de la LOPJ se hacía en los siguientes términos

*«no se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo, podrían pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en defectos de forma que hayan causado indefensión o en la incongruencia del fallo [...]»*, esto es, con la redacción anterior a la reforma operada por la Ley Orgánica 6/2007.

La demandante de amparo interpuso recurso de apelación contra el citado auto, que fue desestimado por la Audiencia Provincial de Granada por Auto de 3 de septiembre de 2014.

Tras ello, interpuso recurso de amparo en el que alega: i) vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 de la CE) en relación con el artículo 10.2 CE y 13 del CEDH, al entender que tras la reforma operada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, el incidente excepcional de nulidad de actuaciones es el mecanismo idóneo para que los tribunales españoles apliquen las sentencias emanadas del TEDH, ante la falta de un instrumento específico para tal fin, y ii) vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (artículo 24.1 CE) al considerar que las resoluciones judiciales recurridas no estaban motivadas.

Admitida a trámite la demanda, la Junta de Andalucía y el Ministerio Fiscal presentaron sus alegaciones. Así, la Letrada de la Junta solicitó la inadmisión o subsidiaria desestimación de recurso alegando, fundamentalmente i) que la sentencia del TEDH había sido cumplida ya que el Estado había pagado la cantidad establecida; ii) que la sentencia no había sido correctamente interpretada ya que sólo se preveía el restablecimiento de la situación anterior cuando fuese posible, y en el caso de autos, ello era contrario al interés de la menor, y iii) inidoneidad del incidente excepcional de nulidad para ejecutar las sentencias del TEDH.

El Ministerio Fiscal, por el contrario, interesó el otorgamiento del amparo al entender que, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 6/2007 –y antes de la producida por la Ley Orgánica 7/2015–, el incidente de nulidad de actuaciones es el medio idóneo para la ejecución de las Sentencias del TEDH, ante la falta de previsión normativa específica para ello.

Una vez expuesto tanto el relato fáctico como las alegaciones de las partes, entramos en la fundamentación jurídica de la sentencia. El Tribunal Constitucional centra el objeto del recurso en el control de constitucionalidad del Auto de 9 de enero de 2014 del Juzgado de Primera Instancia número 16 de Granada que inadmitía el incidente de nulidad de actuaciones y la posible vulneración del derecho de la recurrente a la tutela judicial efectiva sin indefensión (artículo 24.1 CE).

De este modo, el Tribunal centra su análisis en dos aspectos. De un lado, la eficacia interna de las Sentencias del TEDH en relación con procesos judiciales concluidos por resolución judicial firme y efectos de cosa juzgada; y, por otro lado, la utilización del incidente de nulidad como mecanismo para lograr tal eficacia y su relación con el derecho a acceder a los recursos legalmente establecidos.

Respecto de la primera cuestión, señala que si bien el CEDH no obliga a dar cumplimiento a las sentencias del TEDH mediante la anulación de resoluciones judiciales firmes, ello no es un obstáculo para la pretensión de la recurrente –que no es sino la obtención de una respuesta motivada al incidente– en tanto el recurso de amparo se configura como *«un medio excepcional de protección de los derechos fundamentales, al fisca-*

lizar el cumplimiento que de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos realicen los órganos judiciales» (ATC 132/2013, de 29 de mayo, FJ4).

Por lo que se refiere a la segunda cuestión, indica que la utilización del incidente excepcional de nulidad de actuaciones vino motivada por la ausencia, en ese momento, de un cauce específico en nuestro ordenamiento jurídico para lograr la efectividad de las Sentencias del TEDH. Recuerda el Tribunal que este vacío legal ha quedado cubierto por la Ley Orgánica 7/2015, que modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial y establece el recurso de revisión como mecanismo para recurrir las resoluciones judiciales firmes cuando el TEDH haya declarado que las mismas han sido dictadas con vulneración de los derechos reconocidos en el CEDH y los efectos de la violación no puedan cesar de otro modo. Destaca que la inadmisión del recurso de revisión afecta al derecho a acceder a la jurisdicción, y que por ello, las causas de inadmisión deben ser interpretadas conforme al principio *pro actione*.

A continuación, en el FJ 5, el Tribunal recuerda que el derecho a la tutela judicial efectiva, en su dimensión de obtención de un pronunciamiento judicial, queda también satisfecho con una resolución de inadmisión motivada que, en el caso del incidente extraordinario de nulidad de actuaciones, adquiere una especial relevancia. Así, señala que antes de la reforma operada por la Ley Orgánica 6/2007 el ámbito el incidente de nulidad quedaba circunscrito a los supuestos de defectos formales que hubiesen causado indefensión. Con la reforma el incidente quedó configurado como un mecanismo para denunciar la vulneración de derechos fundamentales susceptibles de amparo (artículo 53.2 CE) y fue reconocido por el Tribunal Supremo como «el medio más idóneo para valorar si se ha producido una vulneración de derechos fundamentales conforme a la interpretación que de los mismos» realiza el TEDH (ATS de 2 de febrero de 2015). Es por ello, por lo que el Tribunal Constitucional concluye que en estos casos debe realizarse una interpretación restrictiva de las causas de inadmisión.

Refiriéndose al caso concreto, el Tribunal indica que el Auto impugnado fundamentó la inadmisión del incidente de nulidad, de modo principal, en el artículo 241 LOPJ, pero en su redacción anterior a la reforma, esto es, cuando el incidente se preveía sólo para defectos formales, omitiendo el nuevo ámbito de aplicación, mucho más amplio del incidente, como mecanismo de protección de derechos fundamentales. De este modo, destaca el Tribunal que el órgano judicial no solo aplicó una disposición derogada, sino que además no cumplió con la obligación de interpretar restrictivamente las causas de inadmisión ni con la de motivar la resolución.

En último lugar, añade el Tribunal Constitucional que, en el caso de autos, al estar afectada una menor, la actuación judicial tenía que estar presidida por el interés superior del menor, lo que exigía una mayor flexibilidad procedimental.

En consecuencia, el Tribunal otorga el amparo al considerar que la decisión sobre la admisión o no del incidente de nulidad no puede conculcar el interés superior de la menor, que requiere obtener lo antes posible una resolución judicial motivada que le permita conocer si su situación de acogimiento queda o no afectada por la Sentencia del TEDH –más aún cuando existe un procedimiento de adopción de la menor en curso–.

**STC 69/2016, de 14 de abril.**

**RA: Estimado parcialmente.**

**Ponente: Pérez de los Cobos. Votos particulares discrepantes de Valdés Dal-Ré y Asúa Batarrita, al que se adhiere Xiol Ríos, y Roca Trías.**

**Conceptos: Derecho a la huelga. Piquete informativo. Daños materiales. Daños corporales. Responsabilidad civil extracontractual. Solidaridad impropia.**

**Preceptos de referencia: Art. 28.2 CE. Art. 1902 CC. Actual artículo 315 CP.**

La importancia de esta sentencia bien podría describirse sobre la base de dos atributos no siempre fáciles de integrar: novedosa y compleja. Es ciertamente novedosa por tratarse de la primera vez que el Tribunal Constitucional analiza los límites del derecho de huelga (28.2 CE) desde una perspectiva estrictamente civil, y en concreto patrimonial, determinando la responsabilidad civil extracontractual que puede exigirse por los daños corporales y materiales causados durante el desarrollo de una huelga. Es también compleja porque, como pronto se verá, el fallo y los distintos votos particulares agotan todos los posibles posicionamientos del tribunal sobre qué debió decidirse en el caso de autos: o estimar íntegramente, o sólo parcialmente, o desestimar en su totalidad la solicitud de amparo.

Los hechos probados en la sentencia de instancia –y la posible imputación o no de los mismos al demandante de amparo– son meticulosamente analizados por el Alto Tribunal. Durante la jornada de huelga general del 29 de septiembre de 2010, don Francisco de la Rosa Castillo era el líder o cabecilla de un piquete informativo, formado por más de cien personas entre los que se integraban tanto huelguistas afiliados a sindicatos como otros sujetos que no lo estaban. El piquete se presenta delante de un pub que se encontraba abierto, y don Francisco mantiene una muy acalorada discusión con su propietario, quien no tenía intención de secundar la huelga. En el transcurso de esta discusión, el primero profiere expresiones tales como «*cabrón, cierra hijo de puta, qué hacéis ahí*», incitando en todo momento a que se cerrara el pub en cuestión. En un momento determinado, el propietario reprende a un huelguista que se ha subido sobre una mesa, iniciándose a continuación un tumulto en el que el propietario sufre distintas lesiones corporales, sin que pueda concretarse a manos de quién. Durante dicho tumulto, el Sr. de la Rosa «*no profería expresiones apaciguadoras, sino todo lo contrario*». Finalmente, el propietario del pub optó por cerrar su negocio.

Francisco de la Rosa es condenado por el Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Albacete a resarcir al propietario de los daños corporales y materiales, éstos últimos por lucro cesante, que sufrió el día de autos. Entiende el juzgado que los daños materiales son directamente atribuibles al Sr. de la Rosa, que mantuvo una actitud intimidatoria y agresiva hacia el propietario del local a fin de que lo cerrara; comportamiento que por su naturaleza coercitiva debe quedar extramuros de la protección constitucional (con cita de las STC 71/1992 y 137/1997). En relación con los daños corporales, también condena al Sr. de la Rosa a resarcirlos, a pesar de no haber podido probarse que fuera él el causante directo de los mismos. Entiende el juzgado que es de aplicación al caso de autos la doctrina jurisprudencial consistente en exigir responsabilidad civil a los sindicatos por los daños procedentes de los delitos de quienes guardan con ellos una relación de dependencia (afiliados, simpatizantes...), por más que en este caso se trate de ilícitos civiles, y no penales.

La demanda de amparo tiene una fundamentación clara y contundente: la sentencia de instancia lleva a cabo una interpretación de la legalidad ordinaria restrictiva del derecho de huelga. Ello es así porque, en el caso de los daños corporales, hace descansar la imputación de la responsabilidad en quienes, como el Sr. de la Rosa, son individuos que a título estrictamente individual se limitan a dirigir un piquete informativo. En el caso de los daños materiales, la crítica es quizá un tanto más genérica, toda vez que el demandante considera que los esquemas de responsabilidad civil tradicionales deben matizarse en el supuesto de daños derivados del ejercicio del derecho de huelga, para evitar mermar o limitar la eficacia del derecho.

El Tribunal Constitucional analiza separadamente los dos resultados dañosos. Comienza recordando la jurisprudencia consolidada sobre la extensión y los límites del derecho de huelga, para subrayar que, si bien es cierto que dicho derecho «*abarca no sólo la publicidad de la huelga, sino también de sus circunstancias o de los obstáculos que se oponen a su desarrollo, a los efectos de exponer la propia postura, recabar la solidaridad de terceros o superar su oposición*» (STC 137/1997), también lo es que son conductas ajenas al ejercicio del derecho el impedir la entrada a trabajadores al centro de trabajo o amenazarlos para que lo abandonen (ATC 570/1987), causar incendios o daños en las instalaciones de la empresa (ATC 158/1994) o injuriar o insultar a quienes no secundan la huelga (STC 40/1995). Este recorrido le lleva a concluir que las intimidaciones e insultos que el demandante de amparo profirió contra el propietario del local para que lo cerrara transgreden los límites del artículo 28.2 CE y restringen ilegítimamente otros bienes y derechos; luego el amparo debe ser denegado.

Más compleja es la valoración en el caso de los daños corporales. El Tribunal comienza advirtiendo de que la doctrina aplicada en la instancia –responsabilidad civil de los sindicatos por los actos ilícitos cometidos por sus afiliados o dependientes– no es aplicable a este supuesto en el que el condenado es la persona física cabecilla o líder de un piquete informativo, pero no una organización sindical. Antes bien, recuerda que tanto en el ámbito penal (STC 254/1988) como en el estrictamente laboral (ATC 158/1994), para imponer sanciones penales o disciplinarias a los participantes en piquetes coactivos o violentos se requiere de una individualización adecuada de cuáles fueron las conductas que cada participante llevó a cabo. En el caso que nos ocupa, no constando que la agresión fuera causada o instigada por el Sr. de la Rosa, se ha llevado a cabo una imputación de responsabilidad lesiva de su derecho a la huelga, toda vez que la condición de integrante o incluso de líder de piquete no puede considerarse título bastante para sostener tal imputación. Por todo ello se otorga, en este caso sí, el amparo constitucional.

Como ya se anunciaba en la introducción, los votos particulares son especialmente ricos, meticulosos y complementarios del fallo de la sentencia. Valdés Dal Ré (y junto con él, Asúa Batarrita y Xiol Ríos) aboga por conceder un amparo íntegro, que abarque ambos eventos dañosos. Muestra su disconformidad con la denegación de amparo frente a la condena a resarcir el lucro cesante por dos motivos. En primer lugar, por no considerar suficientemente acreditado que el cierre se debió efectivamente a la presión ejercida por el Sr. de la Rosa. Así, entiende que la narración fáctica que consta en los hechos probados es especialmente débil como para poder colegir que la conducta del líder del piquete fuera, objetiva e indefectiblemente, la razón que llevó al cierre del local. Como segundo motivo, señala que aún en el caso de que tal causalidad estuviera clara y objetivamente determinada, la valora-

ción del suceso no puede desentenderse de su contexto: el curso de una huelga, en cuyo desarrollo deben admitirse también las actitudes tendentes a superar la oposición a la misma. Por tanto, únicamente si los daños trajeran causa de un hecho ajeno y desvinculado del conflicto colectivo podría condenarse a indemnizarlos; en otro caso se estaría avanzando por una senda restrictiva del derecho fundamental.

El voto particular de Roca Trías combate las conclusiones del Pleno en el otro evento dañoso. Comienza recordando la existencia de otros derechos en juego, como serán los relativos a la integridad física (15 CE), propiedad (33 CE), trabajo (35 CE) o libertad de empresa (38 CE). Para la magistrada, no puede sostenerse que reparar los daños (corporales o materiales) causados en una jornada de huelga es un límite a dicho derecho, sino más bien todo lo contrario: no exigir tal responsabilidad supondría privilegiar injustificadamente el derecho de huelga sobre otros derechos o principios constitucionales. En el presente caso la equiparación entre régimen penal y laboral con el régimen civil es artificiosa y un tanto forzada, toda vez que existe, en el ámbito del derecho civil patrimonial, la figura conocida doctrinalmente como «solidaridad impropia». Este criterio de imputación no se basaría en una estricta individualización del daño sino más bien en la generación de un riesgo que a la postre se ha concretado. Así, permitiría evitar parcelas de impunidad de aquellas conductas que exceden de los límites ordinarios del derecho de huelga, y su aplicación al líder del piquete habría sido no sólo necesaria, sino también constitucional.

Es curioso comprobar cómo la orientación de cada uno de los votos particulares parece reflejar también la trayectoria profesional de su autor (el primero, catedrático de Derecho Laboral, la segunda, de Derecho Civil), y cómo el Pleno ha optado, finalmente, por un criterio intermedio: la responsabilidad civil extracontractual no puede entenderse en nada derogada cuando se origine en el marco de derechos constitucionales, pero las reglas de imputación de dicha responsabilidad, por la gravedad de los intereses en juego, sí deberá aplicarse de una manera restrictiva.

**STC 81/2016, 25 de abril.**

**CI: Estimada. Se declara nula la previsión «c) Que el causante y el beneficiario hubieran tenido hijos comunes», de la DA 15.<sup>a</sup> de la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2008.**

**Ponente: Martínez-Vares. Voto particular discrepante de Pérez de los Cobos y Ollero Tassara.**

**Conceptos: Unión de hecho. Igualdad ante la ley. Pensiones. Exigencia de haber tenido hijos comunes.**

**Preceptos de referencia: Arts. 14 y 9.2 CE. DA 15.<sup>a</sup> de la Ley 51/2007 de Presupuestos Generales del Estado para 2008.**

D.<sup>a</sup> Concepción Indarte solicitó el 19 de septiembre de 2006 la pensión que pudiera corresponderle, al amparo del título II de la Ley 37/1984, como pareja de hecho de don J. G. G., fallecido el 24 de agosto de 2006. La Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas denegó la solicitud por acuerdo de 20 de octubre de 2006, por no cumplirse los requisitos previstos en la letra c) de la DA 15.<sup>a</sup> de la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2008. De acuerdo con esta

norma: *«Procederá el derecho a pensión de viudedad por el Régimen de Clases Pasivas del Estado, cualquiera que sea su legislación reguladora, así como por la legislación especial de guerra, cuando, habiéndose producido el hecho causante con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, concurran las siguientes circunstancias: ... «c) Que el causante y el beneficiario hubieran tenido hijos comunes»»* (comillas internas añadidas). Tras reiterados intentos y negativas, la Sra. Indarte acudió a los tribunales en demanda de que se le reconociera el derecho a una pensión de viudedad. A este objeto invocaba la STC 41/2013, de 14 febrero, que había declarado inconstitucional la disposición adicional tercera de la Ley 40/2007 y, en concreto, el requisito de que existieran hijos comunes.

La Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional acordó el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad respecto de la señalada letra c) de la DA 15.<sup>a</sup> de la Ley 51/2007. A su juicio, la norma, cuya aplicación no podía eludir, comportaba un trato desfavorable no justificado que podría lesionar el art. 14 CE en relación con el art. 9.2 CE, por las mismas causas que llevaron a la declaración de inconstitucionalidad de idéntico requisito en la DA 3.<sup>a</sup> de la Ley 40/2007 mediante la STC 41/2013, de 14 de febrero.

Tanto la Fiscalía General del Estado como la solicitante de la prestación de viudedad compartían los argumentos de la Audiencia. El Abogado del Estado, no obstante, se oponía a la pretendida inconstitucionalidad. Alegaba que los supuestos contemplados en ambas normas no eran idénticos pues *«la STC 41/2013 se refería a una pareja de hecho homosexual y a una pensión en el régimen general de la Seguridad Social, mientras que en supuesto que ahora se analiza se trata de pareja de hecho heterosexual y sometida la prestación al sistema de clases pasivas del Estado, diferencia suficiente para que no sean sin más aplicables los argumentos de la citada STC 41/2013, de 14 de febrero»* (FJ 1).

Contra lo sostenido por la Abogacía del Estado, sin embargo, el Tribunal considera que la doctrina de la STC 41/2013 es plenamente aplicable al caso y, por tanto, debe llegarse a la misma conclusión. En este sentido afirma en su sentencia que: *«Tal declaración de inconstitucionalidad es aplicable a la letra c) de la disposición adicional decimoquinta de la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2008, que establece idéntico requisito para acceder a la pensión de viudedad por el régimen de clases pasivas del Estado, y a la que le son aplicables las mismas razones que nos llevaron a descartar la ausencia de justificación objetiva relacionada con la propia esencia, fundamento o finalidad de la pensión de viudedad. Tal conclusión no puede verse afectada ni por la distinta orientación sexual de la pareja –a la que alude el Abogado del Estado–, pues tal circunstancia no se consideró «factor determinante» en la STC 41/2013, ni tampoco porque la beneficiaria esté sometida al régimen de clases pasivas del Estado, en tanto que la mayor estabilidad y permanencia del régimen funcional frente al laboral no torna en justificada y proporcionada la diferencia de trato que se establece entre parejas de hecho en razón a que hubieran tenido o no hijos en común. A lo que cabe añadir que no son escasos los colectivos de funcionarios que están incluidos en el régimen general de la Seguridad Social»* (FJ 3).

La conclusión no puede ser así otra que la declaración de nulidad por inconstitucionalidad. La sentencia cuenta con un voto particular cuyos firmantes se remiten, sin más, al que suscribieron con ocasión de la STC 41/2013.

**STC 82/2016, 28 de abril.**

**RI: Estimación. Nulidad total de la Ley valenciana 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen económico matrimonial.**

**Ponente: Roca Trias. Voto particular discrepante de Xiol Ríos.**

**Conceptos: Derecho civil valenciano. Competencias estatales y autonómicas en materia civil. Derecho civil valenciano vigente al entrar en vigor la Constitución y Derecho foral histórico del Reino de Valencia. Derecho civil consuetudinario. Concepto de costumbre. Exigencia de prueba. El Derecho civil como Derecho de la libertad y la autonomía.**

**Preceptos de referencia: Art. 149.1.8.<sup>a</sup> CE. Arts. 7, 49.1-2 y DT 3.<sup>a</sup> del Estatuto de Autonomía de Valencia de 2006.**

**1. Introducción.**—España no es un país muy grande, pero sí complicado. Ello se manifiesta de forma muy visible en la legislación civil en la que impera una importante diversidad, a duras penas ordenada por las sentencias del Tribunal Constitucional. Pocas normas hay tan complejas como el torturado art. 149.1.8.<sup>a</sup> CE que empieza proclamando la competencia exclusiva del Estado para legislar en materia civil para, al fin, tras meandros y vericuetos, dejar al lector sumido en el desconcierto. De acuerdo con la norma, la competencia del Estado es «*sin perjuicio*» de la que ostentan algunas Comunidades Autónomas («*regiones*» unas, «*nacionalidades*» otras) para la «*conservación, modificación y desarrollo*» de su Derecho civil propio o, más específicamente, del que estuviera vigente al aprobarse la Constitución en 1978 («*allí donde existan*»). Las competencias autonómicas, empero, quedan sujetas a un límite infranqueable, marcado con un tajante «*en todo caso*» que, sin embargo, a la postre no lo es del todo pues, en materia de fuentes (nada menos), el Estado debe respetar las normas de Derecho «*foral o especial*». Un verdadero campo de minas interpretativo en el que es fácil perderse sin ayuda de la Historia. Eso es lo primero que habría que explicar a un jurista extranjero —persa o no— que pretendiera sacar algo claro del art. 149.1.8.<sup>a</sup> CE. La «*solución*» que en él se recoge (incompleta, pues debe leerse con los correspondientes Estatutos de Autonomía) no es racionalista sino historicista y fue aceptada, como cabe sospechar, no tanto por convicción como por resignación, de unos y otros; o, si se quiere, por esa mezcla de audacia, altura de miras, impotencia y pereza que, interrumpida por momentos de agitación estéril, ha ido construyendo la reciente historia del país.

**2. ¿Derecho civil valenciano?**—Cuando se aprobó la Constitución muchos pensaron que el dato histórico de referencia (el «*allí donde existan*») venía marcado por el proceso compilador. Aunque desinformada, era la lectura más simple. Con ella, sólo las Comunidades Autónomas cuyo Derecho civil se llegó a materializar en una Compilación podrían asumir competencias en esta materia. El Derecho compilado sería además el único terreno a cultivar. Eso dejaba claramente fuera a Valencia cuyo Derecho civil, que lo tuvo, fue derogado en 1713 por la nueva dinastía borbónica en plena Guerra de Sucesión. Quizá por ello nadie pareció acordarse de Valencia cuando, en pleno franquismo, se decidió reunir las «*especialidades forales subsistentes*» en textos breves, como una solución de tránsito para llegar, al fin, a un Código civil español que lo fuera de verdad pues, en este ámbito y como es notorio, la codificación era, en buena medida, la crónica de un fracaso. Por esta razón pudo sorprender que, en un momento determinado, el Parlamento valenciano aprobara una ley claramente civil: La Ley 6/1986, *de Arrenda-*

*mientos históricos valencianos* (parcialmente modificada por la Ley 8/2002 y hoy ya derogada y sustituida por la Ley 3/2013 *de los Contratos y otras relaciones jurídicas agrarias*). En realidad, era obvio que tarde o temprano Valencia aprobaría leyes civiles pues el art. 31.2 del Estatuto de Autonomía de 1982 se refería expresamente a la competencia exclusiva de la Generalidad en materia de «*conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil Valenciano*». Aun así la ley, aunque muy medida, llamó la atención (¿Valencia legislando en materia civil?) y algunos de sus preceptos fueron recurridos por el Gobierno de España. Simplificando mucho, en el recurso se sostenía que los valencianos podían seguir teniendo costumbres arrendaticias agrarias e incluso modificarlas y desarrollarlas, pero sin legislar al respecto. Algo bastante absurdo pues, para crear Derecho mediante la costumbre, los valencianos no habrían necesitado en absoluto una norma estatutaria, bastándoles, como a todos, el art. 1 del Código civil español; aunque, paradójicamente, quizá no para crear «Derecho civil valenciano» sino «Derecho civil español en Valencia», por decirlo de alguna manera. Además, el Estatuto reconocía la competencia normativa a la «Generalidad» (que aprueba leyes) y no específicamente al pueblo valenciano (que, de forma directa, sólo puede crear Derecho mediante la costumbre).

En aquella ocasión el TC (sentencia 121/1992) dejó claro que las competencias civiles no se limitaban a las Comunidades que tuvieran un Derecho civil compilado: «*El amplio enunciado de esta última salvedad («Derechos civiles forales o especiales») permite entender que su remisión alcanza no sólo a aquellos Derechos civiles especiales que habían sido objeto de compilación al tiempo de la entrada en vigor de la Constitución, sino también a normas civiles de ámbito regional o local y de formación consuetudinaria preexistentes a la Constitución, por más que fueran aquellos Derechos ya legislados, sin duda, los que se situaron como referencia principal para el constituyente a la hora de articular, en este punto, las competencias del Estado y las que pudieran ser asumidas por las Comunidades Autónomas en los Estatutos respectivos»* (STC 121/1992, FJ 1, II). Nada impedía pues que Valencia utilizara la ley para fijar y, en su caso, modificar y desarrollar ciertas normas civiles consuetudinarias en materia de arrendamientos históricos agrarios: «*La Ley autonómica impugnada declara su propósito de formalizar y fijar unas determinadas reglas consuetudinarias que, hasta hoy, se habrían venido aplicando sólo a unos ciertos contratos (los llamados «arrendamientos históricos») que, al menos en parte, se habrían regido por una costumbre que sería especial no sólo por su peculiaridad sustantiva respecto al Derecho común sino también por su alcance limitado y definido en el tiempo. Esta costumbre especial es, como inequívocamente expresa el art. 1 de la Ley impugnada, a la que se ha querido dar forma de Ley, configurando dentro del Derecho arrendaticio rústico un ius singulare, en el doble sentido de ser, en primer lugar, un régimen diferenciado del civil común y, en segundo lugar, en el territorio autonómico, una ordenación específica para ciertos contratos de arrendamiento, singularizados por haber venido siendo sometidos previamente a una costumbre cuyas reglas recoge la Ley»* (STC 121/1992, FJ 2, V). La Ley valenciana fue al fin declarada constitucional salvo en algunos aspectos que infringían la competencia exclusiva del Estado en materia procesal. La sentencia, sin embargo, no fue unánime. Significativamente uno de los dos votos particulares discrepantes expresaba el temor de que se hubiera abierto, o al menos entreabierto, lo que describía como «*la caja de Pandora*».

De no haber fallecido en 1997, el magistrado discrepante, De la Vega, habría dado por confirmado su temor a la vista de las leyes que más tarde llegarían, amparadas en la reforma del Estatuto de autonomía valenciano (EAV, LO 1/2006). El nuevo art. 49.1.2.<sup>a</sup> EAV mantuvo la fórmula según la cual la Generalidad tiene competencia exclusiva sobre la «*conservación, desarrollo y modificación del Derecho civil foral valenciano*». Pero la disposición transitoria 3.<sup>a</sup> EAV parecía ir más allá –o así podría entenderse– al remitir no ya al Derecho civil existente al aprobarse la Constitución de 1978 sino al Derecho civil histórico anterior. De acuerdo con la norma citada: «*La competencia exclusiva sobre el Derecho civil foral valenciano se ejercerá, por la Generalitat, en los términos establecidos por este Estatuto, «a partir de la normativa foral del histórico Reino de Valencia», que «se recupera» y actualiza, al amparo de la Constitución Española*» (comillas internas añadidas). En el mismo sentido y de forma más general, el art. 7 del Estatuto dispone que la Generalidad «*procurará la recuperación de los contenidos correspondientes de los Fueros del histórico Reino de Valencia*».

**3. El nuevo régimen económico matrimonial valenciano.**—La impugnada Ley 10/2007, tras unas «*disposiciones generales*» (arts. 1 a 7), regulaba «*las cargas del matrimonio*» (arts. 8 a 15), «*la vivienda habitual de la familia*» (arts. 16 a 21), la «*carta de nupcias o capitulaciones matrimoniales*» (art. 22 a 30; este último luego derogado), las «*donaciones por razón de matrimonio*» (arts. 31 a 37, este último también derogado más tarde), el régimen de «*germania*» (arts. 38 a 43) y el régimen supletorio de separación de bienes (arts. 44 a 48, los dos últimos también derogados más tarde). La regulación se completaba con varias disposiciones adicionales, transitorias y finales. Sin duda, lo más llamativo y de mayor impacto social era la sustitución del tradicional régimen supletorio de gananciales por el de separación de bienes para los matrimonios contraídos tras la entrada en vigor de la ley (*cf.* arts. 6 y 44 y DT 1.<sup>a</sup>). Conscientes o no de ello (este tipo de operaciones no suelen aparecer en los programas electorales y se cocinan entre académicos y políticos, con el concurso de algunos abogados, notarios y otros profesionales), los valencianos pasaron así a casarse en régimen de separación cuando hasta entonces lo habían venido haciendo en régimen de comunidad. Como cabe suponer, el Preámbulo explica las razones de las Cortes valencianas y su esfuerzo por entroncar con el Derecho civil histórico: «*De esta manera, el Derecho Civil alumbrado en el ejercicio de la competencia del artículo 49.1.2.a) del Estatuto entronca incuestionablemente con el que fuera nuestro Derecho Foral civil, del que se separa sólo en aquello en lo que se debe dar respuesta a las exigencias más urgentes de nuestra sociedad y en lo que exige el respeto a los valores y principios de nuestra Constitución, la cual opera, precisamente, desde esos mismos principios y valores, como causa irrenunciable de la “reintegración a los valencianos del que fue su Derecho Foral civil”, llenando así, con esta actualizada y constitucionalizada reintegración, una parte del contenido de la competencia que el artículo 49.1.2.a) del Estatuto de Autonomía reconoce en exclusiva a La Generalitat, de acuerdo con lo establecido en el artículo 7 y la disposición transitoria tercera de este mismo Texto Legal*» (comillas internas añadidas). El objetivo declarado era la elaboración de un Código y, en este sentido, el Preámbulo explicaba que: «*Esta Ley es el primer paso en la recuperación del Derecho Foral valenciano*», con el objetivo y la intención de poder desarrollar en el futuro un

«Código de Derecho Foral valenciano» que englobe las distintas leyes sectoriales que se promulguen»(comillas internas añadidas).

**4. Recurso del Gobierno y alegaciones de las partes.**—La Ley 10/2007 fue recurrida en su integridad por el Presidente del Gobierno español por entender que infringía la competencia exclusiva del Estado para legislar en materia civil y, además, en el caso de dos preceptos (arts. 27.2 y 39, Ley 10/2007), por no respetar la reserva de la ordenación de los registros e instrumentos públicos. Para la Abogacía del Estado la ley 10/2007 habría venido a romper con *«la pacífica interpretación del art. 149.1.8 CE, en cuya virtud las Comunidades Autónomas sin Derecho foral compilado sólo tienen competencia para legislar las costumbres derivadas de los antiguos fueros que hayan subsistido»* [Antecedente 1, b) STC 82/2016]. Tal interpretación, fue respetada por la Ley 6/1986 de arrendamientos históricos (STC 121/1992). Sin embargo, proseguía la Abogacía, tras la reforma estatutaria de 2006 la Generalidad habría considerado que su competencia ya *«no sólo tiene como presupuesto la vigencia de un derecho consuetudinario en el momento de entrar en vigor la Constitución, sino que su contenido se extiende al desarrollo de las materias reguladas en los Fueros del Reino de Valencia que deben armonizarse con los principios y valores constitucionales»* (ibídem). Ello supondría, siempre a juicio de la Abogacía, *«forzar una diversa interpretación del art. 149.1.8 CE»* (ibídem) con la simple base de una reforma estatutaria. El Decreto de Nueva Planta de 29 de junio de 1709 *«supuso la definitiva abolición y derogación de los fueros de Valencia, que nunca se recuperaron, a diferencia de lo ocurrido en otros territorios»*. Por ello, *«tras casi tres siglos de vigencia del Derecho civil común en [la] Comunidad Autónoma, el Derecho civil valenciano que pueda estar vigente es exclusivamente de carácter consuetudinario, y vinculado esencialmente a costumbres de carácter agrario o pesquero, además de los arrendamientos históricos»* [Antecedente 1, d) STC 82/2016]. Resumiendo, Valencia estuvo en el bando perdedor en la lejana Guerra de Sucesión y, con posterioridad, no se han dado, o no se han hecho valer, razones para permitirle disfrutar de un estatuto diferente.

Como cabe suponer, las instituciones valencianas (Cortes y Generalidad) opusieron argumentos formales y de fondo. Entre los primeros, alegaban que, en realidad, el recurso debía haberse dirigido contra el reformado Estatuto de Autonomía pues la Ley 10/2007 se ajustaba escrupulosamente a él (Antecedente 6 STC 82/2016). Asimismo adujeron que no cabía recurrir la totalidad de la ley cuando el debate había quedado acotado a unos cuantos preceptos en la *«Comisión Bilateral de Cooperación»* entre la Administración General del Estado y la Generalidad Valenciana. Ir más allá, denunciaban, suponía una *«patente falta de lealtad institucional»* (Antecedente 7 STC 82/2016). En cuanto al fondo, se ponía énfasis en la reforma estatutaria de 2006. Esta reforma, razonaban las Cortes valencianas, *«asume la constitucionalidad de la recuperación y plena actualización del Derecho civil foral»* e impide que pueda *«llevarse a cabo una «interpretación reduccionista» de la competencia autonómica en materia de Derecho civil que la limite a normas consuetudinarias»*. El Estatuto, proseguían, contempla la recuperación y actualización *«de la normativa foral del histórico Reino de Valencia»*, de modo que *«la incorporación del término “foral” en el nuevo art. 49.1.2 EAV de 2006 despeja definitivamente todas las dudas sobre la plena capacidad legislativa en materia foral, y zanja, de una vez por todas, el debate doctrinal acerca de*

la expresión “allí donde existan” (art. 149.1.8 CE)». Su conclusión era rotunda: «A partir de este momento, ya no cabe interpretar el derecho civil autonómico referido sólo a la entrada en vigor de la Constitución Española, sino también a cualquier momento anterior, aunque en 1978 se encontrara derogado» (Antecedente 6 STC 82/2016). En parecidos términos se expresaba la Abogacía de la Generalidad, poniendo en particular de manifiesto «la clara intención del Estatuto de Autonomía para la Comunidad Valenciana, desde su inicial aprobación en el año 1982, de equipararse a los Estatutos de los territorios que gozaban de unos derechos forales compilados en el momento de entrada en vigor de la Constitución Española, alejándose de aquellos otros Estatutos como el asturiano, el extremeño o el murciano, carentes de dicho acervo jurídico y cuya forma de enfocar sus competencias en materia civil estaba claramente volcada a la tutela de las costumbres que pudieran subsistir» [Antecedente 7, d) STC 82/2016].

**5. Cuestiones de orden procesal: Extemporaneidad parcial y reforma posterior de la ley recurrida.**—El TC admite que el recurso del Gobierno es extemporáneo en relación con los preceptos ajenos a las discrepancias fijadas en el acuerdo de la *Comisión Bilateral de Cooperación*. En este sentido, con invocación tanto de la LOTC como de sentencias anteriores, el TC afirma que: «La identificación de los preceptos conflictivos que realiza el acuerdo de la correspondiente Comisión bilateral de cooperación exigido por el art. 33.2 LOTC, limita el ámbito objetivo del recurso de inconstitucionalidad [...] Ello implica que el objeto del presente recurso quede circunscrito a los 11 preceptos mencionados en el acuerdo de la Comisión Bilateral [...] pues respecto al resto, el recurso es extemporáneo, resultando dicho defecto insubsanable al haber transcurrido ya los plazos de impugnación de la norma establecidos en los apartados 1 y 2 del art. 33 LOTC» (FJ 2). El recurso contra esos otros preceptos no puede pues admitirse a trámite. Ello no impedirá, sin embargo, que el TC entre al fin a analizar y declarar, de oficio, la inconstitucionalidad de la ley en su conjunto por la conexión existente entre los artículos cuyo recurso se admite y aquellos otros que, en principio, quedaron al margen. Como explicará el FJ 7: «Sentado todo lo anterior, este Tribunal estima necesario, al amparo del art. 39 LOTC, además de la inconstitucionalidad de los arts. 15, 17.2, 27.2, 30, 33, 37, 39, 42, 46, 47 y 48 de la Ley de las Cortes Valencianas 10/2007 que son los únicos impugnados que no se han declarado extemporáneos, declarar la inconstitucionalidad del resto de normas que integran la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de régimen económico matrimonial valenciano impugnada por conexión o consecuencia, dado que la vulneración competencial declarada concurre en todas las disposiciones que en ella se contienen».

La sentencia descarta asimismo que las reformas llevadas a cabo por la ley 8/2009 (de *Modificación de la ley 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen económico matrimonial valenciano*) priven de objeto al recurso interpuesto (vid. el análisis de los diversos preceptos reformados que, a este objeto, se desarrolla en el FJ 3 de la sentencia).

**6. Limitación del ámbito competencial valenciano en materia civil.**—En lo esencial, la sentencia del TC se centra en cortar cualquier posibilidad de remontarse a un pasado anterior a la Constitución de 1978. El único Derecho civil propio que la Comunidad puede conservar, modificar y desarrollar es el que existía en Valencia en ese momento. No cabe acudir a los

históricos Fueros del viejo Reino, abolidos –más que derogados– por el correspondiente Decreto de Nueva Planta: «*La competencia autonómica en materia de Derecho civil foral valenciano tiene su origen en la transferencia efectuada por la Ley Orgánica 12/1982, que en ningún caso podía ir más allá de lo dispuesto en el art. 149 CE, por lo que la competencia autonómica se debe situar necesariamente en el marco de lo dispuesto en el art. 149.1.8 CE, que permite a las comunidades autónomas legislar en orden a la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil foral o especial existente a la aprobación del texto constitucional, sin que la argumentación esgrimida por los recurrentes permita admitir la existencia de un Derecho foral valenciano susceptible de actualización independientemente de su preexistencia*» (FJ 3). Debe rechazarse pues la pretensión de que el nuevo Estatuto de 2006 haya cambiado las cosas mediante su art. 7 y su DT 3.<sup>a</sup> pues todos los Estatutos de autonomía están subordinados a la Constitución: «*Las previsiones estatutarias pueden de algún modo contribuir a interpretar otras normas de ese mismo Estatuto [...] y perfilar las competencias reservadas al Estado en el art. 149.1 CE*», pero «*lo que no pueden hacer en modo alguno es negar o impedir con ello el ejercicio de las competencias propias y exclusivas del Estado*» [FJ 3, b)]. Y concluye: «*En síntesis, debemos afirmar que si bien la Comunidad Autónoma Valenciana posee competencia legislativa en materia de Derecho civil valenciano, tal y como expresa su Estatuto de Autonomía para la Comunidad Valenciana, ésta, como cualquier otra Comunidad Autónoma con Derecho civil propio, debe ejercerse de acuerdo con lo dispuesto en el art. 149.1.8 CE, es decir, con la finalidad de conservar, modificar o desarrollar las normas legales o consuetudinarias que formen parte de su acervo jurídico a la entrada en vigor de la Constitución Española*» (FJ 3 in fine).

Llegados a este punto, el Tribunal no hace sino reiterar la doctrina que ya tiene establecida sobre el art. 149.1.8.<sup>a</sup> CE en sentencias anteriores. La expresión «*allí donde existan*» referida a los derechos forales o especiales, sobre los que algunas Comunidades –con o sin Compilación de Derecho civil– tendrían competencia legislativa, requiere una preexistencia «*que no debe valorarse [...] con referencia a cualquier coordenada temporal*», como se pretende desde Valencia, sino «*muy precisamente*» al tiempo de entrada en vigor de la Constitución, «*sin que sea lícito remontarse a cualquier otro momento anterior*» [FJ 4, a)]. Por lo demás, la «*medida y límite*» de las competencias sobre ese Derecho civil preexistente vienen dados por los términos «*conservación, modificación y desarrollo*», a los que no cabe sustraerse (ibídem). Nada de ello implica discriminar a Valencia. Si hay otras Comunidades que «*han podido asumir [...] competencias más amplias es precisamente por cumplir las condiciones establecidas en el art. 149.1.8 CE*». Contra lo sostenido desde las instituciones valencianas «*la igualdad de trato ex arts. 14 y 139.1 CE no es predicable de las Comunidades Autónomas*» [FJ 4, d)]. La asimetría podrá ser notable, pero no implica discriminación.

Valencia pudo legislar sobre arrendamientos históricos porque tenía un sustrato consuetudinario que lo permitía. ¿Existía en cambio tal sustrato, directo o por conexión («*desarrollo*»), en el caso del régimen económico matrimonial? Esa sería la condición *sine qua non* para el ejercicio de la competencia legislativa autonómica. Como explica la sentencia: «*Tras los avatares codificadores y la solución dada a la llamada cuestión foral, donde no estaba Valencia, a día de hoy el art. 149.1.8 CE le reconoce competencia legislativa sobre aquellas materias civiles que forman parte de su acervo*

*normativo o consuetudinario antes de la entrada en vigor de la Constitución Española. El Estatuto de Autonomía para la Comunidad Valenciana tanto en su redacción primigenia como en la reciente reforma, asume idéntica competencia sobre el Derecho civil valenciano, pero tal competencia legislativa sólo puede tener por objeto las probadas y subsistentes costumbres forales que se hayan observado en determinadas zonas del territorio autonómico, siendo vetado a la Comunidad Autónoma valenciana crear un Derecho civil ex novo». (FJ 6).*

Además, prosigue la sentencia, al tratarse de costumbres la prueba resulta necesaria: *«Cuando se invocan normas consuetudinarias, el ordenamiento jurídico exige la prueba de su existencia, salvo que sean notorias, precisamente para distinguirlas de los meros usos sociales o convencionales, del mero hábito, aparte del difícil acceso a su conocimiento por los aplicadores del derecho y por ello [quedan excluidas] tradicionalmente del deber judicial de conocimiento (iura novit curia). En el caso de las normas contenidas en la Ley de régimen económico matrimonial valenciano no se ha demostrado su pervivencia, aplicación y cumplimiento con la creencia de tratarse de verdaderas normas jurídicas, siendo en este caso imprescindible, dada la derogación de los antiguos Fueros del Reino de Valencia» (FJ 6).*

**7. Declaración de inconstitucionalidad: Extensión y efectos.**—De lo razonado deriva la inconstitucionalidad de los preceptos cuya impugnación fue admitida a trámite. Pero, como ya ha habido ocasión de señalar, en aplicación del art. 39 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, la declaración también debe extenderse por conexión al resto de los preceptos, por lo que toda la Ley 10/2007 se anula por esta razón. Ello hace innecesario entrar a analizar la también denunciada vulneración de la competencia estatal, *«en todo caso»*, sobre registros e instrumentos públicos.

Ahora bien ¿qué sucede con los matrimonios contraídos durante la vigencia de la Ley 10/2007? ¿Cuál es su régimen económico? A este propósito el Tribunal considera oportuno recordar cuál es la esencia del Derecho civil como Derecho de la libertad y de la autonomía: *«El Derecho civil —sea el común o el foral— es eminentemente un derecho creado por y para los particulares, que resuelve los problemas que puedan surgir en sus relaciones privadas. Es el derecho de la autonomía de la voluntad por antonomasia que surge como máxima expresión de la libertad y, por ello, es un ordenamiento conformado en su mayor parte por normas de carácter dispositivo, es decir, primero rigen los pactos y subsidiariamente la norma legal» (FJ 8).* Quienes contrajeron matrimonio bajo la Ley 10/2007 pudieron pactar el régimen que hubieran considerado conveniente. Pero si no lo hicieron fue porque consideraron adecuado a sus intereses el régimen previsto en aquel momento por defecto, es decir, el régimen de separación de bienes. Este es, cabe entender, el sentido que debe darse a la siguiente explicación: *«Nuestro pronunciamiento de inconstitucionalidad no afectará a las situaciones jurídicas consolidadas, pues este Tribunal entiende que si durante la vigencia de la Ley de régimen económico matrimonial valenciano, que ahora se declara inconstitucional, los cónyuges sujetos al Derecho civil foral valenciano no han hecho uso de su facultad de capitulación, se debe a su voluntad de someterse al régimen subsidiario en primer grado que aquella establece.» (FJ 8).* Por tanto, los cónyuges *«seguirán rigiéndose por el mismo régimen económico matrimonial que hubiera gobernado sus relaciones, salvo que su voluntad contraria sea manifestada mediante las oportunas capitulaciones» (ibídem).*

**8. Voto particular discrepante.**—La sentencia cuenta con un voto particular en el que se defiende sin ambages la plena constitucionalidad de la Ley 10/2007. A juicio del magistrado discrepante, no cabe pasar por alto la clara voluntad del reformado Estatuto valenciano de 2006 de recuperar el «Derecho civil foral histórico» previo a la Constitución de 1978. Negar la relevancia competencial del art. 7 y la DT 3.<sup>a</sup> EAV sería «una trivialización de la modificación del Estatuto de Autonomía y, en último término, del Estatuto en sí y de la normativa foral histórica cuya recuperación se ordena en el marco del ejercicio de la competencia en Derecho civil de la Generalitat». En el mismo sentido añade: «El texto de la referida disposición transitoria, en relación con el artículo 7.1 del Estatuto de Autonomía, hace prevalecer sin lugar a dudas la interpretación de que en ella se trata de la recuperación de la normativa histórica de la Comunidad Valenciana vinculada a los antiguos fueros (no se opone a ello la discutible opinión mayoritaria según la cual Valencia ha estado ausente de la «cuestión foral»), y así se deduce también del devenir histórico de su aprobación» (FJ 1).

Si, contra lo defendido en el voto particular, la mayoría entiende que las normas impugnadas eran inconstitucionales, lo procedente hubiera sido plantearse o «autoplantearse» la constitucionalidad del propio Estatuto mediante un «incidente de constitucionalidad». Dicho con las propias palabras del magistrado: «En el supuesto enjuiciado resulta improcedente plantearse aisladamente la inconstitucionalidad del acto dictado en el ejercicio la competencia controvertida, en este caso la Ley de régimen económico matrimonial valenciano, pues esta trae causa directamente del Estatuto. La doctrina ha admitido profusamente el llamado incidente de constitucionalidad dentro de los procesos constitucionales, a pesar de la opinión contraria mantenida en la deliberación y quizá implícita en la Sentencia» (FJ 1). En cambio, siempre a juicio del magistrado discrepante, la sentencia no debería haber ampliado el examen de constitucionalidad, «por conexión», a las normas que quedaron fuera del recurso y respecto de las cuales éste era extemporáneo (FJ 4).

En cuanto al fondo, el voto particular defiende una tesis ciertamente ruperturista y que, de aceptarse, abriría un panorama muy diferente del que conocemos. De acuerdo con ella, la actualización constitucional de los derechos históricos de los territorios forales debería seguir quedando limitada al País Vasco y Navarra. Pero sólo en materia de Derecho público: «Esta restricción del ámbito geográfico de reconocimiento de los derechos históricos por parte de la Constitución por la jurisprudencia constitucional se refiere específicamente al Derecho público: es decir, a las instituciones de autogobierno. La jurisprudencia antigua del Tribunal Constitucional no se pronunció en cuanto a la posible recuperación de derechos históricos en materia de Derecho privado por parte de otros territorios» (FJ 2). En esta tesitura, prosigue, no se debería seguir entendiendo el «allí donde existan» del art. 149.1.8.<sup>a</sup> CE tomando como referencia el momento de la entrada en vigor de la Constitución. La tesis de la mayoría, «tiene su fundamento, a mi juicio, en una concepción restrictiva de los Derechos civiles territoriales, entendidos como realidades históricas residuales que deben conservarse provisionalmente o «por ahora» en los territorios donde «subsistan», como decía en su redacción original el Código civil» (FJ 2). Por tanto: «No existe óbice alguno para admitir que no se opone al artículo 149.1.8 CE el reconocimiento de un sistema de Derecho privado foral por parte del Estatuto de Autonomía, aun cuando no estuviera vigente en el momento de la entrada en vigor de la Constitución, siempre que sea posible calificarlo como sistema de Derecho

*privado efectivamente vigente en el ámbito histórico, geográfico y sustantivo propio de los Derechos forales, como, sin que quepa duda alguna razonable en términos historiográficos, es el caso del Derecho foral de Valencia» (FJ 2). De forma más general y con referencia al conjunto del ordenamiento civil español, el voto particular sostiene que: «Partiendo de conceptualizar los Derechos forales o especiales como subsistemas jurídicos completos, autosuficientes, modernos y susceptibles de desarrollo (y no como realidades fragmentarias premodernas reconocidas provisionalmente con carácter subordinado al Derecho común), de acuerdo con una acreditada teoría surgida en el ámbito de la doctrina civilista, mi posición es la de los Votos particulares formulados a la STC 88/1993, de 12 marzo, según los cuales el Derecho civil foral no puede ser concebido como una serie más o menos residual de normas e instituciones aisladas y asistemáticas, sino como un sistema normativo dotado de la sistematización y conexión interna y de la completitud propias de un ordenamiento que tiene además constitucionalmente reconocida la posibilidad de determinar sus específicas fuentes de producción normativa.» (FJ 3).*

#### **STC 110/2016, 9 de junio.**

**RI: Estimación parcial. Inconstitucionalidad y nulidad de los arts. 1.1 (en el inciso «los derechos y deberes de quienes son miembros»), 2, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13 y 14 de la Ley valenciana 5/2012, de 15 de octubre, de Uniones de hecho formalizadas de la Comunitat Valenciana.**

**Ponente: Enríquez. Voto particular discrepante de Xiol Ríos.**

**Conceptos: Competencias en materia civil y en materia administrativa. Territorialidad del Derecho público y personalismo del Derecho civil. Derecho civil foral del histórico Reino de Valencia y Derecho civil valenciano.**

**Preceptos de referencia: Arts. 149.1.8.ª, 10.1 y DA 1.ª CE. Arts. 7, 49.1-1 y 1-2 y DT 3.ª del Estatuto de Autonomía de Valencia de 2006.**

**1. Introducción. Derecho civil valenciano.**—Tal como se ha explicado en la reseña de la sentencia 82/2016, tras un primer movimiento exitoso (Ley 6/1986, *de Arrendamientos históricos valencianos*, avalada por el Tribunal Constitucional, STC 121/1992), la Comunidad Autónoma decidió dar un nuevo impulso a su Derecho civil al amparo de la reforma estatutaria de 2006. A este objeto, aprobó tres leyes dedicadas al régimen económico matrimonial (Ley 10/2007, de 20 de marzo), a las relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven (Ley 5/2011, de 1 de abril) y, finalmente, a las uniones de hecho formalizadas (5/2012, de 15 de octubre). Todas ellas se situaban en la senda de una recuperación de un Derecho civil foral histórico que dejaba de tomar como obligada referencia el existente (*subsistente*) en el momento de la entrada en vigor de la Constitución de 1978. La primera de esas leyes se presentaba, en su preámbulo, como «*el primer paso en la recuperación del Derecho foral valenciano, con el objetivo y la intención de poder desarrollar en el futuro un Código de Derecho foral valenciano*». En la segunda ley se insistía en lo mismo, señalando que la reforma estatutaria de 2006 había permitido un «*salto cualitativo*» en relación con la situación anterior. En la tercera —objeto de la sentencia aquí reseñada— ya no había declaraciones programáticas y se daba por sentado un nuevo ámbito de competencias civiles autonómicas. El centro del debate se situaba así en el

pretendido alcance innovador del reformado Estatuto de Autonomía de Valencia (EAV, 2006). Sin embargo, en el momento de abordar este nuevo caso, el Tribunal ya había dejado claro que las normas estatutarias invocadas por las instituciones valencianas carecen de toda relevancia en materia de competencia (STC 82/2016, *vid. supra*). Por tanto, y así lo corrobora la sentencia ahora reseñada, se mantiene el criterio sentado en la ya lejana primera sentencia a propósito de la Ley de arrendamientos históricos valencianos (STC 121/1992). En este sentido, el Tribunal recuerda que la competencia en materia civil no está limitada a las Comunidades que tuvieron una Compilación. Valencia, por tanto, puede legislar en ese ámbito. Pero sólo *sobre y a partir del* Derecho consuetudinario existente en el momento de la entrada en vigor de la Constitución. No cabe pasar por alto la abolición de los Fueros del histórico Reino de Valencia como efecto de la Guerra de Sucesión. Ni la Constitución ni, mucho menos, el Estatuto reformado en 2006 permiten viajar al pasado más allá de 1978. Valencia no tiene el mismo nivel de competencias civiles que otras Comunidades. Pero no debe verse en ello una discriminación o infracción del principio de igualdad, pues éste, dice el Tribunal, se predica de las personas y no de las Autonomías. España es un país asimétrico y lo seguirá siendo mientras no se modifique la Constitución o el Tribunal Constitucional la reinterprete.

**2. Contenido de la ley recurrida.**—La ley valenciana 5/2012 regula las uniones de hecho formalizadas. Se trata de un texto breve, de tan solo quince artículos centrados en los siguientes extremos: objeto y principios de la ley (art. 1: derechos y deberes de los miembros de la pareja, igualdad entre ellos); ámbito de aplicación (art. 2: necesaria vecindad civil valenciana de la pareja, con remisión a las normas de conflicto del Código civil español en otro caso); constitución de la unión (art. 3: inscripción constitutiva en el Registro de Uniones de Hecho); prohibiciones (art. 4: exclusión de menores no emancipados, personas casadas o parte de otra unión de hecho, parentesco; nulidad de los pactos que limitan la duración de la unión o la sujetan a condiciones); causas de extinción y cancelación de la inscripción registral (art. 5: acuerdo de la pareja o voluntad individual de uno de sus miembros, existencia de proceso penal por determinados actos contra el otro miembro o los hijos, cese injustificado de la convivencia por tres meses o más y muerte); efectos de la extinción (art. 6: revocación de poderes); libertad de regulación de la convivencia y de las relaciones económicas (art. 7: autonomía de la voluntad); gastos comunes (art. 8); derecho de alimentos (art. 9); disposición de la vivienda habitual (art. 10); responsabilidad patrimonial por las deudas y gastos comunes (art. 11); destino *post mortem* del ajuar y uso de la vivienda habitual (art. 12); representación legal del otro miembro de la unión (art. 13: equiparación con el matrimonio en lo que se refiere a las situaciones de incapacidad, ausencia, etc.); derechos sucesorios (art. 14: equiparación con la relación matrimonial); otros efectos (art. 15: en materia de función pública, derechos y deberes de esta naturaleza, pensiones y ayudas). Además, la ley valenciana 5/2012 cuenta con otras varias disposiciones (adicional, derogatoria, transitorias y finales).

**3. Alegaciones del Gobierno español y de las instituciones valencianas.**—El planteamiento de la parte recurrente discurre, en principio, por los mismos cauces argumentales ya utilizados contra la Ley 10/2007, sobre régimen económico. En este sentido la Abogacía del Estado alegaba la vulnera-

ción de las competencias del Estado en materia civil (arts. 149.1.8.<sup>a</sup> CE y 49.1.2 EAV), al haberse apartado las instituciones valencianas de la doctrina de la STC 121/1992 (ley de arrendamientos históricos), según la cual la competencia autonómica «no puede estimarse referida sino al Derecho consuetudinario que, tras la abolición de los Fueros y hasta nuestros días, subsistiera en el territorio de la Comunidad Autónoma» [cfr. Antecedente 1, a), STC 110/2016]. Valencia podría así regular (*conservación* o *modificación*) viejas instituciones consuetudinarias, o ir más allá aunque siempre por vía de conexión (*desarrollo*). Le está vedado en cambio emprender una «*recuperación romántica [sic] o indiscriminada*» del Derecho foral valenciano (*ibídem*). La denuncia, además, no quedaría limitada a preceptos concretos de la ley de uniones de hecho pues, a juicio de la Abogacía, se extendería al conjunto de la misma y, por tanto, debería ser declarada inconstitucional y nula en su totalidad. A ese primer reproche, de carácter competencial, se añade un segundo «*de carácter sustantivo*». En este sentido, siempre a juicio de la Abogacía del Estado, la Ley 5/2012 vulneraría también el principio de libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), siendo de aplicación la doctrina de la STC 93/2013 que anuló por este motivo parte de la Ley navarra 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad de parejas estables.

Las Cortes valencianas, por su parte, reprochaban a la Abogacía del Estado haber pasado por alto la DA 1.<sup>a</sup> CE en la que se dispone que «*La Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales*», añadiendo que «*la actualización general de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía*». Tal disposición no sólo valdría para el derecho público de algunos territorios (Navarra y País vasco) sino también para la ampliación de competencias en materia civil llevada a cabo, según las Cortes, con ocasión de la reforma del Estatuto valenciano en 2006 (arts. 7, 49.1-1 y 1-2 y DT 3.<sup>a</sup> EAV). En síntesis, las Cortes valencianas defendían la legitimidad y constitucionalidad de la recuperación del Derecho histórico valenciano abolido por «*justo derecho de conquista*» por el Decreto de Nueva Planta de 29 de junio de 1707. La clave estaría en la importancia del término «foral» del reformado EAV: «*Si su ausencia parecía remitir la competencia de la Comunidad Autónoma a lo efectivamente vigente en el momento de entrada en vigor de la Constitución, en 1978, la incorporación del mismo al art. 49.1.2 EAV/2006 despeja definitivamente todas las dudas sobre la plena capacidad legislativa en materia foral, y zanja de una vez por todas el debate doctrinal acerca de la expresión «allí donde existan» (art. 149.1.8 CE), que ya no cabe interpretar referido al momento de la entrada en vigor de la Constitución Española sino en un sentido amplio a la vigencia del Derecho foral en algún momento anterior, aunque en 1978 se encontrara derogado. La expresión «allí donde existan» no representaría por tanto, necesariamente, la vigencia actual del Derecho civil valenciano, esto es, en 1978, sino que bastaría la pretérita*» (Antecedente 6 STC 110/2016).

En términos parecidos a los de las Cortes y reivindicando también la normativa foral del histórico Reino de Valencia, se expresaba la Abogacía de la Generalidad. En definitiva, decía, «*se trataría [...] de que la Generalitat pudiera ejercer su competencia para legislar Derecho civil valenciano como si no hubiera habido abolición*». Admitía que ello supone una «*reinterpretación del bloque de la constitucionalidad*»; pero, a su juicio, sería posible llevarla a cabo con base en el reformado Estatuto de 2006 «*que nadie ha impugnado por estos motivos*» (Antecedente 7 STC 110/2016).

**4. El marco competencial en materia civil y el alcance de la reforma del Estatuto valenciano en 2006.**—Aunque la Abogacía de la Generalidad invocaba también el art. 49.1-1 EAV («*organización de las instituciones de autogobierno*»), con referencia al Registro de uniones de hecho), el problema se centra finalmente sólo en el art. 49.1-2 EAV relativo a las competencias para la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil valenciano. En esencia se trata de saber si ese precepto, unido al art. 7 y a la DT 3.<sup>a</sup> EAV, ha alterado de alguna manera la interpretación que se venía haciendo del art. 149.1.8.<sup>a</sup> CE. Asimismo resulta necesario aclarar cuál es la incidencia en el conflicto de la DA 1.<sup>a</sup> CE, invocada por las Cortes valencianas (*vid. supra*, núm. 3). Comenzando por esta última cuestión, el TC recuerda su propia doctrina y, en concreto, lo dicho en la STC 31/2010 (sobre el Estatuto catalán de 2006) al analizar la relación entre los «derechos históricos» y el Derecho privado (STC 31/2010). Con esos antecedentes, el Tribunal reitera en la sentencia que ahora se reseña que la DA 1.<sup>a</sup> CE no puede «*orientar o condicionar la interpretación de los títulos competenciales aquí concernidos sobre legislación civil (arts. 149.1.8 CE y 49.1.2 EAV/2006), pues se refiere a una materia distinta*» [FJ 4, a)]. En cuanto a la posibilidad de que la combinación de la LO 12/1982, y la reforma del Estatuto en 2006 (arts. 7.1 y DT 3.<sup>a</sup>) hayan podido suponer una reordenación de la distribución de competencias, el Tribunal la rechaza y se remite a la doctrina establecida en la STC 82/2016 (ley de régimen económico matrimonial).

Excluidas así otras disposiciones, el problema se limita al art. 149.1.8.<sup>a</sup> CE y a las dos cuestiones que trata: En primer lugar, el presupuesto para el ejercicio de competencias civiles (solo «*allí donde existan*») y, en segundo, su alcance (únicamente «*conservación, modificación y desarrollo*»). Para ambas cuestiones, de nuevo, el Tribunal se remite a la STC 82/2016 (ley de régimen económico matrimonial). En este sentido, la sentencia ahora reseñada insiste en que la preexistencia no requiere que la Comunidad que pretende legislar en materia civil hubiera llegado tener una Compilación. Pero sí exige tomar como referencia la entrada en vigor de la Constitución de 1978, momento a partir del cual quedó fijado el correspondiente Derecho civil susceptible de conservación, modificación y desarrollo. En el caso valenciano, tal Derecho sería sólo el consuetudinario: «*De manera que, aunando ambas perspectivas, y por lo que importa a la Comunidad Valenciana, la existencia de un régimen consuetudinario previo de una determinada institución se erige a la vez en presupuesto y límite para el ejercicio de la competencia en materia de Derecho civil, lo que nos llevó a reiterar en la STC 82/2016, de 28 de abril, FJ 4 c), lo dicho en la STC 121/1992, FJ 2, acerca de los arrendamientos rústicos históricos y generalizarlo para toda institución: «la existencia de un especial régimen consuetudinario para determinados arrendamientos rústicos en el actual territorio de la Comunidad Autónoma valenciana se constituye en auténtico presupuesto ex art. 149.1.8 CE para el válido ejercicio de la competencia conferida por el art. 31.2 del Estatuto de Autonomía y que dicha competencia solo podrá ejercerse en la medida en que tal régimen consuetudinario sea efectivamente reconocible sobre el objeto ordenado, hasta la adopción de la Ley hoy impugnada, por la costumbre». La reforma del Estatuto de 2006, por las razones antes apuntadas, no permite modificar esta interpretación que impone la letra de la norma constitucional*» [FJ 5, c)].

De todo ello resulta, como en la STC 82/2016, que la Comunidad Valenciana carece de competencias «para regular las consecuencias civiles de las uniones de hecho formalizadas», tal como las denomina la ley recurrida, y ello debe conducir a declarar la nulidad de todos los preceptos que así lo hagan» (FJ 6). El Tribunal, por tanto, no hace una declaración genérica de falta de competencia para regular ese tipo de uniones. Habrá que ver cuáles de sus normas son «civiles» y cuáles no.

**5. Normas civiles y normas administrativas.**—Como es sabido, y recuerda la sentencia reseñada, está «admitido que las Comunidades Autónomas sin competencia en materia civil puedan regular sin embargo las uniones de hecho a los efectos que consideren oportunos para el ejercicio de sus competencias (SSTC 81/2013, de 11 de abril, FFJJ 5 y 6; y 40/2014, de 11 de marzo, FJ 5)» (FJ 7). La falta de competencia en materia civil no impide dictar normas de carácter administrativo. Resulta pues necesario analizar los preceptos de forma individualizada para verificar su naturaleza y concluir, de acuerdo con ella, su validez o nulidad.

Conforme a la sentencia, tienen naturaleza civil, y por tanto son nulas, las normas que «[regulan] derechos y obligaciones de los miembros de la unión de hecho formalizada». Tal es el caso de los siguientes preceptos: Art. 6 (revocación automática de poderes al extinguirse la unión); art. 7 (libertad de regulación de las relaciones personales y patrimoniales derivadas de la convivencia); art. 8 (gastos comunes); art. 9 (derecho de alimentos); art. 10 (disposición de la vivienda habitual); art. 11 (responsabilidad patrimonial); art. 12 (destino *post mortem* del ajuar y la vivienda); art. 13 (representación legal del conviviente); y art. 14 (derechos sucesorios). Mención aparte merece el art.2, aunque con el mismo resultado. En él se regula el ámbito de aplicación, que la ley hace depender de la «vecindad civil» de las partes. Pero esta conexión personalista sólo puede ser relevante en materia civil. «Una vez desprovista la Ley de su contenido civil, su ámbito de aplicación debe atenerse al «principio de territorialidad de las competencias» que este Tribunal ha declarado «implícito al propio sistema de autonomías territoriales» [por todas, STC 80/2012, de 18 de abril, FJ 7 b)] y que recoge expresamente el art. 7.2 EAV/2006. [...]. De este principio general de territorialidad se exceptúan las normas civiles, como expresamente dispone el art. 7.2 EAV/2006 antes citado, pues esta clase de normas se aplican según la vecindad civil, que se ostenta «con independencia de donde se resida» [...] y de conformidad con lo preceptuado al efecto por el Código civil (arts. 14 y ss.). [FJ 7, a)].

En el caso de los demás preceptos, el art. 1 («objeto y principios de esta ley») «solamente resulta inconstitucional en el inciso que da soporte a la normativa civil comentada, pero no en su integridad; el resto del precepto puede seguir dando soporte a las normas válidas de la Ley». En cuanto a los arts. 3 (registro constitutivo), 4 (prohibiciones) y 5 (causas de extinción) «no regulan las relaciones de la pareja, simplemente definen lo que la Comunidad Autónoma entiende por unión de hecho en legítimo ejercicio de sus competencias y establecen un registro para su publicidad y constancia, lo cual tampoco infringe el art. 149.1.8 CE» [FJ 7, b)]. El art. 15, finalmente, se ocupa de los «otros efectos» de la unión que, lógicamente, deben entenderse como efectos «no civiles. Todos ellos son aceptables en la medida en que pueden reconducirse a las competencias de Derecho público que ostenta la

Comunidad Valenciana. Tampoco habría objeciones a la DA única, DF 2.ª y DT única (vid. FJ 9).

**6. Alcance temporal de la inconstitucionalidad.**—¿En qué medida afecta la sentencia a las uniones de hecho constituidas al amparo de la ley impugnada? La respuesta del Tribunal es la que cabía esperar: *«El principio de seguridad jurídica consagrado en el art. 9.3 CE aconseja limitar los efectos de esta Sentencia, que tendrá solo efectos «pro futuro», sin afectar a las «situaciones jurídicas consolidadas» (en el mismo sentido, STC 93/2013, FJ 14, sobre la Ley Foral de Navarra 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables)»* (FJ 10). Por los mismos motivos, precisa la sentencia, *«esta limitación temporal de los efectos de la declaración de nulidad no se producirá, lógicamente, en relación con el artículo 14, sobre «derechos sucesorios», cuya aplicación se encuentra suspendida desde la fecha de interposición del recurso por el Presidente del Gobierno como consecuencia de la invocación por el mismo de los arts. 161.2 CE y 30 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, habiéndose acordado posteriormente mantener esta medida cautelar [ATC 280/2013]»* (FJ 10).

**7. Voto particular discrepante.**—La sentencia cuenta con un voto discrepante del magistrado Xiol quien, sustancialmente y con reproducción literal, se remite a los argumentos ya hechos valer con ocasión de la STC 82/2016, sobre régimen económico matrimonial. En síntesis, su posición es la siguiente: *«Creo que también la regulación de determinados aspectos de la normativa valenciana sobre uniones de hecho (i) se funda en una competencia reconocida inequívocamente en la reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana; (ii) los derechos históricos en materia de instituciones privadas son reconocidos por el Tribunal Constitucional cuando se consagran en un estatuto de autonomía; y (iii) aunque no fuera así, dentro de las competencias ordinarias en materia de Derecho civil, la Comunitat Valenciana puede regular esta materia»*.

STC 148/2016, de 19 de septiembre y SSTC 206/2016, de 12 de diciembre; 207/2016, de 12 de diciembre; 208/2016, de 12 de diciembre; 209/2016, de 12 de diciembre; 218/2016, de 18 de diciembre; 221/2016, de 19 de diciembre; y 223/2016, de 19 de diciembre.

RR. AA.: Estimados.

Ponente: Narváez Rodríguez.

**Conceptos:** Cláusula suelo. Abusividad de la cláusula. Consumidores y usuarios. Acción colectiva de cesación. Acción individual de nulidad. Derecho a la tutela judicial efectiva y al acceso a la jurisdicción y a obtener una resolución de fondo. Litispendencia. Prejudicialidad civil.

**Preceptos de referencia:** Artículo 24.1 CE. Arts. 11 y 15 LEC. Art. 53 TRLGDCU. Directiva 2009/22/CE.

**1. Introducción. El derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción.**—Una de las vertientes sobre las que se proyecta el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) es el derecho de acceso a la jurisdicción. De acuerdo con una aquilatada juris-

prudencia constitucional, el derecho de acceso a la jurisdicción, como vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva, exige que «*el canon de enjuiciamiento constitucional de las decisiones de inadmisión o de no pronunciamiento sobre el fondo ha de verificarse de forma específicamente intensa, dado que rige en estos casos el principio pro actione, principio de obligada observancia para los Jueces y Tribunales que impide que determinadas interpretaciones y aplicaciones de los requisitos establecidos legalmente para acceder al proceso obstaculicen injustificadamente el derecho a que un órgano judicial conozca o resuelva en derecho sobre la pretensión a él sometida*» (STC 26/2008, de 11 de febrero). Debe recordarse también que el principio *pro actione* no supone necesariamente que se seleccione la interpretación de la legalidad más favorable a la admisión de entre todas las posible (STC 220/2003, de 15 de diciembre). Las sentencias que se reseñan a continuación versan, todas ellas, sobre esta dimensión del art. 24.1 CE con ocasión de una problemática sensible y de gran calado mediático: la nulidad, por abusivas, de las cláusulas suelo. Nótese que el objeto del proceso de todas las sentencias reseñadas coincide sustancialmente con el deducido por primera vez en la STC 148/2016, de 19 de septiembre. Por ello, en aras de la brevedad, la presente reseña versará sobre el primer pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre la materia, cuyos razonamientos han sido después extrapolados a los siete fallos posteriores que se indican.

**2. Antecedentes de hecho de los supuestos.**—Del relato fáctico destacan los siguientes hechos. La Audiencia Provincial de Barcelona (Secc. 15.<sup>a</sup>), mediante auto, estimó la excepción procesal de litispendencia respecto del procedimiento abierto contra la entidad, Catalunya Banc, S. A., como demandada, para la declaración de nulidad de la cláusula suelo incluida en el contrato de préstamo suscrito entre ella y un consumidor, como demandante. La excepción de litispendencia se reconocía en favor del multitudinario procedimiento instado en el año 2010 por ADICAE contra diversas entidades financieras, entre las que se encontraba Catalunya Banc, en ejercicio de una acción colectiva de cesación de cláusulas abusivas. El auto de la Audiencia Provincial de Barcelona resolvía a su vez el recurso de apelación interpuesto por el demandante frente al auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Barcelona, de 23 de julio de 2013, que por su parte acordaba estimar la excepción de prejudicialidad (art. 43 LEC). Del procedimiento colectivo conocía el Juzgado de lo Mercantil núm. 11 de Madrid que, en lo que interesa, dictó sentencia parcialmente estimatoria frente a Catalunya Bank el 7 de abril de 2016, declarando la nulidad de su cláusula suelo.

**3. Valoración jurídica y fallo del Tribunal.**—Los hechos expuestos y de los que trae causa la STC 148/2016, de 16 de diciembre, coinciden, en lo esencial, con los que han propiciado las siete resoluciones del Tribunal Constitucional subsiguientes.

El Tribunal comienza situando el marco conceptual del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente al derecho de acceso a la jurisdicción. A este respecto recuerda que este derecho puede satisfacerse igualmente con «*una decisión de inadmisión, siempre y cuando esta respuesta sea consecuencia de la aplicación razonada y proporcionada de una causa legal en la que se prevea tal consecuencia*» (STC 107/1993, de 22 de marzo), de tal suerte que la ponderación de su posible vulneración judicial comprende «*el análisis de si [la resolución de que se trate] resulta o no desproporcionada por su rigorismo o formalismo excesivos*» (STC 106/2013, de 6 de mayo).

Para resolver el recurso de amparo, el Tribunal repasa las normas del ordenamiento jurídico español que regulan la llamada acción colectiva de cesación de cláusulas contractuales; ello con el fin de señalar las diferencias funcionales y objetivas que, a su juicio, separan las acciones colectivas de cesación de las acciones individuales.

En primer lugar, el Tribunal alude a la acción de cesación regulada en el art. 12 de la Ley 7/1998, de 13 de abril. Esta acción se dirige a obtener una sentencia condenatoria del demandado, a fin de que elimine de sus condiciones generales las que se reputen nulas; y reconoce la posibilidad accesoria de ejercitar una acción restitutoria de las cantidades indebidamente cobradas, con ocasión de las cláusulas declaradas nulas, así como una pretensión indemnizatoria.

En segundo orden, se hace mención al art. 11 LEC y en especial a la legitimación de las asociaciones de consumidores para defender en juicio los intereses generales de los consumidores y usuarios, «*sin perjuicio de la legitimación individual de sus perjudicados*». En el art. 11.1 LEC, sitúa el Tribunal las acciones de cesación. Así, salva la aparente ausencia de legitimación individual de los consumidores solo para el ejercicio de la acción de daños, que entiende contenida en los párrafos 2.º y 3.º del art. 11; y lo hace mediante las reglas de llamamiento al proceso y publicidad del art. 15 LEC. Reglas estas de llamamiento al proceso y publicidad inexistentes en las acciones de cesación (arts. 11.1 y 15 LEC). Por ello, considera que «*el consumidor individual no necesita estar presente en las actuaciones del proceso colectivo y [...] puede actuar al margen de él ejercitando la acción de nulidad individual en un proceso autónomo*», de lo que se desprende que «*no puede deducirse judicialmente ninguna privación o sacrificio a dicha acción individual por mor de una carga de personación al proceso de cesación*». Sobre esto, volveremos.

El Tribunal cita también el art. 53 del TRLGDCU y se reafirma en su idea de que «*la ley no fija ningún tipo de preterición sea por la vía de la litispendencia u otra, de las acciones individuales frente a la acción colectiva de cesación, quedando indemne el derecho del interesado para impetrar la tutela autónoma de sus derechos e intereses legítimos*».

Posteriormente, el Tribunal aborda el Derecho comunitario. En particular, se refiere a la Directiva 2009/22/CE, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de intereses de los consumidores, para concluir que «*el ordenamiento español [...] ha efectuado una ampliación del objeto de esta acción de cesación hacia pretensiones de carácter económico*», ampliación que, en sí misma, no sería contraria al Derecho de la Unión. Además, el Tribunal Constitucional llama la atención sobre la STJUE de 14 de abril de 2016 (C-381/14 y C-385/14, *Sales Sinués*) y su exégesis del art. 7 de la Directiva 93/13/CEE, opuesta a una normativa nacional que obliga al juez que conoce de una acción individual de un consumidor, dirigida a que se declare el carácter abusivo de una cláusula de un contrato con un profesional, a suspender automáticamente la tramitación del procedimiento en espera de que exista sentencia firme sobre la acción colectiva pendiente, sin que pueda tomarse en consideración si es pertinente esa suspensión desde la perspectiva de la protección del consumidor que litiga individualmente y sin que ese consumidor pueda decidir desvincularse de la acción colectiva.

Con todo ello, el Tribunal Constitucional entiende que los autos impugnados han denegado la tutela jurisdiccional de los demandantes, solicitada a través de la demanda de nulidad individual de una cláusula supuestamente

abusiva, al remitirles a un proceso de cesación colectivo. A su parecer, (i) se han aplicado de manera incorrecta las reglas propias de las acciones de reclamación de daños (art. 11.2 y 3 LEC) en detrimento de la previsión del art. 11.1 LEC, sobre la relación entre la acción colectiva e individual de cesación; (ii) existe similitud pero no identidad entre los procesos, toda vez que la demanda de cesación se configura *ex lege* como un instrumento de control abstracto que no tiene en cuenta las circunstancias concretas del contrato a que se refiere el proceso individual; y (iii) la extensión automática de un efecto de cosa juzgada, derivado de la estimación de la acción colectiva de cesación, a todas las cláusulas iguales insertas en la universalidad de contratos en vigor puede atentar contra la autonomía de la voluntad del consumidor que no desee tal nulidad en su contrato.

**4. Crítica al fundamento del fallo.**—Hay que advertir que el fallo del Tribunal Constitucional se fundamenta en que *carece de base legal* apreciar la litispendencia y acordar la terminación de un proceso civil *ex art. 43 LEC*, en el que se ejercita una acción individual, por la pendencia de una acción colectiva. En este sentido, no es ocioso plantearse si el fallo del Tribunal Constitucional, posteriormente confirmado en hasta siete pronunciamientos, no resulta desmedido en cuanto a su alcance. Y es que el criterio del mismo Tribunal reza que el canon de enjuiciamiento constitucional solo excluye aquellas interpretaciones que, al impedir el acceso a la jurisdicción, incurran en arbitrariedad, irrazonabilidad o error patente, o bien se basen en interpretaciones rigoristas, excesivamente formalistas o desproporcionadas (STC 186/2015, de 21 de septiembre).

Tras esta reflexión, que no es más que eso, interesa destacar también la interpretación, probablemente abstracta y dogmática en exceso, que el Tribunal Constitucional realiza del art. 11 LEC en su conjunto, como fundamento determinante de su fallo. La sentencia contempla la acción de cesación —dirigida a obtener la nulidad, por abusiva, de una cláusula—, como una herramienta aislada del resto de pretensiones distintas a las de nulidad (que son las que realmente interesan a los consumidores, ya en una acción colectiva, ya en una individual) pero conectadas a ella. Estas pretensiones son —y el propio Tribunal se encarga de recordarlo cuando se refiere a los arts. 12 de la Ley 7/1998 y 53 TRLGDCU— la restitución de cantidades indebidamente cobradas o la indemnización de daños. Dicho de otro modo, para trazar la distinción entre las pretensiones del art. 11 LEC y fundar el error del auto recurrido, el Tribunal esboza a un consumidor que ejercita una acción individual de cesación (art. 11.1 LEC) y se detiene ahí; cuando la realidad es que lo que pretende no es otra cosa que la restitución de cantidades (lo que, según su propio razonamiento, se incardinaría dentro de los arts. 11.2 y 3 LEC).

Sucede, sin embargo, que el pronunciamiento que determina los efectos restitutorios derivados de la nulidad contractual en Derecho español (y hay serias dudas al respecto, véase CARRASCO, A., *Derecho de contratos*, 2.<sup>a</sup> ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 685), incluida la nulidad por abusiva de una condición general de la contratación, deriva directa e inmediatamente del propio pronunciamiento de nulidad, al que está vinculado (DÍEZ-PICAZO, L., «La anulabilidad de los contratos», en VV. AA., *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, II, Bosch, Barcelona, 1993, p. 1.223). Por tanto, si se admite que la nulidad derivada de la declaración de abusividad de una cláusula lleva anudado *ex lege* el efecto restitutorio de manera automática (por todas, STS núm. 716/2016, de 30 de noviembre),

no se aprecia una diferencia tal entre las acciones del art. 11 LEC, que excluya la vinculación del consumidor al procedimiento colectivo, como pretende el Tribunal a fin de conceder el amparo solicitado.

**5. Aproximación sobre el Derecho procesal alemán.**—En este sentido, debe recordarse que el Derecho alemán prevé, en el §11 de la Ley sobre acciones de cesación en materia de consumo (*Unterlassungsklagengesetz*) que los efectos de la sentencia derivada de una demanda colectiva (*Verbandsklage*) en un procedimiento de cesación (*Unterlassungsverfahren*) de condiciones generales de la contratación se proyecta, cuando la cláusula es declarada nula, sobre los procedimientos individuales. Esta opción es respaldada por la doctrina más autorizada (M. EBERS, «Verbraucherrecht: Prozessuale Verbindung zwischen Individual- und Verbandsklage in AGB-Verfahren», *Europäische ZS für Wirtschaftsrecht*, 2016, 505; M. WOLF/W. LINDACHER/T. PFEIFFER (Hrsg.), *AGB-RechtKommentar*, 6.ª ed., 2013, §11 UKlaG, Rn. 1, 2, 3, y 19; y A. WITT, «§ 11 UKlaG», en P. ULMER/H. BRANDNER/H. D. HENSEN, *AGB-RechtKommentar*, 11 Aufl., 2011, §11 UKlaG, p.1901). El ordenamiento alemán tan solo excluye esta vinculación inmediata del procedimiento declarativo de la nulidad respecto de los procedimientos individuales, cuando la estimación de la acción colectiva resulta del juicio de transparencia sustantiva o sorpresividad, y se ha alegado y acreditado que las circunstancias particulares (información precontractual, publicidad, etc.) son relevantes para confirmar o excluir, en cada caso, esa falta de transparencia o sorpresividad de la cláusula. Esta es una excepción a la regla general (*Vid.* W. LINDACHER, «§ 11 UKlaG», en M. WOLF/W. LINDACHER/T. PFEIFFER [Hrsg.], *AGB-RechtKommentar*, cit., p. 2.228 [párr. 18]), con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal (BGH). En el mismo sentido, A. WITT, «§ 11 UKlaG», en P. ULMER/H. BRANDNER/H. D. HENSEN, *AGB-RechtKommentar*, cit., p. 1.901 (párr. 8).

**6. Posición de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo.**—El Pleno de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo se ha pronunciado recientemente sobre los efectos de la sentencia estimatoria dictada en un proceso en el que se ejercitó una acción colectiva respecto de los procesos sobre acciones individuales (STS núm. 367/2017, de 8 de junio). Según esta sentencia, como «regla general», estimada una acción colectiva de cesación en la utilización de una cláusula suelo por parte de una entidad —en este caso, Banco Popular—, el juez debe apreciar también el carácter abusivo de la cláusula en aquellos litigios pendientes donde se ejerza una acción individual; y ello por las mismas razones expresadas en la sentencia que resuelve la acción colectiva. A salvo quedan, para el Pleno de la Sala, aquellos casos concretos donde concurren circunstancias excepcionales referidas al perfil del cliente o la información suministrada por el banco predisponente que justifiquen un fallo distinto al emitido en el proceso colectivo. En resumen, se adopta —con algunos matices y muchas más sombras— la regla alemana especial para las acciones colectivas concernientes a la falta de transparencia sustantiva: la acción colectiva de cesación, y la sentencia dictada en su marco, vincula a las acciones individuales, al menos de manera claudicante, pues podrá analizarse la concurrencia de circunstancias particulares *muy excepcionales* que fundamenten y permitan un fallo distinto. La sentencia de Pleno de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, como máximo intérprete de la legalidad ordinaria (art. 123 CE) invita a poner el foco en la doctrina constitucional reseñada, que acaso haya de ser matizada.

**STC 162/2016, de 3 de octubre.**

**RA: Estimado.**

**Ponente: Roca Trías.**

**Conceptos: Principio de igualdad. Prohibición de discriminación por razón de sexo. Permisos o licencias de maternidad. Obligación de los poderes públicos en relación con la igualdad. Empleo público. Toma de posesión como requisito para el disfrute de derechos económicos y profesionales derivados de un nuevo destino.**

**Preceptos de referencia: Art. 14 CE. Art. 245 del Reglamento 2/2011 de la carrera judicial. Art. 51 de la LO 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.**

El artículo 1 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, establece que la misma tiene por objeto hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres. Los hechos que dan origen a esta sentencia nos revelan que, pese a los avances normativos esta materia, esa pretendida igualdad no es todavía totalmente real ni efectiva en algunos ámbitos de nuestra sociedad.

Los hechos del caso son los siguientes: la recurrente, en su condición de magistrada titular, inició una licencia por riesgo de embarazo el 5 de julio de 2011, mientras estaba destinada en un juzgado de Baracaldo. Esta licencia se prorrogó hasta el día en el que dio a luz (24 de febrero de 2012), permaneciendo con posterioridad en situación de licencia por maternidad, lactancia y vacaciones hasta el 25 de septiembre de 2012, cuando se reincorporó. Mientras disfrutaba de esas licencias –en concreto, en octubre de 2011–, la recurrente obtuvo una plaza de Magistrada en el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Bilbao y posteriormente, en abril de 2012, consiguió otra en el Juzgado de Violencia sobre la Mujer número 1 de la misma localidad. Como consecuencia de la obtención de la primera de esas plazas, la gerencia territorial del Ministerio de Justicia le incluyó en nómina el complemento de destino correspondiente a Bilbao. Sin embargo, la propia gerencia dejó sin efecto el pago de dicho complemento de destino, por resolución de 23 de marzo de 2012, al entender que la recurrente no había llegado a tomar posesión en ese destino al encontrarse en situación de licencia.

La demandante recurrió en alzada dicha resolución, siendo desestimado el recurso por resolución de la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia de 6 de junio de 2012. La resolución recogía que la recurrente no tenía derecho a que se le retribuyera un destino que no había llegado a desempeñar.

Frente a dicha resolución, la demandante interpuso recurso ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que fue desestimado.

El recurso de amparo se basa en dos alegaciones fundamentales: i) Vulneración del derecho a la igualdad (art. 14 CE), en relación con la prohibición de discriminación por razón de sexo, ya que la recurrente no pudo tomar posesión formal en el nuevo destino por encontrarse disfrutando de licencias de riesgo por embarazo y por maternidad; y ii) Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), ya que el TSJ del País Vasco trató la cuestión desde la perspectiva de la igualdad ante la ley, sin tener en cuenta su alegación de discriminación por razón de sexo en relación con la maternidad.

Admitida a trámite la demanda, se dio traslado para alegaciones. La Abogada del Estado solicitó la desestimación del recurso de amparo al entender i) que no se ha producido discriminación por razón de sexo ya que la no per-

cepción del complemento económico de destino por no tomar posesión no vino motivada por su condición de mujer o por el disfrute de la licencia de maternidad, sino que el requisito de la toma de posesión se aplica por igual a hombres y mujeres e independientemente del tipo de permiso o licencia del que se esté disfrutando, y ii) que el resultado hubiese sido idéntico en caso de que se hubiese tratado de un hombre.

Por su parte, el Fiscal solicitó la estimación del amparo al entender que la pérdida de derechos económicos de la recurrente se debió al disfrute de las licencias por embarazo y maternidad, lo que supuso una discriminación por razón de sexo.

Una vez expuestos el relato fáctico y las alegaciones de las partes, procede entrar de lleno en la fundamentación jurídica de la sentencia. El Tribunal Constitucional, tras justificar la trascendencia constitucional del recurso en la necesidad de aclarar su doctrina en materia de derechos económicos y profesionales durante las licencias de maternidad, centra el objeto del recurso en determinar si se produjo o no una vulneración del derecho a la igualdad sin discriminación por razón de sexo del artículo 14 CE como consecuencia del disfrute de las licencias de maternidad por la recurrente.

El Tribunal parte de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y recuerda la doctrina que estableció en su Sentencia 66/2014 sobre la vulneración del artículo 14 CE en relación con la discriminación por razón de sexo. Así, tal y como estableció en la citada sentencia, señala que existe vulneración de tal derecho cuando se acredite que el factor del sexo ha sido la causa directa de una minusvaloración o cuando el tratamiento peyorativo tenga *«una relación de conexión directa e inequívoca»* con el sexo de la persona.

A continuación, el Tribunal Constitucional destaca que la Administración aplicó el artículo 245 del Reglamento 2/2011 de la carrera judicial –que establece que las licencias y permisos no se verán afectados por los traslados o promoción de los jueces, y que una vez producido el traslado, el plazo posesorio empezará a contarse a partir del día siguiente al de finalización del permiso o licencia– sin tener en cuenta el artículo 51 de la Ley Orgánica 3/2007, de acuerdo con el cual compete a las Administraciones Públicas remover los obstáculos que impliquen discriminación en el acceso a la función pública, facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral sin menoscabo de la promoción profesional, y establecer medidas para eliminar cualquier tipo de discriminación por razón del sexo.

Indica el Tribunal, que los permisos y licencias relacionados con la maternidad no pueden tener el mismo tratamiento que el resto, ya que el embarazo, afecta de modo exclusivo a la mujer, de manera que el principio de no discriminación por razón de sexo obliga a establecer medidas que compensen las desventajas que se pueden generar en los derechos económicos y profesionales de la mujer como consecuencia del embarazo.

El Tribunal rechaza así las alegaciones de la Abogacía del Estado –no hay discriminación porque el artículo 245 del Reglamento se aplica por igual a hombres y mujeres cualquiera que sea el permiso o licencia– acudiendo a la STJUE de 16 de febrero de 2006, C-294/2004, asunto Sarkatzis, en la que el TJUE señaló que la mujer *«que sufre un trato desfavorable a consecuencia de su ausencia debida a un permiso de maternidad es víctima de una discriminación por razón de su embarazo y de ese permiso»*.

Finalmente, considera que por parte de la Administración se produjo una vulneración del derecho de no discriminación por razón de sexo (artículo 14

CE) de la recurrente, ya que le negó la percepción del complemento económico de destino al no haber tomado posesión del mismo de modo efectivo, cuando lo cierto es que la demandante no podía materialmente tomar posesión por encontrarse disfrutando de una licencia por embarazo de riesgo, omitiendo los deberes que el ordenamiento jurídico impone a los poderes públicos en relación con la igualdad. Entiende el Tribunal que el hecho de que la toma de posesión para la percepción del complemento de destino se exija tanto a hombres como a mujeres e independientemente de cual sea la licencia o permiso que se disfrute, no excluye la discriminación ya que la maternidad va ligada de modo exclusivo a las mujeres.

Termina señalando que, en estos casos, cuando una empleada pública obtiene un destino mientras se encuentra disfrutando de una licencia de maternidad o de embarazo de riesgo, los derechos económicos y profesionales inherentes al nombramiento, deben entenderse adquiridos desde el mismo momento en que la mujer hubiese podido tomar posesión si no hubiese estado disfrutando de dicha licencia.

**STC 192/2016, de 16 de noviembre.**

**RI: Estimación. Nulidad total de la Ley valenciana 5/2011, de 1 de abril, de Relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven.**

**Ponente: Asúa Batarrita.**

**Conceptos: Derecho civil valenciano. Competencias estatales y autonómicas en materia civil. Relaciones entre los hijos y sus progenitores no convivientes.**

**Preceptos de referencia: Art. 149.1.8.ª CE y art. 49.2.1.ª Estatuto Autonomía de Valencia.**

**1. Introducción. Derecho civil valenciano.**—Como ha habido ocasión de señalar en las reseñas de las sentencias 82/2016 (ley de régimen económico matrimonial) y 110/2016 (ley de uniones de hecho formalizadas), no hay duda de que la Comunidad Valenciana ostenta competencias para legislar en materia civil a pesar de no haber llegado a disponer de una Compilación. Tales competencias vienen expresamente recogidas en el Estatuto de Autonomía de la Comunidad (EAV). No obstante, se limitan al Derecho civil consuetudinario valenciano cuya existencia en el momento de entrar en vigor la Constitución de 1978 quede debidamente probada. Esa es la base o conjunto normativo susceptible de «conservación», «modificación» e incluso de «desarrollo», esto último siempre por vía de conexión con otras instituciones. No cabe ir más allá. Los *Furs* del antiguo Reino de Valencia no sobrevivieron a la Guerra de Sucesión española ni a los Decretos de Nueva Planta. Fueron abolidos sin posibilidad de recuperación al amparo de las competencias civiles que Valencia pudo asumir en el marco de la Constitución de 1978. Las competencias valencianas son pues más limitadas que las que ostentan otras Comunidades. Un cambio de esta situación pasa necesariamente por una reforma constitucional o, a lo sumo, por una reinterpretación del art. 149.1.8.ª CE. Este precepto es inmune a otras leyes y, en particular, a eventuales reformas estatutarias. La reforma del Estatuto valenciano en 2006 no supuso variación alguna. Se mantiene pues la doctrina constitucional sentada raíz de la Ley 6/1986 de arrendamientos históricos valencianos (STC 121/1992). Por

tales razones la sentencia que ahora nos ocupa declara inconstitucional y nula la totalidad de la ley impugnada.

**2. Contenido de la ley recurrida.**—Tal como explica el Preámbulo, la ley 5/2011 vendría a ser el segundo paso, tras la de régimen económico, para la elaboración de un futuro «Código de derecho civil valenciano», todo ello sobre la base de un pretendido «salto cualitativo» por obra de la reforma estatutaria de 2006. La ley tenía por objeto «*las relaciones familiares de los progenitores que no conviven, con sus hijos e hijas sometidos a su autoridad parental, y las de éstos y éstas con sus hermanos y hermanas, abuelos y abuelas, otros parientes y personas allegadas*» (art. 1). La regulación alcanzaba pues los efectos civiles de la nulidad, separación y divorcio y, más allá, la extinción de las uniones de hecho, en relación con los hijos. Debía aplicarse a los «*hijos e hijas, sujetos a la autoridad parental de sus progenitores, que ostenten la vecindad civil valenciana*» (art. 2). Tras una serie de definiciones (art. 3), la ley se ocupaba de los siguientes extremos: Pacto de convivencia familiar entre los progenitores, sujeto a aprobación judicial con audiencia del fiscal, para regular «*los términos de su relación con sus hijos e hijas*» (art. 4); medidas judiciales (art. 5), entre las que cabe destacar la opción por el régimen de custodia compartida (art. 5.2: «*Como regla general, [el juez] atribuirá a ambos progenitores, de manera compartida, el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores de edad, sin que sea obstáculo para ello la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos*»); atribución del uso de la vivienda y ajuar familiares (art. 6); y gastos de atención a los hijos e hijas (art. 7). La ley se completaba con una DA (encaje procesal de la tramitación del pacto de convivencia), dos DDTT (revisión de medidas ya adoptadas y aplicación a procedimientos pendientes de sentencia), una DD (genérica) y cuatro DDFD (invocación del art. 49.1.2 del EAV como título competencial habilitante, aplicación supletoria del Código Civil español, desarrollo reglamentario de la ley y, finalmente, entrada en vigor).

**3. Alegaciones del Gobierno español y de las instituciones valencianas.**—Tanto las alegaciones de las partes como la decisión del Tribunal recorren caminos ya transitados en los casos relativos a las leyes de régimen económico matrimonial y uniones de hecho formalizadas. La abogacía del Estado denunciaba que la Comunidad valenciana había desbordado el marco competencial fijado en la Constitución y en la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 121/1992, sobre arrendamientos históricos). Valencia, entendían, debía haberse limitado a legislar para conservar o modificar el derecho consuetudinario existente cuando entró en vigor la Constitución o, a lo sumo, para desarrollarlo por la vía de las instituciones conexas. En vez de eso, la Comunidad habría llevado a cabo una regulación *ex novo* entrando de lleno en la reserva al Estado de la materia civil (art. 149.1.8.ª CE). Las instituciones valencianas, por su parte, defendían la plena constitucionalidad de la ley, aunque con argumentos en parte diferentes. La *Generalitat* recurría, sobre todo, al cambio de escenario que habría supuesto la reforma estatutaria de 2006. Las *Corts*, por su parte, hacían hincapié además en la ya vieja LO 12/1982 de transferencia de competencias estatales a la Comunidad. He aquí la síntesis del Tribunal Constitucional: «*Resumidamente [...] mientras la Generalitat defiende que el calificativo «foral» incluido en el art. 49.1.2 y en la disposición transitoria tercera del Estatuto de Autonomía para la Comuni-*

*dad Valenciana (EAV[2006]) para referirse al Derecho civil valenciano, resulta esencial para la resolución de este litigio por ser el que justifica la plena recuperación del Derecho del histórico Reino de Valencia contenido en sus antiguos «Furs» derogados en 1707 para la representación de las Cortes Valencianas es la Ley Orgánica 12/1982 y el respeto a la doctrina de la STC 121/1992 lo que conduce necesariamente a afirmar que la competencia legislativa de la Generalitat en materia de Derecho civil no deriva de la aplicación del art. 149.1.8 CE, sino de la transferencia llevada a cabo por la Ley Orgánica de 10 de agosto, de transferencia de competencias de titularidad estatal a la Comunidad Autónoma Valenciana (en adelante, Ley Orgánica 12/1982)» (FJ 1).*

**4. Doctrina del Tribunal Constitucional.**—Como cabe suponer, el Tribunal efectúa una amplia remisión a sus sentencias sobre las leyes de régimen económico matrimonial (STC 82/2016) y de uniones de hecho formalizadas (STC 110/2016). Sobre todo a la primera pues, como en ella, la problemática es estrictamente de civil, sin interferencias administrativas (*vid.* la reseña de la STC 110/2016). Las normas de referencia esenciales son por tanto los arts. 149.1.8.<sup>a</sup> CE y 49.2.1 EAV/2016. Frente a ellos carecen de toda relevancia el art. 7.1 y la disposición transitoria tercera EAV/2006 así como la Ley Orgánica 12/1982. El problema no es otro que la interpretación del art. 149.1.8.<sup>a</sup> CE, sobre el cual el Tribunal tiene ya una clara doctrina establecida, también con específica referencia al caso valenciano (STC 121/1992). En este sentido, en esta nueva sentencia, insiste en que *«el art. 149.1.8 CE extiende la garantía de foralidad a aquellos derechos civiles especiales que habían sido objeto de compilación al tiempo de entrada en vigor de la Constitución Española, pero no a normas civiles de ámbito regional o local y de formación consuetudinaria cuya vigencia hubiera decaído antes de dicha fecha»* [FJ 3, c)]. Valencia no llegó a tener un Derecho compilado. Su Derecho civil fue abolido como efecto de la Guerra de Sucesión y no puede ser recuperado ahora al amparo de unas competencias que sólo alcanzan al Derecho consuetudinario existente cuando entró en vigor la Constitución de 1978. La situación no ha sido, ni podía ser, modificada por la reforma estatutaria de 2006. *«Como se señala en la STC 82/2016, FJ 6, «tras los avatares codificadores y la solución dada a la llamada cuestión foral, donde no estaba Valencia, a día de hoy el art. 149.1.8 CE le reconoce competencia legislativa sobre aquellas materias civiles que forman parte de su acervo normativo o consuetudinario antes de la entrada en vigor de la Constitución. El EAV tanto en su redacción primigenia como en la reciente reforma, asume idéntica competencia sobre el derecho civil valenciano, pero tal competencia legislativa sólo puede tener por objeto las probadas y subsistentes costumbres forales que se hayan observado en determinadas zonas del territorio autonómico, siendo vetado a la Comunidad Autónoma valenciana, crear un Derecho civil ex novo»»* (FJ 4). Por ello, prosigue el Tribunal, *«la posible conexión entre los antiguos y derogados «Furs» del Reino de Valencia y las relaciones paterno-filiales reguladas en la Ley de las Cortes Valencianas 5/2011 no resulta relevante, ya que lo que debe probarse es la pervivencia en el año 1978 de las costumbres que pudieran servir de punto de conexión. A este respecto, a diferencia de lo que quedó establecido en relación a los arrendamientos históricos, aquí no se ha acreditado la subsistencia de tales costumbres [STC 121/1992, FJ 2 a)], lo que resultaba imprescindible de conformidad*

con nuestra doctrina (SSTC 121/1992, FJ 2, y 182 /1992, FJ 3)» (FJ 4). En suma, Valencia tiene menos competencias civiles que otras comunidades, sin que ello suponga una discriminación constitucionalmente reprochable. El sistema podrá ser asimétrico. Pero es el que resulta de la vigente Constitución. La ley valenciana 5/2011, de Relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, es por ello inconstitucional y, en consecuencia, nula en su totalidad.

**5. Alcance temporal de la inconstitucionalidad.**—Como en el caso de las otras leyes civiles valencianas declaradas nulas en todo o en parte (leyes de régimen económico y de uniones de hecho, respectivamente), el Tribunal también debe pronunciarse acerca de las situaciones creadas en aplicación de la ley 5/2011 sobre relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. De nuevo se respetan las «*situaciones jurídicas consolidadas*», recurriendo para ello no sólo al «*principio constitucional de seguridad jurídica*» sino también a un sensato argumento de fondo. En este sentido, el Tribunal «*entiende que las decisiones adoptadas por los órganos judiciales durante la vigencia de la Ley 5/2011 que ahora se declara inconstitucional, en relación a la fijación de un determinado régimen de guardia y custodia para los hijos menores —independientemente de cuál fuera el régimen que indiquen como preferente o deseable los legisladores estatal y autonómico—, se fundaron en la recta aplicación del principio que rige esta materia que no es otro que el del beneficio y protección del interés del menor*» (FJ 5). De ahí la lógica conclusión: «*Los regímenes de guardia y custodia establecidos judicialmente en los casos que hubieran sido pertinentes, adoptados bajo la supervisión del Ministerio Fiscal y en atención al superior beneficio de los menores, seguirán rigiéndose, tras la publicación de esta Sentencia, por el mismo régimen de guarda que hubiera sido en su momento ordenado judicialmente, sin que este pronunciamiento deba conllevar necesariamente la modificación de medidas a que se refiere el art. 775 LEC*» (FJ 5).

**6. Voto particular discrepante.**—En su voto, el magistrado Xiol defiende una amplia competencia valenciana en materia civil y, por tanto, la plena constitucionalidad de la ley, como ya había hecho en sus votos particulares a las sentencias 82/2016 y 110/2016, que reproduce en sus términos literales precedidos de una breve introducción: «*Las razones de mi discrepancia con la doctrina establecida en las SSTC 82/2016 y 110/2016 ya fueron expuestas en sendos Votos particulares que formulé contra dichas Sentencias en que me manifesté en defensa de la constitucionalidad de las competencias que ostenta la Comunitat Valenciana en materia de Derecho civil foral referidas a la regulación del matrimonio. Aquellas razones son íntegramente extensibles a los aspectos civiles de la normativa ahora controvertida sobre relaciones familiares de los hijos con sus progenitores no convivientes que se ha declarado inconstitucional por razones competenciales. Esto es, creo que también la regulación normativa valenciana ahora controvertida (i) se funda en una competencia reconocida inequívocamente en la reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana; (ii) los derechos históricos en materia de instituciones privadas son reconocidos por el Tribunal Constitucional cuando se consagran en un estatuto de autonomía; y (iii) aunque no fuera así, dentro de las competencias ordinarias en materia de Derecho civil, la Comunitat Valenciana puede regular esta materia*».

**STC 226/2016, de 22 de diciembre.**

**RA: Desestimado.**

**Ponente: Asúa Batarrita. Voto particular concurrente de Pérez de los Cobos, al que se adhiere Ollero Tassara.**

**Conceptos: Libertad de Expresión. Asociaciones. Partidos políticos. Potestad disciplinaria.**

**Preceptos de referencia: Arts. 6, 20 y 22 CE. Art. 8 de la Ley Orgánica de Partidos Políticos.**

Esta sentencia supone un nuevo capítulo en la siempre interesante, compleja y a veces sorprendente narrativa constitucional sobre la colisión entre el derecho a la libertad de expresión y otros derechos constitucionales. En esta ocasión el contendiente de la libertad reconocida en el artículo 20 de la Constitución no va a ser el casi siempre coprotagonista derecho al honor, sino el derecho de asociación (art. 22 CE) y además bajo un sesgo muy particular; tal asociación es un partido político. Así, el recurso va a permitir al Alto Tribunal *«aclarar su doctrina en relación con las consecuencias asociadas al ejercicio del derecho constitucional de asociación por parte de los partidos políticos»*, y más en particular, *«respecto de los procesos disciplinarios incoados contra los afiliados como consecuencia de las discrepancias críticas (...) en ejercicio de su libertad de expresión»*.

Susana Pérez-Alonso García-Scheredre, la recurrente en amparo, es oriunda de la comarca asturiana de Mieres, escritora de profesión y combativa afiliada del Partido Socialista Obrero Español (PSOE). En el verano de 2006, la Federación socialista asturiana solicita a la Comisión federal la suspensión del proceso de primarias para elegir candidato a la alcaldía de Oviedo. Tal solicitud le resulta insufrible a la actora, quien remite a La Nueva España (uno de los periódicos de mayor tirada en Asturias) una carta al director bajo el título de *Escándalo innecesario en la AMSO* (Agrupación Municipal Socialista de Oviedo), y que contiene expresiones como las siguientes: *«El espectáculo lamentable que se está dando desde el PSOE, desde sus órganos ejecutivos, hace solo honor a una cosa, al ejecutar, en la acepción peor y metafórica que puede darse a semejante término»*; *«Estamos cansados de ver cómo en las listas van personas que no tienen más oficio que el de tener la lengua muy marrón –permítaseme la grosería encubierta–»*; *«Estamos cansados de mangantería, de gente que no trabaja y que su única aspiración es ir en la lista (...)»* o *«La ejecutiva es otra cosa, no una máquina de arrasar compañeros e ideales»*. En noviembre del mismo año, la comisión ejecutiva federal impone a la actora una suspensión en la militancia de 20 meses, al entender que el contenido de la misiva supuso la comisión de dos infracciones muy graves sancionadas en el artículo 44 del Reglamento de afiliados y afiliadas, como son menoscabar la imagen de cargos públicos o instituciones socialistas y actuar en contra de acuerdos expresamente adoptados por órganos de dirección del partido.

Susana Pérez-Alonso recurre su sanción ante la jurisdicción ordinaria. El Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Oviedo desestima la demanda, pero la Audiencia Provincial de Oviedo estima la apelación al entender que se trataba de una crítica lícita, que perseguía no solo influir en el ámbito interno sino también en el externo o público, llegando así al conocimiento de todos los afiliados de Oviedo y de Asturias. La Sala Primera del Tribunal Supremo no comparte este criterio y estima a su vez el recurso de casación, revocando la sentencia de la Audiencia y declarando que se han vertido expresiones *«sus-*

*ceptibles de provocar en los lectores una imagen distorsionada por las connotaciones negativas (...) y susceptibles de crear dudas específicas sobre la honorabilidad de los miembros de la ejecutiva»,* motivo por el cual no pueden entenderse como un legítimo ejercicio de libertad de expresión.

La actora recurre en amparo la anterior sentencia, al entender no sólo que se ha lesionado su derecho fundamental a la libertad de expresión, sino que el Tribunal Supremo ha incurrido en un evidente exceso interpretativo de los artículos 22 (derecho de asociación) y 6 (régimen constitucional de los partidos políticos). Así, entiende que en atención a la sumisión de los partidos políticos al carácter democrático de su estructura interna, debe valorarse si la sanción se sustenta sobre una base razonable o más bien sobre un abusivo y arbitrario ejercicio de la potestad disciplinaria frente a los afiliados disidentes o simplemente críticos. Continúa la actora señalando cómo, aun siendo cierto que la libertad de expresión no puede amparar un supuesto derecho al insulto, en este caso las expresiones de la carta no han tenido destinatarios personales o institucionales concretos y determinados; no habiendo injuriados no puede existir injuria, y la sanción es por ende arbitraria.

El Tribunal Constitucional comienza su razonamiento fijando los términos del debate de una manera concisa y a la vez cristalina: sí puede admitirse o no una restricción adicional al ejercicio de la libertad de expresión cuando se ejerce por una persona afiliada a un partido político. En palabras del propio Tribunal, *«la particularidad, en el presente supuesto, de la fijación de los límites a la libertad de expresión consiste en que quien sanciona se ampara a su vez en el ejercicio de un derecho fundamental, en concreto el derecho de asociación ex art. 22 CE».*

Para el Alto Tribunal, la libertad de expresión puede ejercerse y por tanto ampararse no sólo en el ejercicio frente a poderes públicos, sino también frente a particulares (STC 56/1995) toda vez que es un auténtico *«pilar de una sociedad libre y democrática»* (ya señalado en la muy temprana STC 6/1981), sin perjuicio de ubicarse extramuros de su ejercicio *«las expresiones indudablemente injuriosas u oprobiosas o sin relación con las ideas que se expongan»* (STC 50/2010). Pues bien, la protección de este derecho debe entenderse si cabe de una manera aún más reforzada cuando se ejerce en el seno de un partido político, toda vez que estas asociaciones *«son cualificadas por la relevancia constitucional de sus funciones»* (STC 138/2012), de suerte tal que el ejercicio de los derechos fundamentales en su seno y por los afiliados del partido, adquiere una significación constitucional añadida (STC 56/1995).

Llegados a este punto, el Tribunal entra a sopesar los argumentos contrarios, para formular algunas valoraciones de cariz casi más sociológico que jurídico; como que la pertenencia a una forma asociativa impone a sus miembros un mínimo de lealtad para con el proyecto común, o como que la libertad individual de cualquier persona se entiende voluntaria y libremente consagrada cuando se ingresa en un partido político.

A continuación y en una orientación muy significativa, señala cómo, en lo sucesivo y a diferencia de la jurisprudencia constitucional anterior –que entendía que el control por los órganos judiciales de la legalidad estatutaria de una asociación debía ser meramente formal– los órganos judiciales sí que podrán adentrarse en la ponderación de la conformidad constitucional de las decisiones de la asociación, siempre que tales decisiones entrañen, como en el caso de autos, una injerencia en un derecho fundamental.

Así, y analizando el contenido de la carta al director remitida por la actora, el Tribunal valora que si bien muchas de las expresiones que allí se vierten sí que podrían tener relación con las ideas y opiniones de la actora y del partido al que pertenece, muchas otras pueden ser consideradas como gratuitamente provocativas e hirientes, presentando a los órganos de dirección del partido desde una perspectiva tan negativa y hostil que queda seriamente comprometida la consideración pública del partido. Por ello, concluye que la sanción impuesta por la comisión ejecutiva fue un ejercicio legítimo de potestad disciplinaria, fundamentado en la facultad de auto-organización constitucionalmente reconocida a las asociaciones, y deniega el amparo.

La sentencia cuenta con un voto particular del entonces Presidente del Tribunal, Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, al que se adhiere Andrés Ollero Tassara. Ambos magistrados se muestran conformes con la denegación del amparo –el voto particular es concurrente–, pero no con la nueva senda marcada por el Alto Tribunal sobre la posible fiscalización por parte de los órganos judiciales de las medidas disciplinarias de los órganos de dirección de las asociaciones. Para el Presidente, el Tribunal Constitucional había construido una pacífica y a la vez delicada línea jurisprudencial, que al permitir el control judicial únicamente de los elementos formales o reglados del procedimiento disciplinario (competencia, procedimiento, existencia de una mínima base razonable para la imposición de la sanción...) garantizaba el equilibrio entre la protección de los derechos fundamentales del afiliado sancionado, y los de los demás asociados y de la propia asociación. Tal equilibrio estaría ahora roto, y además de una manera innecesaria: la resolución del caso no habría diferido si el Tribunal hubiera mantenido y reiterado la jurisprudencia anterior.

Las conclusiones que deja esta sentencia bien pueden ser ambivalentes. Por un lado, se trata de una victoria prácticamente unánime (recordemos que el voto particular era concurrente) del derecho de auto-organización asociativa frente a excesos en el ejercicio de la libertad de expresión. Pero por otro, deja también un poso agrídulce para la independencia de los órganos de dirección de las asociaciones, y muy particularmente de los partidos políticos: en lo sucesivo, sus decisiones no estarán sujetas a un limitado control formal de los órganos judiciales, sino que estos podrán también valorar el grado de injerencia que las medidas disciplinarias que adopten puedan tener en los derechos fundamentales de sus afiliados.