

CRÓNICA DE LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES ORDINARIOS SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES - 2012

Gervasio Martín Martín

Magistrado

Letrado del Consejo General del Poder Judicial

SUMARIO

I. ORDEN JURISDICCIONAL CIVIL: 1. Igualdad (art. 14 CE). 2. Integridad física. Consentimiento informado (art. 15 CE). 3. Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Inviolabilidad del domicilio (art. 18 CE). 4. Derecho a la tutela judicial (art. 24 CE).- II. ORDEN JURISDICCIONAL PENAL: 1. Igualdad (art. 14 CE). 2. Vida e integridad física. Violencia doméstica (art. 15 de la CE). 3. Libertad. Tipicidad penal (art. 17 CE). 4. Derecho a la intimidad personal (art. 18 CE). 5. Libertad de expresión/exaltación del delito (art. 20 CE). 6. Derecho a la tutela judicial (art. 24 CE).- III. ORDEN JURISDICCIONAL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO: 1. Igualdad (art. 14). 2. Objeción de conciencia. Libertad ideológica (art. 15 CE). 3. Derecho de asociación (art. 22 CE). 4. Derecho de acceso a los cargos y empleos públicos (art. 23). 5. Derechos del art. 24 CE. Acceso a la jurisdicción. Congruencia. Motivación de las sentencias. Prueba. 6. Potestad administrativa sancionadora. 7. Derecho a la educación (art. 27 CE). Educación separada por sexos. 8. Libertad sindical (art. 28). Diferencia de trato.- IV. ORDEN JURISDICCIONAL SOCIAL: 1. Igualdad (art. 14 CE). 2. Libertad de expresión (art. 20 CE) y/o libertad sindical (art. 28.1 CE) y otros. 3. Libertad sindical (art. 28 CE). 4. Varios inespecíficos.

I. ORDEN JURISDICCIONAL CIVIL

1. Igualdad (art. 14 CE)

Recuerda la STS (Sala 1ª) de 29 de febrero de 2012 (Recurso: 1136/2009) que la desigualdad en la aplicación de la ley debe resultar de la interpretación y aplicación injustificadamente discriminatoria de una norma (SSTS de 2 de mayo de 2008, RC n° 1913/2001 y 19 de diciembre de 2008, RC n° 2519/2002). El artículo 14 CE se vulnera cuando un mismo órgano judicial se aparta, de forma inmotivada, de la interpretación de la ley seguida en casos esencialmente iguales (STC 161/2008, de 2 de diciembre), pues lo que prohíbe el principio de igualdad en aplicación de la ley es el cambio irreflexivo o arbitrario (STS de 14 de julio de 2010, RCIP n° 945/2006, de 4 de junio de 2010, RCIP n° 1400/2006) y es carga de la parte que lo alega acreditarlo.

En materia de títulos nobiliarios, se dice en la STS (Sala 1ª) de 26 de marzo de 2012 (Recurso: 65/2009) que según declara la doctrina del Tribunal Constitucional la norma (la Ley 33/2006, de 30 de octubre, sobre igualdad del hombre y de la mujer en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios) es el resultado de la ponderación efectuada por el legislador entre los valores de seguridad jurídica e igualdad, ambos de relevancia constitucional, el cual se ha saldado con la atribución de un mayor peso a la igualdad, en cuanto proscribire la discriminación por razón de sexo, y no resulta contraria a los artículos 9.3 y 14 CE. La aplicación retroactiva de la LITN, en la medida en que se aplique a situaciones no consolidadas, no afecta a este principio. La posesión de una merced nobiliaria se desenvuelve sin perjuicio de la concurrencia de tercero de mejor derecho, a la que aparece condicionado el reconocimiento del título en cada caso particular, de tal suerte que el otorgamiento no constituye una relación jurídica que pueda estimarse como consagrada o agotada en tanto no transcurra el plazo de cuarenta años para la usucapión, que esta Sala ha admitido, al hilo de la tradición dimanante de la Ley 41 de Toro (la cual forma parte de las normas que rigen tradicionalmente la sucesión de los títulos, rehabilitadas por la Ley de 4 de mayo de 1948), para hacer compatible el principio de la imprescriptibilidad de los títulos nobiliarios con el principio de seguridad jurídica que consagra la CE.

Por lo que se refiere a la aplicación de baremos establecidos en la Ley para cuantificar indemnizaciones, la STS de 15 de octubre de 2012 (Recurso: 568/2010) sostiene que (la determinación de) la indemnización conforme al sistema legal de valoración de daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de tráfico, atendiendo a las circunstancias concurrentes en el caso, (se justifica) en la necesidad de respetar los cánones

de equidad e igualdad en su fijación para hacer efectivo el principio de íntegra reparación del daño sin discriminación ni arbitrariedad (STS 9 de diciembre de 2008, entre otras), y dotar, en suma, de seguridad jurídica a unos criterios indemnizatorios indudablemente inciertos.

2. Integridad física. Consentimiento informado (art. 15 CE)

El daño que fundamenta la responsabilidad no es por tanto, atendidas las circunstancias de este caso, un daño moral resarcible con independencia del daño corporal por lesión del derecho de autodeterminación, sino el que resulta de haberse omitido una información adecuada y suficiente sobre un riesgo muy bajo y de su posterior materialización, de tal forma que la relación de causalidad se debe establecer entre la omisión de la información y la posibilidad de haberse sustraído a la intervención médica cuyos riesgos se han materializado y no entre la negligencia del médico y el daño a la salud del paciente. La negligencia médica ha comportado una pérdida de oportunidad para el paciente que debe valorarse en razón a la probabilidad de que, una vez informado de estos riesgos personales, probables o típicos, hubiera decidido continuar en la situación en que se encontraba o se hubiera sometido razonablemente a una intervención que garantizaba en un alto porcentaje la posibilidad de recuperación, pues si bien no había necesidad vital para llevarla a efecto, si era clínicamente aconsejable en razón a la existencia de una patología previa y al fracaso del tratamiento conservador instaurado durante algún tiempo. STS (Sala 1ª), de 16 de enero de 2012 (Recurso: 2243/2008).

3. Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Inviolabilidad del domicilio (art. 18 CE)

En toda esta materia el Tribunal Supremo aplica la técnica de la ponderación constitucional. Reitera la STS (Sala 1ª de de 10 de Enero del 2012, Recurso: 1317/2010) que la relevancia pública o interés general de la noticia constituye un requisito para que pueda hacerse valer la prevalencia del derecho a la libertad de información y de expresión cuando las noticias comunicadas o las expresiones proferidas redunden en descrédito del afectado; la libertad de información, dado su objeto de puesta en conocimiento de hechos, cuando comporta la transmisión de noticias que redundan en descrédito de la persona, para que pueda prevalecer sobre el derecho al honor exige que la información cumpla el requisito de la veracidad, a diferencia de lo que ocurre con la libertad

de expresión, que protege la emisión de opiniones. Por veracidad debe entenderse el resultado de una razonable diligencia por parte del informador para contrastar la noticia de acuerdo con pautas profesionales ajustándose a las circunstancias del caso, aun cuando la información, con el transcurso del tiempo, pueda ser desmentida o no resultar confirmada (SSTC 139/2007, 29/2009, de 26 de enero, FJ 5). El requisito de la veracidad no empece que la total exactitud de la noticia pueda ser controvertida o se incurra en errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado (SSTC 6/1988, de 21 de enero, 105/1990, de 6 de junio, 171/1990, de 12 de noviembre, 172/1990, de 12 de noviembre, 40/1992, de 30 de marzo, 232/1992, de 14 de diciembre, 240/1992, de 21 de diciembre, 15/1993, de 18 de enero, 178/1993, de 31 de mayo, 320/1994, de 28 de noviembre, 76/1995, de 22 de mayo, 6/1996, de 16 de enero, 28/1996, de 26 de febrero, 3/1997, de 13 de enero, 144/1998, de 30 de junio, 134/1999, de 15 de julio, 192/1999, de 25 de octubre, 53/2006, de 27 de febrero, FJ 6); la protección del derecho al honor debe prevalecer frente a la libertad de expresión cuando se emplean frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, y por tanto, innecesarias a este propósito, dado que el artículo 20.1 a) CE no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería, por lo demás, incompatible con ella (SSTC 204/1997, de 25 de noviembre, FJ 2; 134/1999, de 15 de julio, FJ 3; 6/2000, de 17 de enero, FJ 5; 11/2000, de 17 de enero, FJ 7; 110/2000, de 5 de mayo, FJ 8; 297/2000, de 11 de diciembre, FJ 7; 49/2001, de 26 de febrero, FJ 5; y 148/2001, de 15 de octubre, FJ 4, SSTC 127/2004, de 19 de julio, 198/2004, de 15 de noviembre, y 39/2005, de 28 de febrero). En relación con ese último punto, de acuerdo con una concepción pragmática del lenguaje adaptada a las concepciones sociales, la jurisprudencia mantiene la prevalencia de la libertad de expresión cuando se emplean expresiones que, aún aisladamente ofensivas, al ser puestas en relación con la información que se pretende comunicar o con la situación política o social en que tiene lugar la crítica, experimentan una disminución de su significación ofensiva y sugieren un aumento del grado de tolerancia exigible, aunque puedan no ser plenamente justificables (el art. 2.1 LPDH se remite a los usos sociales como delimitadores de la protección civil del honor).

Se sintetiza en la STS (Sala 1ª) de 19 de Enero del 2012 (Recurso: 1466/2010) que la libertad de información, para que pueda prevalecer sobre el derecho al honor, exige que la información cumpla el requisito de la veracidad, por la que se entiende el resultado de una razonable diligencia por parte del informador para contrastar la noticia de acuerdo con pautas profesionales (STC 139/2007), pero este requisito resulta de menor trascendencia cuando se afecta al derecho a la intimidad personal y a la propia imagen. Cuando la difusión de datos de carácter privado

afecta no solo al personaje a quien corresponde el ejercicio de funciones oficiales o resulta socialmente conocido, sino también a terceras personas, debe valorarse en qué medida la difusión de los datos relativos a estas tiene carácter justificado por razón de su carácter accesorio en relación con el personaje político al que se refiere, la necesidad de su difusión para ofrecer la información de que se trate y la aceptación por el tercero de su relación con la persona afectada como personaje político. La prevalencia del derecho a la información sobre el derecho a la imagen es mayor que sobre el derecho a la intimidad, por cuanto en relación con la vida privada de las personas debe tenerse en cuenta el principio de proporcionalidad con el interés público en los aspectos de esta que se difunden y la forma en que tiene lugar la difusión (STS 19 de marzo de 1990). La ponderación entre los derechos en conflicto debe efectuarse teniendo en cuenta si la publicación de los datos de la vida privada está justificada por los usos sociales, o hay base para sostener que el afectado adoptó pautas de comportamiento en relación con su ámbito íntimo que permita entender que, con sus propios actos, lo despojó total o parcialmente del carácter privado o doméstico (STS de 6 de noviembre de 2003, RC n° 157/1998).

Del mismo modo, también debe valorarse la conducta previa del afectado por la difusión no consentida de la propia imagen, *“como ocurre cuando la propia -y previa conducta de aquel o las circunstancias en las que se encuentre inmerso, justifiquen el descenso de las barreras de reserva para que prevalezca el interés ajeno o el público que puedan colisionar con él”* (STC 99/1994, de 11 de abril; STC 14/2003, de 28 de enero). Quien divulgue aspectos de su vida privada debe soportar el conocimiento e investigación o seguimiento de los aspectos divulgados y la crítica de los mismos (STC de 27 de abril de 2010). En materia de intimidad, el criterio para determinar la legitimidad o ilegitimidad de las intromisiones, no es el de la veracidad, sino el de la relevancia pública del hecho divulgado. Lo mismo se reitera en la STS (Sala 1ª), de 13 de febrero del 2012 (Recurso: 317/2010).

El requisito de la veracidad resulta de menor trascendencia cuando se afecta el derecho a la intimidad personal (STS, Sala 1ª, de 23 de Enero del 2012 (Recurso: 1939/2010), por lo que, la difusión de datos relativos a la vida sexual de una persona vulnera su derecho a la intimidad.

Es ya un lugar común que el requisito constitucional de la veracidad de la información no va dirigido a la exigencia de una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información, sino a negar la protección constitucional a los que transmiten como hechos verdaderos, bien simples rumores, carentes de toda constatación, o bien meras invenciones o insinuaciones sin comprobar su realidad mediante las oportunas averiguaciones propias de un profesional diligente; esto se entiende sin perjuicio de que su total exactitud puede ser controvertida o se incurra en errores circunstanciales

que no afecten a la esencia de lo informado. STS, Sala 1º de 13 de marzo del 2012 (Recurso: 137/2010).

La STS, Sala 1ª de 26 de marzo de 2012 (Recurso: 388/2010) destaca la especial relevancia que tiene el hecho que el titular de estos derechos sea una persona menor, pues en tal caso la normativa tanto interna (artículo 4.3 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que establece que constituye intromisión ilegítima la utilización de imágenes de los menores en los medios de comunicación que sea contraria a sus intereses), como la internacional (artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1.966; artículo 6 del Convenio Europeo hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales; artículo 8 de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores de 29 de noviembre de 1985 -Reglas de Beijing-; y artículos 3 y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por las Naciones Unidas en 20 de noviembre de 1989) otorgan una especial protección al interés del menor. La Carta Europea de derechos del niño de 21 de septiembre de 1992 reconoce que todo niño tiene derecho a ser protegido contra la utilización de su imagen de forma lesiva para su dignidad.

Esta especial protección legislativa ha sido reconocida en la jurisprudencia constitucional y de esta Sala. Así, la STC 158/2009 de 29 de junio establece que en *“la captación y difusión de fotografías de niños en medios de comunicación social, es preciso tener en cuenta..., que el ordenamiento jurídico establece en estos supuestos una protección especial, en aras a proteger el interés superior del menor”*. También ha señalado que *“ni existe un interés público en la captación o difusión de la fotografía que pueda considerarse constitucionalmente prevalente al interés superior de preservar la captación o difusión de las imágenes de los menores en los medios de comunicación, ni la veracidad de la información puede justificar esa intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de los menores, pues este derecho fundamental del menor viene a erigirse, por mor de lo dispuesto en el art. 20.4 CE, en límite infranqueable al ejercicio del derecho a comunicar libremente información veraz”* (SSTC 134/1999, de 24 de mayo; y 127/2003, de 30 de junio).

Con cita de copiosa jurisprudencia del TC y de la propia Sala, la STS, Sala 1ª, de 1 de abril de 2012 (Recurso: 59/2010), recuerda que el derecho al honor protege frente a atentados en la reputación personal entendida como la apreciación que los demás puedan tener de una persona, independientemente de sus deseos (STC 14/2003, de 28 de enero, FJ 12), que provoquen objetivamente el descrédito de aquella (STC 216/2006, de 3 de julio, FJ 7) y que la jurisprudencia constitucional y la ordinaria consideran incluido en la protección del honor el prestigio profesional.

La fama y la propia conducta del titular del derecho que reclama protección modulan la decisión. La STS de la Sala 1ª de 18 de abril de 2012 (Recurso: 800/2009) dice que la ponderación entre los derechos en conflicto debe efectuarse teniendo en cuenta que esta Sala, a propósito del artículo 2.1. LPDH, ha reconocido que el goce de pública celebridad y el hecho de que se haya podido consentir en ocasiones determinadas la revelación de aspectos concretos propios de la vida personal no privan al afectado de la protección de este derecho fuera de aquellos aspectos a los que se refiera su consentimiento, y solo tienen trascendencia para la ponderación en el caso de que se trate de actos de sustancia y continuidad suficientes para revelar que el interesado no mantiene un determinado ámbito de su vida como reservado para sí mismo o para su familia (artículo 2.1 LPDH) (SSTS de 8 de julio de 2010, RC n° 1990/2007, 3 de noviembre de 2010, RC n° 1040/2007, 22 de noviembre de 2010, RC n° 1016/2008, y 21 de marzo de 2011, RC n° 1485/2008). En definitiva, que el afectado adoptó pautas de comportamiento en relación con su ámbito íntimo que permitía entender que, con sus propios actos, lo despojó total o parcialmente del carácter privado o doméstico (STS de 6 de noviembre de 2003, RC n° 157/1998). Quien divulgue aspectos de su vida privada debe soportar el conocimiento e investigación o seguimiento de los aspectos divulgados y la crítica de los mismos (STC de 27 de abril de 2010).

Sobre el interés de la información y el modo de efectuarla, se dice en la STS, Sala 1ª, de 29 de mayo de 2012 (Recurso: 558/2010) que hay que partir de la prevalencia del derecho a la libertad expresión en un Estado democrático de Derecho, derecho a la libertad de expresión en el que tiene cabida la crítica molesta. En este caso la prevalencia de la libertad de expresión no se puede aplicar en su grado máximo al haberse ejercido por un particular y no por un profesional de la comunicación sobre un asunto de escaso interés para la formación de la opinión pública y utilizando frases injuriosas e innecesarias para el mensaje transmitido. Lo mismo se viene a decir en la STS, Sala 1ª, de 28 de junio de 2012 (Recurso: 591/2011).

Ponderación de derechos, fama, notoriedad y contraste de la noticia, son elementos relevantes; así, dice la STS, Sala 1ª, de 9 de julio de 2012 (Recurso: 2068/2010) que la ponderación debe tener en cuenta si la información tiene relevancia pública o interés general o se proyecta sobre personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública (STC 68/2008; SSTS 25 de octubre de 2000, 14 de marzo de 2003, RC n° 2313/1997, 19 de julio de 2004, RC n° 5106/2000, 6 de julio de 2009, RC n° 906/2006), pues entonces el peso de la libertad de información es más intenso, como establece el artículo 8.2.a) LPDH, en relación con el derecho a la propia imagen aplicando un principio que debe referirse también al derecho al honor. En relación con aquel

derecho, la STS 17 de diciembre de 1997 (no afectada en este aspecto por la STC 24 de abril de 2002) declara que la “*proyección pública*” se reconoce en general por razones diversas: por la actividad política, por la profesión, por la relación con un importante suceso, por la trascendencia económica y por la relación social, entre otras circunstancias. En suma, la relevancia pública o interés general de la noticia constituye un requisito para que pueda hacerse valer la prevalencia del derecho a la libertad de información cuando las noticias comunicadas redunden en descrédito del afectado. La libertad de información, dado su objeto de puesta en conocimiento de hechos, cuando comporta la transmisión de noticias que redundan en descrédito de la persona, para que pueda prevalecer sobre el derecho al honor exige que la información cumpla el requisito de la veracidad, a diferencia de lo que ocurre con la libertad de expresión, que protege la emisión de opiniones.

Es interesante el caso del Abogado que en sus escritos forenses utiliza expresiones, referidas a los escritos del Abogado contrario, que éste considera atentatorias de estos derechos: dice la STS, Sala 1ª, de 24 de julio de 2012 (Recurso: 292/2011) que las expresiones utilizadas por el abogado demandado en su escrito de contestación a la demanda y reconvenición, no tuvieron relevancia pública, pues fueron vertidas en un escrito de contestación a la demanda interpuesta contra la entidad cliente del abogado demandando es decir, dentro de la práctica forense. De lo que se deduce que este elemento es irrelevante en la ponderación que se efectúa. No se pone en duda el contexto de defensa procesal de las afirmaciones contenidas en el escrito de contestación a la demanda civil, trasladándose la cuestión al examen del posible carácter injurioso, insultante o descalificador de la persona a quien afecta y por ello lesivo de su honor. Tampoco desde el ángulo del posible carácter injurioso, insultante o desproporcionado puede ser revertido el juicio de ponderación que realizamos. La libertad de expresión del abogado en el ejercicio de defensa de su patrocinado debe valorarse en el marco en el que se ejerce y atendiendo a su funcionalidad para el logro de las finalidades que justifican su régimen. Declara la parte recurrente en relación a este punto que las alegaciones contenidas en el escrito de contestación cuestionado, son objetivamente ofensivas, pues resultan innecesarias para la exposición de hechos, claramente insultantes o vejatorias.

Sobre los famosos y su intimidad, recuerda la STS (Sala 1ª) de 16 de octubre de 2012 (Recurso: 2/2010) que el aspecto de la sexualidad, las relaciones sentimentales y en general, las relaciones afectivas pertenecen al ámbito de la intimidad, habiendo generado la información difundida comentarios respecto a su vida privada que únicamente sirve para satisfacer la curiosidad de las gentes, ya que en definitiva se divulgó un aspecto de la vida íntima personal y familiar, que está incluido en el

ámbito de lo privado y en ningún caso resultó justificada su publicidad. En este sentido, la STS de 10 de octubre de 2011, RC n° 1849/2008. El goce de notoriedad pública y el hecho que se hubiera podido consentir en ocasiones determinadas la revelación de aspectos concretos propios de su vida personal no privan al afectado de la protección de estos derechos fuera de aquellos aspectos a los que se refiera su consentimiento, y solo tiene trascendencia para la ponderación en el caso de que se trate de actos de sustancia y continuidad suficientes para revelar que el interesado no mantiene un determinado ámbito de su vida reservado para sí mismo o su familia (artículo 2 LPDH).

En materia de derecho a la intimidad e información, reitera la STS, Sala 1ª, de 17 de diciembre de 2012 (Recurso: 2229/2010) que cuando la actividad informativa se quiere ejercer sobre ámbitos que pueden afectar a otros bienes constitucionales, como es la intimidad, es preciso, para que su proyección sea legítima, que lo informado resulte de interés público, pues solo entonces puede exigirse de aquellos a quienes afecta o perturba el contenido de la información que, pese a ello, la soporten, en aras, precisamente, del conocimiento general y difusión de hechos y situaciones que interesan a la comunidad por cuanto responde a la necesidad de preservar otros intereses constitucionalmente protegibles (SSTC 156/2001, de 2 de julio; 14/2003, de 28 de enero). Tal relevancia comunitaria, y no la simple satisfacción de la curiosidad ajena, es lo único que puede justificar la exigencia de que se asuman aquellas perturbaciones o molestias ocasionadas por la difusión de una determinada noticia, y reside en tal criterio, por consiguiente, el elemento final de valoración para dirimir, en estos supuestos, el eventual conflicto entre las pretensiones de información y de reserva (SSTC 171/1990, de 12 de noviembre, 20/1992, de 14 de febrero, 121/2002, de 20 de mayo y 185/2002 de 14 de octubre). Habrá intromisión ilegítima en la intimidad si la medida adoptada no se revela necesaria para lograr el fin previsto, no resulta proporcionada o no respeta el contenido esencial del derecho (STC 70/2009, de 23 de marzo).

Recuerda la STS, Sala 1ª, de 13 de noviembre de 2012 (Recurso: 323/2011) que de forma reiterada el Tribunal Constitucional, entre otras en la STC 81/2001, de 26 de marzo, ha señalado que los derechos al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen, reconocidos en el artículo 18.1 CE, a pesar de su estrecha relación en tanto que derechos de la personalidad, derivados de la dignidad humana y dirigidos a la protección del patrimonio moral de las personas, tienen, no obstante, un contenido propio y específico. Se trata, de derechos autónomos, con propia sustantividad y la apreciación de la vulneración de uno no conlleva necesariamente la vulneración de los demás. El carácter autónomo de los derechos del artículo 18.1 CE supone que ninguno de ellos tiene respecto de los demás la consideración de derecho genérico que pueda

subsumirse en los otros dos derechos fundamentales que prevé este precepto constitucional, pues el carácter específico de cada uno de estos derechos impide considerar subsumido otro en alguno de ellos. De tal manera que con aplicación al presente caso, las vulneraciones de los otros derechos que puedan ocasionarse a través de una imagen que muestre, además de los rasgos físicos que permiten la identificación de la persona, aspectos de su vida privada, partes íntimas de su cuerpo o que se la represente en una situación que pueda hacer desmerecer su buen nombre o su propia estima, permitirá en tales supuestos que junto a la apreciación de la vulneración del derecho a la imagen, se de la apreciación en su caso, de la vulneración de las eventuales lesiones del derecho a la intimidad o al honor que a través de la imagen se hayan podido causar.

4. Derecho a la tutela judicial (art. 24 CE)

4.1. Acceso a la jurisdicción

Conforme se dice en la STS, Sala 1ª, (Recurso: 1487/2008), la interpretación de los presupuestos procesales no puede obstaculizar injustificadamente el derecho del ciudadano a que un órgano judicial conozca y resuelva en Derecho sobre la pretensión a él sometida. Debe eludirse cualquier aplicación que sea rigorista o excesivamente formalista o que, por cualquier otra razón, revele una clara desproporción entre los fines pretendidos por la norma y los intereses que se sacrifican, en detrimento del derecho de tutela judicial efectiva que garantiza el artículo 24 CE. De ahí que haya de procurarse la subsanación siempre que sea posible, haciendo factible el proceso como instrumento para alcanzar la efectividad de aquel derecho (SSTS 45/2002, de 25 de febrero y 182/2003, de 20 de octubre). En la ponderación de la relevancia de la irregularidad procesal deben tomarse en cuenta: la entidad del defecto, la incidencia en la consecución de la finalidad perseguida por la norma infringida, la trascendencia para las garantías procesales de las demás partes del proceso, y la voluntad y el grado de diligencia procesal apreciada en la parte en orden al cumplimiento del requisito procesal omitido o irregularmente observado (SSTC 45/2002, de 25 de febrero; 12/2003, de 28 de enero; 182/2003, de 20 de octubre; SSTS 30 de marzo 2009; 25 de mayo de 2010).

Recuerda la STS, Sala 1ª, de 28 de septiembre de 2012 (Recurso: 1825/2009) que el derecho de tutela efectiva se satisface mediante el acceso de las partes al proceso sin limitación de garantías ni impedimento alguno para alegar y demostrar en el proceso los propios derechos (SSTC 40/1994, de 15 de febrero, 198/2000, de 24 de julio) mediante la obtención

de una respuesta judicial razonada, motivada y fundada en Derecho, (SSTS de 24 de enero de 2003, RC n° 2031/1997, 6 de abril de 2006, RC n° 3555/1999, 25 de mayo de 2010, RC n° 931/2005).

4.2. Acceso a los recursos de apelación y casación

La STS, Sala 1ª (Recurso: 1167/2010) reproduce esta doctrina del TC: el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, que se reconoce en el art. 24.1 CE, además de incluir el derecho de acceso al proceso y a los recursos legalmente establecidos incorpora, como uno de sus contenidos esenciales, la exigencia de que en ningún caso pueda producirse indefensión, garantizando a los litigantes, en todo proceso y en todas sus instancias y recursos, un adecuado ejercicio del derecho de defensa que respete los principios de audiencia, contradicción e igualdad de armas procesales, asegurándoles la oportunidad de ser oídos y de hacer valer sus respectivos derechos e intereses legítimos (SSTC 237/1988, de 13 de diciembre; 6/1990, de 18 de enero; 102/1998, de 18 de mayo; 107/1999, de 14 de junio; y 114/2000, de 5 de mayo; entre otras muchas).

4.3. Derecho a la prueba

El derecho a utilizar los medios pertinentes de prueba debe entenderse incluido en el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución Española, pero este derecho no configura un derecho absoluto e incondicionado a que se practiquen todas las pruebas propuestas por las partes, ni desapodera al Juez de su derecho a enjuiciar su pertinencia y sus consecuencias para la solución de la cuestión planteada (STS 30 de julio 1999; 4 de mayo 2010; 13 de diciembre 2011). Corolario de ello es que en ningún caso podrá considerarse menoscabado este derecho cuando la inadmisión de una prueba se haya producido debidamente. Así se dice en la STS, Sala 1ª, de 22 de febrero de 2012 (Recurso: 522/2009) y en la de 20 de abril (Recurso: 2099/2010).

Como dice la STS, Sala 1ª, de 11 de junio de 2012 (Recurso: 2076/2009), no toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba puede causar por sí misma una indefensión constitucionalmente relevante, pues la garantía constitucional contenida en el artículo 24.2 CE únicamente cubre aquellos supuestos en los que la prueba es decisiva en términos de defensa (STC 6 de junio 2011). En concreto, para que se produzca violación de este derecho fundamental se exige reiteradamente que concurren dos circunstancias: por un lado, la denegación o la inejecución de las pruebas han de ser imputables al órgano judicial (SSTC 1/1996, de 15 de enero, FJ 2, y 70/2002, de 3 de abril, FJ 5, por todas); y, por otro, la prueba denegada

o impracticada ha de resultar decisiva en términos de defensa, debiendo justificar el recurrente en su demanda la indefensión sufrida (SSTC 217/1998, de 16 de noviembre, FJ 2, y 219/1998, de 16 de noviembre, FJ 3).

4.4. Dilaciones indebidas

El art. 24.2 CE, que se refiere a la utilización de los medios de prueba “pertinentes”, implica que su reconocimiento no ampara un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada, en virtud de la cual las partes estarían facultadas para exigir cualesquiera pruebas que tengan a bien proponer, sino que atribuye sólo el derecho a la admisión y práctica de las que sean pertinentes, entendiendo por tales aquellas pruebas que tengan una relación con el *thema decidendi* [supuesto que debe decidirse] (SSTC 147/2002, de 15 de junio, FJ 4; 70/2002, de 3 de abril, FJ 5; 165/2001, de 16 de julio, FJ 2 a); y 96/2000, de 10 de abril, FJ 2]), pues lo contrario significaría que se pudiese alargar indebidamente el proceso o se discutiesen cuestiones ajenas a su finalidad (AATC 96/1981, de 30 de septiembre, FJ 2; 460/1983, de 13 de octubre, FJ 6; y 569/1983, de 23 de noviembre, FJ 6), vulnerándose así el derecho de las otras partes a obtener un proceso sin dilaciones indebidas reconocido también en el art. 24.2 CE; STS, Sala 1ª, de 2 de octubre de 2012 (Recurso: 1656/2009).

4.5. Igualdad procesal

La STS, Sala 1ª, de 11 de diciembre de 2012 (Recurso: 1167/2010), recuerda, con abundante cita de doctrina del TC, como es de ver, que el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, que se reconoce en el art. 24.1 CE, además de incluir el derecho de acceso al proceso y a los recursos legalmente establecidos incorpora, como uno de sus contenidos esenciales, la exigencia de que en ningún caso pueda producirse indefensión, garantizando a los litigantes, en todo proceso y en todas sus instancias y recursos, un adecuado ejercicio del derecho de defensa que respete los principios de audiencia, contradicción e igualdad de armas procesales, asegurándoles la oportunidad de ser oídos y de hacer valer sus respectivos derechos e intereses legítimos (SSTC 237/1988, de 13 de diciembre; 6/1990, de 18 de enero; 102/1998, de 18 de mayo; 107/1999, de 14 de junio; y 114/2000, de 5 de mayo; entre otras muchas). La STC 23/2003 añade que: “*el derecho a la defensa con contradicción impone a los órganos judiciales el deber de excluir la indefensión, por lo que, cuando su actuación haya impedido a una parte, en el curso del proceso, el ejercicio de las facultades de alegación y, en su caso, de justificación de sus derechos e intereses legítimos, bien para la defensa de sus propias posiciones o bien*

para rebatir las posiciones contrarias, se vulnera el principio de contradicción y, por ende, el derecho a la tutela judicial (STC 1/1992, de 13 de enero), al no ser admisible un pronunciamiento de los Jueces o de los Tribunales sobre materias respecto de las que no ha existido la necesaria contradicción (SSTC 77/1986, de 12 de junio; 107/1999, de 14 de junio; 114/2000, de 5 de mayo)”. Y la STC 114/2000 puntualiza “que la regla de interdicción de la indefensión requiere del órgano jurisdiccional un indudable esfuerzo a fin de preservar los derechos de defensa de las partes, correspondiendo a los órganos judiciales procurar que en un proceso se dé la necesaria contradicción entre ellas, así como que posean idénticas posibilidades de alegar o probar y, en definitiva, de ejercer su derecho de defensa en cada una de las instancias que lo componen (SSTC 226/1988, 28 de noviembre, 162/1993, de 18 de mayo, 110/1994, de 11 de abril, 175/1994, de 7 de junio y 102/1998, de 18 de mayo)”.

4.6. Incongruencia

Según reiterada doctrina de la Sala, no existe incongruencia en las sentencias absolutorias, porque resuelven todas las cuestiones suscitadas en el pleito. Habiéndose desestimado la demanda en su totalidad en este litigio, se aplica esta regla, por lo que resulta correctamente aplicado el art. 394.1 LEC. Así se dice en las SSTS, Sala 1ª, de 5 de enero de 2012 (Recurso: 2187/2008) y 14 de Diciembre del 2012 (Recurso: 1026/2010).

La incongruencia interna consiste en la contradicción entre la fundamentación jurídica y el fallo o contradicción entre los pronunciamientos de un fallo. SSTS, Sala 1ª, de 27 de enero de 2012 (Recurso: 1660/2008) y 2 de Octubre del 2012 (Recurso: 1173/2009).

Añade la STS, Sala 1ª, de 13 de febrero de 2012 (Recurso: 1733/2008), con cita de doctrina del TC, que desde la perspectiva constitucional, este Tribunal ha venido declarando reiteradamente que para que la incongruencia por exceso adquiera relevancia constitucional y pueda ser constitutiva de una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución Española, se requiere que la desviación o el desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes hayan formulado sus pretensiones, por conceder más de lo pedido (*ultra petitum*) o algo distinto de lo pedido (*extra petitum*), suponga una modificación sustancial del objeto procesal, con la consiguiente indefensión y sustracción a las partes del verdadero debate contradictorio, produciéndose un fallo extraño o las respectivas pretensiones de las partes.

De modo muy sintético y preciso, dice la STS, Sala 1ª, de 9 de julio de 2012 (Recurso: 2068/2010), que la congruencia a que se refiere el artículo 218 LEC -que, en su modalidad llamada omisiva tiene trascendencia constitucional, por entrañar una infracción del artículo 120.3 CE y también

una conculcación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que consagra el artículo 24.1 CE-, exige que la sentencia resuelva todas las cuestiones debatidas en el proceso, dando a cada una de ellas la respuesta suficientemente razonada o motivada que sea procedente. No hay incongruencia omisiva cuando el silencio judicial puede, razonablemente, interpretarse como desestimación implícita y la respuesta judicial solo es incongruente por falta de argumentación concreta acerca de una cuestión cuando no cabe entender que hay una desestimación implícita derivada claramente de lo razonado en el cuerpo de la resolución (SSTS de 1 de abril de 2008, RC n° 222/2001, 2 de octubre de 2009, RC n° 2194/2002, 26 de marzo de 2010, RC. n° 824/2006).

4.7. Indefensión

Por indefensión debe entenderse la privación efectiva o material de medios de defensa suficiente para lesionar el derecho a la tutela judicial efectiva. No es suficiente que se haya producido una infracción formal de normas procesales si la parte no justifica que la expresada infracción ha llevado consigo una indefensión material. STS; Sala 1ª, de 13 de noviembre de 2012 (Recurso: 323/2011).

4.8. Motivación de las sentencias

Sintetiza la STS, Sala 1ª, de 20 de febrero de 2012 (Recurso: 1887/2008), que la motivación de las sentencias es una exigencia constitucional establecida en el art. 120.3 CE. Desde el punto de vista constitucional, el deber de motivación es inherente al ejercicio de la función jurisdiccional y forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, porque está prohibida la arbitrariedad del juez y la forma de controlar la razonabilidad de las decisiones se efectúa por medio de la motivación, y todo ello para evitar que el derecho a la tutela judicial efectiva sufra una lesión (STS 14 abril 1999). La respuesta a las peticiones formuladas en la demanda no debe ser ni extensa ni pormenorizada, pero sí debe estar argumentada en derecho, puesto que el juez no puede decidir según su leal saber y entender, sino mediante el recurso al sistema de fuentes establecido, tal como dispone el art. 1.7 CC, lo que deriva de la sumisión de los jueces a la ley, establecida en el art. 117.1 CE. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que *“la motivación [...] ha de ser la conclusión de una argumentación ajustada al tema o temas en litigio, para que el interesado, destinatario inmediato pero no único, y los demás, los órganos judiciales superiores y también los ciudadanos, puedan conocer el fundamento, la ratio decidendi de las resoluciones [...] (STC 77/2000, así como las SSTS 69/1998, 39/1997,*

109/1992, entre muchas otras)".

Esta Sala ha aplicado esta norma, exigiendo la motivación suficiente, sobre la base del cumplimiento de una doble finalidad: la de exteriorizar el fundamento de la decisión adoptada, haciendo explícito que responde a una determinada interpretación del derecho, así como la de permitir su eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los recursos (SSTS 5 noviembre 1992, 20 febrero 1993, 26 julio 2002 y 18 noviembre 2003, entre muchas otras). La obligación de motivación de las sentencias está recogida en el art. 218 LEC, cuyo párrafo dos establece que *"las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho"*, y todo ello, *"ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón"*. La falta de motivación de la sentencia constituye un motivo del recurso extraordinario por infracción procesal, tal como aparece en el art. 469.1, 2º LEC, y su concurrencia da lugar a la nulidad, con reposición de actuaciones (art. 476.2, 4º LEC).

Añade la STS, Sala 1ª, de 12 de noviembre de 2012 (Recurso: 618/2010) que el deber de motivación no impone ni una argumentación extensa ni una respuesta pormenorizada, punto por punto, a cada una de las alegaciones de las partes, sino únicamente que la respuesta judicial esté argumentada en derecho y que se vincule a los extremos sometidos por las partes a debate, al margen de que sea escueta y concisa, de manera que sólo una motivación que, por arbitraria, deviniese inexistente o extremadamente formal, quebrantaría el artículo 24 de la Constitución.

4.9. Valoración probatoria y casación

Es doctrina de esta Sala que cuando la resolución del recurso de casación afecta a derechos fundamentales, como ocurre en el caso examinado, esta Sala no puede partir de una incondicional aceptación de las conclusiones probatorias obtenidas por las sentencias de instancia, sino que debe realizar, asumiendo una tarea de calificación jurídica, una valoración de los hechos en todos aquellos extremos relevantes para apreciar la posible infracción de los derechos fundamentales alegados, sin limitarse a considerar, como ocurre cuando se interpone un recurso extraordinario por infracción procesal para combatir la valoración de la prueba en relación con un proceso cuyo objeto se desenvuelve en el plano de la legalidad ordinaria, si las conclusiones de facto [sobre los hechos] obtenidas por el tribunal de instancia, además de no infringir las normas que integran el régimen de la prueba, simplemente soportan la aplicación de un test de razonabilidad (SSTS, entre otras, de 7 de diciembre de 2005, 27 de febrero de 2007, 25 de febrero de 2008, RC nº 395/2001, 2 de junio de 2009, RC nº 2622/2005). Este criterio se admite, entre otras

resoluciones, por la STC 100/2009, de 27 de abril de 2009, la cual, anulando el ATS de 24 de mayo de 2005, RC n° 2766/2001, declara (FJ 6), entre otros extremos, que *“la falta de veracidad de la información (en el sentido que corresponde a este término, cuando se enjuicia la constitucionalidad del ejercicio del derecho de información) y el carácter vejatorio o no de las opiniones emitidas por el autor de los artículos periodísticos son cuestiones de estricto carácter jurídico, vinculadas a la ponderación sustantiva de los derechos fundamentales en conflicto”*. Así se dice en la STS, Sala 1ª, de 10 de Enero del 2012 (Recurso: 1317/2010).

Se reitera en la STS, Sala 1ª, de 22 de febrero de 2012 (Recurso: Recurso: 593/2009), que la valoración probatoria solo puede excepcionalmente tener acceso al recurso extraordinario por infracción procesal por la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración de la prueba o por la infracción de una norma tasada de valoración de prueba que haya sido vulnerada, al amparo del artículo 469.1.4. LEC en cuanto, al ser manifiestamente arbitraria o ilógica la valoración de la prueba, no supera conforme a la doctrina constitucional el test de la racionalidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 CE. Lo mismo se dice en la de 7 de marzo (Recurso: 481/2009): es cierto que la valoración de la prueba puede ser revisada cuando no supere el nivel de racionalidad preciso para entender que ha sido respetado el mandato del artículo 24 de la Constitución Española.

Esta doctrina se matiza cuando de derechos fundamentales se trata, pues también es doctrina de esta Sala que cuando la resolución del recurso de casación afecta a derechos fundamentales, como ocurre en el caso examinado, esta Sala no puede partir de una incondicional aceptación de las conclusiones probatorias obtenidas por las sentencias de instancia, sino que debe realizar, asumiendo una tarea de calificación jurídica, una valoración de los hechos en todos aquellos extremos relevantes para apreciar la posible infracción de los derechos fundamentales alegados; STS; Sala 1ª, de 13 de noviembre de 2012 (Recurso: 323/2011).

II. ORDEN JURISDICCIONAL PENAL

1. Igualdad (art. 14 CE)

Recuerda la STS, Sala 2ª, de 18 de enero de 2012 (Recurso: 10602/2011) que el art. 14 de la CE rechaza aquellas diferenciaciones legales que sean arbitrarias o desproporcionadas, carentes de la necesaria justificación objetiva y razonable. Conforme a la jurisprudencia del

Tribunal Constitucional (véase, entre otras, las sentencias nº 31/2008 de 25 de febrero y 13/2011 de 28 de febrero), los requisitos exigidos por el principio de igualdad ante la Ley serían los siguientes: 1) acreditación del *tertium comparationis*. 2) identidad del órgano judicial. 3) alteridad en los supuestos contrastados. 4) ausencia de toda motivación para proceder de modo diferente, esto es, justificación de la diferencia de trato. Ello no quita que no se pueda tomar en consideración la existencia de razones objetivas que justifiquen una desigualdad de tratamiento legal ni mucho menos que se excluya la necesidad de establecer un tratamiento desigual para supuestos, en sí mismos, desiguales.

La alusión al derecho fundamental a la igualdad (art. 14 CE) cuando se está ante supuestos de participación fácticamente diferentes y jurídicamente de distinta relevancia, resulta completamente infundada. Así se dice con rotundidad en la STS, Sala 2ª, de 9 de abril de 2012 (Recurso: 531/2011).

Como dice la STS, Sala 2ª, de 11 de mayo de 2012 (Recurso: 834/2011), en cualquier caso el principio de igualdad ante la ley no debe dar cobertura a un imposible derecho a la igualdad en la ilegalidad, ni se puede pretender la impunidad porque otros hayan resultado impunes, pues la impunidad de algunos no supone que en virtud del principio de igualdad deba declararse la impunidad de otros que hayan participado en los mismos hechos. Conforme a tal doctrina la igualdad exige tratar igual a lo que es igual y desigual a lo desigual.

En materia procesal, se destaca en la STS, Sala 2ª, de 5 de diciembre de 2012 (Recurso: 2216/2011) que los principios de contradicción e igualdad de armas en el proceso son de particular vigencia en dos momentos de la instrucción que suelen presentarse sucesivamente, como son: a) la proposición de diligencias de investigación y medios de prueba, que corresponden al imputado en las mismas condiciones y términos en el que puedan hacerlo las acusaciones, derecho sometido a la facultad directora del Juez de instrucción que admite y rechaza apreciando o no la pertinencia y utilidad de las propuestas. b) En el momento de la práctica de la prueba, tanto de la propuesta por la acusación como por la propia defensa, concediendo pues, las mismas posibilidades de interrogar en forma contradictoria a los testigos e intervenir activamente en la práctica de las demás diligencias propias de la instrucción, posibilidad que no implica asistencia efectiva, salvo a determinadas diligencias y la necesidad de la notificación de aquella práctica para posibilitar esa intervención, que garantiza el cumplimiento de los principios de contradicción y de igualdad de armas.

La efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y contradicción impone a los órganos judiciales el deber positivo de evitar desequilibrios entre la respectiva posición procesal de las partes y evitar

limitaciones en la defensa que puedan generar indefensión, prohibida por el art. 24.1 CE, lo que reclama un cuidadoso esfuerzo del órgano jurisdiccional para garantizar la plena efectividad de los derechos de defensa en las distintas fases e instancias del proceso.

2. Vida e integridad física. Violencia doméstica (art. 15 de la CE)

Recuerda la STS, Sala 2ª, de 26 de junio de 2012 (Recurso: 10204/2012) que el artículo 173.2.1 del Código Penal sanciona la conducta consistente en el ejercicio habitual de violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido el cónyuge del autor. La jurisprudencia considera que la conducta se caracteriza por la presencia constante de la violencia creando una situación permanente de dominación sobre las víctimas, que las atemoriza impidiéndoles el libre desarrollo de su vida. Esa situación de dominación mediante el temor suscitado en la víctima se alcanza ordinariamente a través de actos que incorporan diferentes dosis de violencia, física o psíquica, que incluso de forma sutil provocan en la víctima una sensación de automenosprecio que una vez instaurada conduce al sometimiento de su persona a la voluntad del autor.

Dice la STS, Sala 2ª, de 28 de noviembre de 2012 (Recurso: 11994/2011) que conforme al art. 23 del Código penal “*es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente*”, redactado por la LO 11/2003 de 29 septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. Como hemos dicho en la sentencia nº 1053/2009, en los supuestos de delitos contra la vida y la integridad física de las personas en los que se da una relación previa conyugal o cuando están vinculados el autor y la víctima de forma estable por una relación análoga de afectividad, el art. 23 opera agravando la responsabilidad. El precepto destaca de forma expresa el elemento de la estabilidad. Ello quiere decir que la relación de afectividad tiene que tener una intensidad y una persistencia en el tiempo de cierta entidad para que pueda operar como agravante.

3. Libertad. Tipicidad penal (art. 17 CE)

La STS, Sala 2ª, de 27 de febrero de 2012 (Recurso: 20048/2009) reitera la vigencia, como no podía ser de otra manera, del principio de legalidad

y sus exigencias de *lex previa*, *lex certa*, *lex scripta* y *lex stricta* y se afirma, categóricamente, que no es de aplicación el art. 607 bis del Código Penal incorporado a nuestro Código el 1 de octubre de 2004. Por ello, casa la sentencia de la Audiencia Nacional en este concreto apartado. Además razona, frente al argumento de la Audiencia de origen, que en orden a la aplicación del Derecho Internacional Penal *“es necesaria una precisa transposición operada según el derecho interno, al menos en aquellos sistemas que, como el español, no contemplan la eficacia directa de las normas internacionales”*. En este sentido, la Constitución española prevé, en los arts. 93 y siguientes, la forma de incorporación al derecho interno de los Tratados Internacionales para desplegar sus efectos conforme al art. 10.2 de la Carta magna. Concluye la Sentencia de esta Sala que *“el Derecho Internacional consuetudinario no es apto según nuestras perspectivas jurídicas para crear tipos penales completos que resulten directamente aplicables por los tribunales españoles”*; ello sin perjuicio de su consideración como criterio de interpretación y como elemento contextual en orden a la perseguibilidad internacional y a la individualización de la pena impuesta sobre la declaración de concurrencia de tipos penales del Código Penal vigentes al tiempo de la comisión de los hechos. Esto es, la contextualización de los hechos en los delitos contra la humanidad permite un efecto procesal, la perseguibilidad internacional, y otro que atiende a las facultades de individualización de la pena, sin permitir una nueva tipicidad. No es posible -por más que sea sostenida por algún sector doctrinal- que las exigencias del principio de tipicidad se rellenen con la previsión contenida en el Derecho penal internacional consuetudinario, si el derecho interno no contempla esa tipicidad. Si lo hiciera con posterioridad, esa tipificación puede ser aplicada pero siempre a partir de su publicación.

4. Derecho a la intimidad personal (art. 18 CE)

Destaca la STS, Sala 2ª, de 14 de marzo de 2012 (Recurso: 1638/2011), que la jurisprudencia de esta Sala ha señalado (cfr. STS 4/2005, de 19 de mayo) que es obvio que la grabación periodística de un incidente acaecido en la vía pública, no puede ser objeto de control judicial en su ejecución, pues se produce, en todo caso, extraprocesalmente. Y que, sin embargo, por tal motivo no puede ser tachada, en modo alguno, de medio de prueba afectado por vicios derivados de vulneración a derecho fundamental alguno, en concreto y de manera especial el derecho a la intimidad en sus diferentes facetas, ya que, como se ha dicho, la grabación recoge hechos sucedidos en un ámbito público. Y también se ha señalado (cfr STS 14-10-2002, nº 1733/2002; STS 27-9-2002, nº 1547/2002; SSTS de 6-5-1993 , 7-2, 6-4 y 21- 5-1994, 18-12-1995, 27-2-1996, 5- 51997 y 968/1998 de 17-7, entre

otras muchas) que la captación de imágenes se encuentra autorizada por la ley en el curso de una investigación criminal, siempre que se limiten a la grabación de lo que ocurre en espacios públicos fuera del recinto inviolable del domicilio donde tiene lugar el ejercicio de la intimidad.

Por ello cuando el emplazamiento de aparatos de filmación o de escucha invada el espacio restringido reservado para la intimidad de las personas sólo puede ser acordado en virtud de mandamiento judicial que constituye un instrumento habilitante para la intromisión en un derecho fundamental. No estarían autorizados, sin el oportuno *placet* judicial, aquellos medios de captación de la imagen o del sonido que filmaran escenas en el interior del domicilio prevaliéndose de los adelantos y posibilidades técnicas de estos aparatos grabadores, aún cuando la captación tuviera lugar desde emplazamientos alejados del recinto domiciliario. El material fotográfico y videográfico obtenido en las condiciones anteriormente mencionadas y sin intromisión indebida en la intimidad familiar tienen un innegable valor probatorio, siempre que sea reproducido en las sesiones del juicio oral.

4.1. Comunicaciones postales

La STS, Sala 2^a, de 20 de enero de 2012, (Recurso: 11347/2011) estudia el cuestionamiento de la apertura de los paquetes postales, diciendo que la sentencia del Tribunal Constitucional n.º 281/2006, ha delimitado la noción constitucional del concepto comunicación postal, de la que resulta que no incluye todo intercambio realizado mediante servicios de esa índole. Al contrario, el derecho al secreto de las comunicaciones postales sólo protege el intercambio de objetos a través de los cuales se transmiten mensajes mediante signos lingüísticos, que es por lo que no gozan de protección aquellos otros que por, sus propias características, no son usualmente utilizados para contener correspondencia individual sino para servir al transporte y tráfico de mercancías.

Se excluye de la protección constitucional al secreto de las comunicaciones postales “*aquellos objetos -continentes- que por sus propias características no son usualmente utilizados para contener correspondencia individual sino para servir al transporte y tráfico de mercancías (ATC 395/2003, de 11 de diciembre , F 3)*”, y aquellos otros que, “*pudiendo contener correspondencia, sin embargo, la regulación legal prohíbe su inclusión en ellos, pues la utilización del servicio comporta la aceptación de las condiciones del mismo*”. Teniendo en cuenta que lo que se protege es el secreto de la comunicación postal, entendió el Tribunal Constitucional que “*quedan fuera de la protección constitucional aquellas formas de envío de la correspondencia que se configuran legalmente como comunicación abierta, esto es, no secreta. Así sucede cuando es legalmente obligatoria una declaración externa de contenido, o cuando bien su franqueo o cualquier*

otro signo o etiquetado externo evidencia que, como acabamos de señalar, no pueden contener correspondencia, pueden ser abiertos de oficio o sometidos a cualquier otro tipo de control para determinar su contenido”. Así lo afirma la STS, Sala 2ª, de 23 de octubre de 2012 (Recurso: 217/2012).

4.2. Intervenciones telefónicas

Con abundante cita de doctrina del TEDH, la STS, Sala 2ª, de 11 de julio de 2012 (Recurso: 11975/2011) recuerda que los requisitos esenciales para la validez probatoria de la información obtenida como resultado de las intervenciones telefónicas, de acuerdo con reiterada doctrina jurisprudencial al respecto, no son otros que: a) el de la jurisdiccionalidad de las mismas, es decir, que sean autorizadas y, ulteriormente, controladas por la Autoridad judicial, en tanto que es el Juez la única Autoridad a la que constitucionalmente está conferida la facultad y la responsabilidad para determinar la oportunidad de la medida, sin olvidar la tutela de los derechos de quien la sufre; b) la especialidad, en el sentido de que tales diligencias han de ser acordadas con motivo de unas concretas actuaciones llevadas a cabo para la investigación de unos hechos aparentemente delictivos, con exclusión de actuaciones de carácter prospectivo e indeterminado; c) la proporcionalidad de tan grave injerencia en un derecho fundamental de la máxima sensibilidad y que, por añadidura, se realiza, por exigencias de su propia naturaleza, manteniendo en la ignorancia al sometido a ella, con respecto a la importancia de la infracción investigada; d) la necesidad de acudir a semejante medio de investigación, dadas las características de los hechos investigados y la grave dificultad para su descubrimiento por otros mecanismos menos aflictivos para el ciudadano sometido a ellos; y, por último, d) la suficiente motivación de las decisiones adoptadas por el Juez que, en definitiva, debe reflejar la existencia de los anteriores requisitos, bien expresamente o al menos por remisión a las razones ofrecidas por el solicitante de la intervención, basada en datos objetivos que revelen lo fundado de las sospechas que sirven de base para acordar la medida. Lo mismo se dice en las SSTS, Sala 2ª, de 26 de julio de 2012 (Recurso: 11165/2010) y 8 de octubre de 2012 (Recurso: 10585/2012).

La STS, Sala 2ª, de 12 de julio de 2012 (Recurso: 12046/2011) añade, con cita de doctrina en este caso del TC, que el secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar las sospechas sin base objetiva que surjan en los encargados de la investigación, ya que de otro modo se desvanecería la garantía constitucional.

La STS, Sala 2ª, de 26 de julio de 2012 (Recurso: 11165/2010), con apoyo en la STS 55/2007 de 23 de enero, afirma que queda extramuros del ámbito del secreto de las comunicaciones protegido constitucionalmente

el conocimiento del I.M.S.I. ó I.M.E.I. de los teléfonos que luego fueron intervenidos judicialmente *“...vuelve (el recurrente) a cuestionar el método de “monitorización” empleado por el Servicio de Vigilancia Aduanera, con sospechas de irregularidad que, en realidad, han quedado plenamente despegadas por la Audiencia cuando entra en el análisis de lo efectivamente realizado, para concluir en que ese procedimiento tan solo sirve para identificar las claves alfanuméricas (I.M.S.I. e I.M.E.I.), ni tan siquiera el número de uso telefónico y, por supuesto, menos aun su titularidad, respecto de las terminales usadas por determinadas personas, para, solo ulteriormente, obtener a través de la propia autoridad judicial, los datos identificativos necesarios para solicitar la correspondiente autorización de intervención telefónica...”*. Más recientemente, y de forma más exhaustiva, la STS 249/08, de 20 de mayo, reitera la doctrina de que no se precisa autorización judicial previa por parte de la policía para obtener el I.M.S.I. y que una vez obtenido sí será precisa la autorización judicial para que la operadora ceda los datos que obran en sus ficheros con los que se podrá conocer el concreto número del terminal telefónico para el que se va a solicitar la intervención.

4.3. Registro de domicilio y asistencia del interesado

Conforme dice la STS, Sala 2ª, de 5 de junio de 2012 (Recurso: 1999/2011) cuando se autoriza judicialmente el registro de un domicilio se incluye en la autorización la totalidad del mismo, mientras no se establezca en el auto limitación alguna, dado que la droga o los efectos delictivos pueden estar escondidos en cualquiera de sus dependencias. En relación con la alegación de que la hija del recurrente no se encontraba presente cuando se practicó el registro, debe recordarse que nuestra doctrina jurisprudencial (SSTS 777/2009, de 24 de junio, 967/2009, de 7 de octubre y 953/2010 de 27 de octubre, entre otras) no incluye como presupuesto necesario de la validez de la diligencia de entrada y registro en un domicilio la presencia de todos y cada uno de los moradores de la vivienda que es objeto de registro.

5. Libertad de expresión/exaltación del delito (art. 20 de la CE)

Se dice en la STS, Sala 2ª, de 14 de marzo de 2012 (Recurso: 1638/2011) *“ciertamente el tipo penal de la exaltación/justificación en la doble modalidad del crimen o de sus autores, en la medida que constituye una figura que desborda la apología clásica del art. 18, puede adentrarse en la zona delicada de la sanción de opiniones, por deleznables que puedan*

ser consideradas, y, lo que es más delicado, pueden entrar en conflicto con derechos de rango constitucional como son los derechos de libertad ideológica y de opinión, reconocidos, respectivamente en los arts. 16-1 y 20-1 a) de la Constitución”.

Es por ello que, reconociendo la tensión que existe entre este delito y el derecho a la libre expresión de ideas y libertad ideológica, (como expresamente se reconoce en la sentencia de esta Sala 585/2007, de 20 de junio), la labor judicial, como actividad individualizada que es, en un riguroso análisis, caso por caso, habrá de examinar tanto las concretas frases o expresiones producidas así como la ocasión y el escenario en el que fueron pronunciadas y, en fin, todas las circunstancias concurrentes, para determinar si está dentro del ámbito del tipo penal o extramuros de él, sin olvidar que el principio *favor libertatis* debe jugar, necesariamente en los casos de duda, ante la naturaleza constitucional de los derechos de libertad de expresión e ideológica que podrían quedar afectados por el tipo penal, derechos que constituyen una de las más acusadas señas de identidad de la Sociedad Democrática.

Todo ello nos lleva a la conclusión de que el delito de exaltación/justificación del terrorismo o sus autores se sitúa extramuros del delito de la apología clásica del art. 18 CP, pero sin invadir ni cercenar el derecho de libertad de expresión. Zona intermedia que, como ya hemos dicho, debe concretarse cuidadosamente caso a caso.

¿Cuál es esa zona intermedia? se pregunta la sentencia referenciada 224/2010. Y a ello se responde que, “*de acuerdo con la concreta previsión contenida en la Exposición de Motivos de la Ley 7/2000, el bien jurídico protegido estaría en la interdicción de lo que el TEDH - SSTEDH de 8 de julio de 1999 , Sürek vs Turquía, 4 de diciembre de 2003, Müslüm vs Turquía -y también nuestro Tribunal Constitucional STC 235/2007 de 7 de noviembre-califica como el discurso del odio, es decir la alabanza o justificación de acciones terroristas, que no cabe incluir dentro de la cobertura otorgada por el derecho a la libertad de exposición o ideológica en la medida que el terrorismo constituye la más grave vulneración de los Derechos Humanos de aquella Comunidad que lo sufre”.*

6. Derecho a la tutela judicial (art. 24 CE)

La víctima de un delito no tiene un derecho fundamental a la condena penal de otra persona (por todas, SSTC 157/90 de 18.10, 199/96 de 3.12, 215/99 de 29.11, 168/2011 de 16.7), sino que meramente es titular del *ius ut procedat*, es decir del derecho a poner en marcha un proceso, substanciando de conformidad con las reglas del proceso justo, en el que pueda obtener una respuesta razonable y fundada en Derecho (por todas STC 120/2000 de 10.5), que ha sido configurado por este Tribunal como

una manifestación específica del derecho a la jurisdicción. Así dice la STS, Sala 2ª, de (Recurso: 11918/2011).

La confidencialidad de las relaciones entre cliente y su letrado defensor, que naturalmente habrán de estar presididas por la confianza, resulta un elemento esencial (STEDH *Castravet contra Moldavia*, de 13 de marzo de 2007, p. 49; y STEDH *Foxley contra Reino Unido*, de 20 de junio de 2000, p. 43). En la STEDH de 5 de octubre de 2006, caso *Viola contra Italia* (61), se decía que “...el derecho, para el acusado, de comunicar con su abogado sin ser oído por terceras personas figura entre las exigencias elementales del proceso equitativo en una sociedad democrática y deriva del artículo 6.3 c) del Convenio. Si un abogado no pudiese entrevistarse con su cliente sin tal vigilancia y recibir de él instrucciones confidenciales, su asistencia perdería mucha de su utilidad. Sus posibles restricciones, que no siempre son aceptables en la misma medida, requieren, según la interpretación que el TC ha hecho de la Constitución y el TEDH del Convenio, del cumplimiento suficiente de, al menos, tres exigencias, resumidas en la STC 233/2005 de 26.9, tras afirmar que los datos con transcendencia económica (y por ende tributaria) están incluidos en el ámbito de la intimidad constitucionalmente protegido, declara que para la no afectación de la intimidad constitucionalmente protegida en el art. 18.1 CE, es preciso que concurren cuatro requisitos: en primer lugar, que exista un fin constitucionalmente legítimo; en segundo lugar, que la intromisión en el derecho esté prevista en la ley; en tercer lugar, que como regla general, la injerencia se acuerde mediante una resolución judicial motivada establecida en ocasiones de forma expresa y en otras de forma implícita, según ha establecido el Tribunal Constitucional, aunque su forma y características admita algunas matizaciones en función de la entidad de la restricción; y, finalmente, que se observe el principio de proporcionalidad, esto es, que la medida adoptada sea idónea para alcanzar el fin legítimo perseguido con ella, con una justificación suficiente en el supuesto concreto, que tenga en cuenta los indicios disponibles en el caso, la necesidad de la medida y el respeto al principio de proporcionalidad (STEDH de 2.11.91 caso *S. contra Suiza* y 31.1.2002, caso *Sanz contra Austria*)”. Así se dice en la STS, Sala 2ª, de 5 de diciembre de 2012 (Recurso: 2216/2011).

6.1. Congruencia

Sistematiza la STS, Sala 2ª, de 11 de octubre de 2012 (Recurso: 1425/2011) la jurisprudencia reiterada de la Sala -cfr. STS 1067/2009, 3 de noviembre, con cita de la STS 995/2009, 23 de septiembre-, y recuerda que “...por lo que concierne a la supuesta infracción por omisión de la debida respuesta a las cuestiones suscitadas, como determinante de aquella garantía constitucional, basta decir que la jurisprudencia constante de este Tribunal (vid. Sentencias 54/2009, 728/2008 y 603/2007), concorde con la establecida por el Tribunal

Constitucional (Sentencias 95/1990, 128/1992, 169/1994, 91/1995, 143/1995, 58/1996, 223/2003; 60/2008) exige, para acreditar tal vulneración: a) que la falta de decisión recaiga sobre una verdadera pretensión y no sobre un concreto argumento ni sobre cada una de las distintas alegaciones individuales o razonamientos concretos en que aquéllas se sustenten, porque sobre cada uno de éstos no se exige una contestación judicial explícita y pormenorizada, siendo suficiente una respuesta global genérica; b) que ni siquiera constituye la omisión con trascendencia constitucional la preterición de un enunciado fáctico de los alegados sino que ha de referirse a pedimentos, peticiones o pretensiones jurídicas; c) que la cuestión sobre la que no se pronuncia el Tribunal sea de carácter esencial; d) que la cuestión haya sido explícitamente formulada en los correspondientes escritos de la parte que formula la protesta, habiéndose producido por ello el oportuno debate; e) que, con independencia de que pueda diferenciadamente suscitarse otra queja, el silencio judicial no pueda razonablemente interpretarse como desestimación implícita o tácita constitucionalmente admitida, lo que sucede cuando la resolución dictada en la instancia sea incompatible con la cuestión propuesta por la parte, es decir, cuando del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución judicial puede razonablemente deducirse, no sólo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida, sino, además, los motivos fundamentadores de la respuesta tácita; f) que aún existiendo el vicio, éste no pueda ser subsanado por la casación a través de otros planteamientos de fondo aducidos en el recurso". (FJ 4).

6.2. Congruencia y principio acusatorio

La presunta víctima de un delito, ha puntualizado el Tribunal Constitucional, entre otras, en las SSTC 106/2011, 20 de junio y 145/2009, de 15 de junio (FJ 4), no tiene un derecho fundamental, constitucionalmente protegido, a la condena penal de otra persona (por todas, SSTC 157/1990, de 18 de octubre, FJ 4; 199/1996, de 3 de diciembre, FJ 4; 215/1999, de 29 de noviembre, FJ 1; 168/2001, de 16 de julio, FJ 7), sino que meramente es titular del ius ut procedatur, es decir, del “derecho a poner en marcha un proceso, substanciado de conformidad con las reglas del proceso justo, en el que pueda obtener una respuesta razonable y fundada en derecho (así, STC 120/2000, de 10 de mayo, FJ 4)...”.

Las exigencias derivadas del principio acusatorio, traído también a colación por el Fiscal del Tribunal Supremo, impide la calificación de un hecho con fundamento en un delito distinto a aquél por el que se hubiera formulado acusación y que no presente homogeneidad con el primero. La sustantividad típica de los delitos de apropiación indebida y estafa -decíamos en la STS 448/2012, 30 de mayo-, está fuera de discusión. Los elementos que vertebran el juicio de tipicidad en uno y otro caso no

pueden considerarse coincidentes. Sus respectivos elementos nucleares -engaño versus quebrantamiento de la confianza- aconsejan extremar la precaución desde la perspectiva de las garantías impuestas por el principio acusatorio. No es de extrañar, por tanto, que la jurisprudencia de esta Sala, no sin algunas excepciones (cfr. STS 928/2005, 11 de julio), haya proclamado la heterogeneidad entre los delitos de apropiación indebida y estafa (SSTS 362/1998, 14 de marzo; 918/2008, 31 de diciembre; 1298/2009, 10 de diciembre; 576/2006, 30 de mayo; 1168/2005, 18 de octubre, entre otras), razonando que en el primero el ataque patrimonial se lleva a cabo mediante un engaño con el consiguiente desplazamiento en el patrimonio, mientras que en el segundo el desplazamiento no tiene su origen en aquel engaño motor sino en el abuso de confianza ya depositada en el sujeto activo. Así se dice en la STS, Sala 2ª, de 11 de octubre de 2012 (Recurso: 1425/2011).

6.3. Declaración de los coimputados y presunción de inocencia

Recuerda la STS, Sala 2ª, de 26 de junio de 2012 (Recurso: 2141/2011) que la jurisprudencia ha establecido con reiteración (SSTS 84/2010 de 18.2, 1290/2009 de 23.12, 1142/2009 de 24.11) que las declaraciones de coimputados son pruebas de cargo válidas para enervar la presunción de inocencia, pues se trata de declaraciones emitidas por quienes han tenido un conocimiento extraprocesal de los hechos imputados, sin que su participación en ellos suponga necesariamente la invalidez de su testimonio, aunque sea un dato a valorar al determinar su credibilidad (cfr. STC 68/2002, de 21 de marzo y STS nº 1330/2002, de 16 de julio, entre otras). Sin embargo, ambos Tribunales han llamado la atención acerca de la especial cautela que debe presidir la valoración de tales declaraciones a causa de la posición que el coimputado ocupa en el proceso, en el que no comparece como testigo, obligado como tal a decir la verdad y conminado con la pena correspondiente al delito de falso testimonio, sino como acusado y por ello asistido de los derechos a no declarar en su contra y a no reconocerse como culpable, por lo cual no está obligado legalmente a decir verdad, pudiendo callar total o parcialmente. En orden a superar las reticencias que se derivan de esa especial posición del coimputado, la doctrina de esta Sala ha establecido una serie de parámetros o pautas de valoración, referidas a la comprobación, a cargo del Tribunal de instancia, de la inexistencia de motivos espurios que pudieran privar de credibilidad a tales declaraciones, como la existencia de razones de enemistad o enfrentamiento, odio o venganza, afán de autoexculpación u otras similares.

A estos efectos, han de valorarse, de existir, las relaciones existentes entre quien acusa y quien es acusado. En el examen de las características de la declaración del coimputado, el Tribunal Constitucional ha afirmado que *“la declaración inculpativa del coimputado carece de consistencia plena como prueba de cargo cuando, siendo única, no resulta mínimamente corroborada por otras pruebas”* lo que ha sido matizado en otras sentencias (STC 115/1998, 68/2001, de 17 de marzo y la antes citada STC 68/2002) en el sentido de que *“el umbral que da paso al campo de libre valoración judicial de la prueba practicada está conformado en este tipo de supuestos por la adición a las declaraciones del coimputado de algún dato que corrobore mínimamente su contenido. Antes de ese mínimo no puede hablarse de base probatoria suficiente o de inferencia suficientemente sólida o consistente desde la perspectiva constitucional que demarca la presunción de inocencia”*. No ha definido el Tribunal Constitucional lo que haya de entenderse por corroboración, *“más allá de la idea de que la veracidad de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún dato, hecho o circunstancia externa, debiendo dejar la determinación de si dicha mínima corroboración se ha producido o no al análisis caso por caso”* (STC nº 68/2002, de 21 de marzo).

Lo que el Tribunal Constitucional ha exigido, como recuerda la STC 68/2001, es que *“la declaración quede “mínimamente corroborada” (SSTC 153/1997 y 49/1998) o que se añada a las declaraciones del coimputado “algún dato que corrobore mínimamente su contenido” (STC 115/1998), dejando, como no puede ser de otro modo, a la casuística la determinación de lo que deba ser entendido por corroboración”*, (SSTC 118/2004 de 12.7, 190/2003 de 27.10, 65/2003 de 7.4, SSTS 14.10.2002, 13.12.2002, 30.5.2003, 12.9.2003, 30.5.2003, 12.9.2003, 29.12.2004). En este sentido, las sentencias del Tribunal Constitucional 102/2008 de 28.7, FJ 3, y 91/2008 de 21.7, FJ 3, recuerdan que este Tribunal viene declarando por lo que hace a la invocada vulneración del derecho a la presunción de inocencia, que *“la declaración de un coimputado es una prueba “sospechosa” en la medida en que el acusado, a diferencia del testigo, no sólo no tiene obligación de decir la verdad, de modo que no puede convertirse en el único fundamento de una condena penal”* (STC 17/2004, de 23 de febrero, FJ 3). En sentencias recientes, resumiendo nuestra doctrina al respecto, hemos afirmado que *“las declaraciones de los coimputados carecen de consistencia plena como prueba de cargo cuando, siendo únicas, no resultan mínimamente corroboradas por otras pruebas”*.

6.4. Dilaciones indebidas

Reitera la STS, Sala 2ª, de 19 de junio de 2012 (Recurso: 2002/2011) que el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, que

aparece expresamente reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución, no es identificable con el derecho al cumplimiento de los plazos establecidos en las leyes procesales, pero impone a los órganos jurisdiccionales la obligación de resolver las cuestiones que les sean sometidas, y también la de ejecutar lo resuelto, en un tiempo razonable. Se trata de un concepto indeterminado cuya concreción se encomienda a los Tribunales. Es preciso en cada caso el examen de las actuaciones, a fin de comprobar si efectivamente ha existido un retraso en la tramitación de la causa debido a paralizaciones sin explicación o a la práctica de diligencias de evidente inutilidad, o, en definitiva, que no aparezca suficientemente justificado, bien por su complejidad o por otras razones; que sea imputable al órgano jurisdiccional y que no haya sido provocado por la actuación del propio acusado.

En particular debe valorarse la complejidad de la causa, el comportamiento del interesado y la actuación de las autoridades competentes (STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso *González Doria Durán de Quiroga c. España* y STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso *López Sole y Martín de Vargas c. España*, y las que en ellas se citan). La jurisprudencia ha vinculado la atenuación en estos casos a la necesidad de pena, debilitada si el transcurso del tiempo es relevante y si las particularidades del caso lo permiten (en este sentido, la STS nº 1432/2002, de 28 de octubre; la STS nº 835/2003, de 10 de junio, y la STS nº 892/2004, de 5 de julio). Asimismo, la ha relacionado con el perjuicio concreto que para el acusado haya podido suponer el retraso en el pronunciamiento judicial (STS nº 1583/2005, de 20 de diciembre; STS nº 258/2006, de 8 de marzo; STS nº 802/2007, de 16 de octubre; STS nº 875/2007, de 7 de noviembre, y STS nº 929/2007, de 14 de noviembre, entre otras). Ambos aspectos deben ser tenidos en cuenta al determinar las consecuencias que en la pena debe tener la existencia de un retraso en el proceso que no aparezca como debidamente justificado.

6.5. Fin del proceso penal

Se establece en la STS, Sala 2ª, de 27 de febrero de 2012 (Recurso: 20048/2009) que el sistema español diseñado en la Ley procesal penal se articula en torno a un proceso depurador de responsabilidades penales con un objeto preciso: la reconstrucción de un hecho que reviste características de delito y la averiguación de su autor, a fin de imponer las consecuencias jurídicas previstas en el Código Penal, dentro del marco de garantías propias del sistema penal en un Estado democrático. Ese objeto del proceso penal se inicia con una actividad instructora, de naturaleza administrativa y jurisdiccional, dirigida a la preparación del juicio oral, mediante la práctica de una serie de actuaciones para averiguar y hacer constar la perpetración de delitos, con todas las circunstancias que puedan

influir en su calificación, y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos (art. 299 ley procesal penal). No es posible en nuestro sistema procesal una actividad jurisdiccional de mera indagación sin una finalidad de imposición de una pena. Ello implica la existencia de responsabilidades penales exigibles y con, al menos potencialmente, la presencia del imputado con pleno ejercicio de su derecho de defensa y con la intervención activa que la ley procesal establece y le garantiza (art. 118 y ss de la ley procesal penal).

6.6. Imparcialidad del Tribunal

Conforme dice la STS, Sala 2ª, de 12 de julio de 2012 (Recurso: 12046/2011) debe deducirse una clara distinción entre dos supuestos radicalmente diferentes, que no pueden ser confundidos: 1º) Cuando quien ha actuado como Juez Instructor pasa a formar parte del Tribunal o Juzgado enjuiciador. Es en estos casos cuando concurre de modo específico la causa legal de abstención (haber actuado como instructor de la causa penal), y por tanto como regla general debe apreciarse la vulneración del derecho al juez imparcial, y solo muy excepcionalmente tal vulneración no será apreciable cuando la intervención durante la instrucción sea totalmente inocua, puramente accidental e irrelevante. 2º) Cuando ninguno de los miembros del Tribunal sentenciador ha sido Instructor de la causa, y únicamente se denuncia que el Tribunal ha resuelto, en el ejercicio de las competencias revisoras que expresamente le atribuye la Ley como función propia, algún recurso interpuesto contra las resoluciones del Instructor o dictado alguna medida cautelar en prevención del juicio. En estos casos no concurre la causa legal de abstención pues dichas actuaciones no constituyen legal ni materialmente instrucción, ni los integrantes del Tribunal han actuado en momento alguno como instructores. Por ello, como regla general no cabe apreciar en estos supuestos la vulneración del derecho fundamental a un Tribunal imparcial, y solo excepcionalmente se producirá dicha vulneración en casos especiales en que el propio Tribunal hubiese dictado auto de procesamiento (actuación materialmente instructora que incorrectamente le atribuyó el procedimiento de urgencia al Tribunal sentenciador, auto de 8.2.93 caso de la presa de Tous y sentencia de 8.11.93, o bien cuando se aprecie en el caso concreto que el Tribunal al resolver un recurso o dictar alguna otra resolución de su competencia previa al enjuiciamiento, haya expresado un prejuicio sobre el fondo de la cuestión o sobre la culpabilidad del imputado. (Sentencias 569/99 de 7.4.15.10.99, 19.9.2000, 1393/00 de 30.6.1158/00 de 2.1.1494/99 entre otras).

Y así se contamina y genera parcialidad objetiva cuando, por ejemplo, se acuerda el procesamiento en contra del parecer del instructor (STC 138/91, SSTS 24.9.91, 28.12.93 y 20.1.96) o se acuerde la apertura del juicio

oral, STC 170/93.

Se destaca en la STS, Sala 2ª, de 7 de mayo de 2012 (Recurso: 11773/2011), que se presume la imparcialidad personal del magistrado, salvo prueba en contrario (STEDH de 24 de mayo de 1989, caso *Hauschildt vs. Dinamarca*), pudiendo ser pruebas demostrativas de la pérdida de tal cualidad las muestras de hostilidad o de mala voluntad respecto del acusado; también el hecho de que el juez, movido por razones de orden personal, consiga la asignación del asunto que a aquél afecta (STEDH *De Cubber*, y STEDH de 6 enero 2010, caso *Vera Fernández-Huidobro vs. España*).

En cualquier caso, no se trata de primar los deseos o preferencias del justiciable respecto de la composición personal del órgano de enjuiciamiento, como tampoco de atender dudas basadas en meras apreciaciones o impresiones personales: para que pueda afirmarse que un tribunal puede no ser imparcial es preciso que las dudas estén objetivamente justificadas. Así, para aceptar tal lesión se requiere una justificación objetiva que vaya más allá de las meras impresiones subjetivas del particular. Por ello, como señala el TEDH (sentencias de 25 septiembre 2001, caso *Kizilöz vs. Turquía*; de 25 julio 2002, caso *Perote Pellón vs. España*; o de 17 de junio de 2003, caso *Pescador Valero vs. España*), el punto de vista del acusado al respecto es importante, pero no decisivo, debiendo contar sus sospechas con el debido fundamento. La cuestión de la parcialidad o imparcialidad subjetiva, e incluso en muchos casos objetiva, es una cuestión sumamente delicada porque incide directamente sobre la conformación de los tribunales sujeta al imperio de la ley. Por ello, las apariencias solo podrán ser trascendentes si tienen relación con las causas legales de recusación establecidas por el legislador, debiendo remitirse a ellas, de forma que no es posible establecer causas distintas acudiendo al criterio analógico o configurando la apariencia como causa autónoma y con vida procesal propia.

6.7. Indefensión y medios de prueba

No toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba (referida a su admisión, práctica, valoración, etc.) causa por sí misma indefensión constitucionalmente relevante, pues la garantía así contenida en el art. 24.2 CE únicamente abarca aquellos supuestos en los que la prueba sea decisiva en términos de defensa, de modo que, de haberse practicado la prueba omitida o de haberse practicado correctamente la admitida, la resolución final del proceso hubiera podido ser distinta. La prueba ha de ser pertinente, esto es, relacionada con el objeto del juicio y con las cuestiones sometidas a debate en el mismo; ha de ser relevante, de modo que tenga potencialidad para modificar de forma importante el sentido del fallo, a cuyo efecto el tribunal puede tener en cuenta el resto

de las pruebas de que dispone; ha de ser necesaria, es decir, útil a los intereses de defensa de quien la propone, de modo que su omisión le cause indefensión; y ha de ser posible, en atención a las circunstancias que rodean su práctica, SSTS, Sala 2ª, de 7 de mayo de 2012 (Recurso: 11773/2011) y de 18 de septiembre del 2012 (Recurso: 1813/2011).

6.8. Motivación

El deber de motivación incluye no sólo la obligación de fundamentar los hechos y la calificación jurídica, sino también la pena finalmente impuesta en concreto. Con cita de sentencias del TC, lo recuerda la STS, Sala 2ª, de 16 de febrero de 2012 (Recurso: 11346/2011).

Recuerda la STS, Sala 2ª, de 11 de julio de 2012 (Recurso: 11918/2011) que, como precisa la STS 628/2010 de 1 de julio, podrá considerarse que la resolución judicial vulnera el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva cuando no sea fundada en derecho, lo cual ocurrirá en estos casos:

a) Cuando la resolución carezca absolutamente de motivación, es decir, no contenga los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión. Al respecto, debe traerse a colación la doctrina constitucional sobre el requisito de la motivación, que debe entenderse cumplido si la sentencia permite conocer el motivo decisorio excluyente de un mero voluntarismo selectivo o de la pura arbitrariedad de la decisión adoptada (SSTC 25/90 de 19.2, 101/92 de 25.6), con independencia de la parquedad del razonamiento empleado: una motivación escueta e incluso una fundamentación por remisión pueden ser suficientes porque *“La CE no garantiza un derecho fundamental del justiciable a una determinada extensión de la motivación judicial”*, ni corresponde a este Tribunal censurar cuantitativamente la interpretación y aplicación del derecho a revisar la forma y estructura de la resolución judicial, sino sólo *“comprobar si existe fundamentación jurídica y, en su caso, si el razonamiento que contiene constituye lógica y jurídicamente suficiente motivación de la decisión adoptada”* (STC 175/92 de 2.11).

b) Cuando la motivación es solo aparente, es decir, el razonamiento que la funda es arbitrario, irrazonable e incurre en error patente. La motivación requiere del tribunal la obligación de explicitar los medios probatorios utilizados para declarar la verdad judicial del hecho enjuiciado y que junto a las consideraciones relativas a la subsunción de los hechos en el tipo penal procedente y consecuencias punitivas en caso de condena, integran el derecho del justiciable a la tutela judicial efectiva.

6.9. Presunción de inocencia

Destaca la STS, Sala 2ª, de 27 de febrero de 2012 (Recurso: 762/2011) que a los efectos del derecho a la presunción de inocencia, las declaraciones obrantes en los atestados policiales carecen de valor probatorio de cargo no sólo porque su reproducción en el juicio oral no se revela imposible o difícil sino fundamentalmente porque no se efectúan en presencia de la autoridad judicial. Cuando se alega infracción de este derecho a la presunción de inocencia, la función del Tribunal Supremo no puede consistir en realizar una nueva valoración de las pruebas practicadas a presencia del Juzgador de instancia, porque a éste solo corresponde esa función valorativa, pero sí puede este Tribunal verificar que, efectivamente, el Tribunal “a quo” contó con suficiente prueba de signo acusatorio sobre la comisión del hecho y la participación en él del acusado, para dictar un fallo de condena, cerciorándose también de que esa prueba fue obtenida sin violar derechos o libertades fundamentales y sus correctas condiciones de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción y comprobando también que en la preceptiva motivación de la sentencia se ha expresado por el Juzgador el proceso de un raciocinio, al menos en sus aspectos fundamentales, que le han llevado a decidir el fallo sin infringir en ellos los criterios de la lógica y de la experiencia [SSTS, Sala 2ª, de de 14 de marzo de 2012 (Recurso: 1638/2011) y 3 de abril del 2012 (Recurso: 904/2011)].

El tema de la prueba y los delitos fiscales se estudia en la STS, Sala 2ª, de 11 de octubre del 2012 (Recurso: 1425/2011); se dice que la prueba de los delitos contra la hacienda pública no se sustrae a las reglas generales. La Abogacía del Estado incorpora a su escrito la cita de la STC 87/2001, de 2 de abril, en la que se habría proclamado que al querellante le basta con aportar la prueba sobre el hecho positivo, en este caso el incremento patrimonial, sin que tenga que aportar prueba sobre la no justificación fiscal de ese incremento patrimonial; pero la lectura íntegra del FJ 10 de esa resolución, permite obtener algunos matices que son plenamente coincidentes con lo ya apuntado acerca de la sumisión de la prueba del delito fiscal a las reglas generales sobre valoración de la prueba: *“...la carga de la prueba que compete a la acusación se proyecta sobre los elementos típicos de la infracción penal, pero no se requiere que las partes acusadoras aporten prueba en cada caso de la no concurrencia de causas de atipicidad, justificación, exculpación o de la prescripción. En el caso, la sujeción al deber de contribuir de los incrementos patrimoniales no justificados deriva de la concurrencia de la acreditación de los incrementos patrimoniales, y de la acreditación de su carácter fiscalmente no justificado. Los recurrentes sostienen que la inversión de la carga de la prueba se produce en la medida*

en que se ven obligados a probar un hecho negativo. Sin embargo, la estructura de la prueba en estos casos es idéntica a la de cualquier hecho penal que se pretende justificado o cometido en concurrencia de una causa de exculpación. Si en estos casos resulta suficiente, a los efectos de considerar que la acusación ha aportado prueba, que ésta se proyecte sobre el hecho típico y no es necesario que el acusador pruebe negativamente que no concurre la causa de justificación alegada, igualmente basta con aportar prueba sobre el hecho positivo, el incremento patrimonial, sin que tenga que aportar prueba sobre la no justificación fiscal del incremento patrimonial”.

Con cita de abundante doctrina del TC, se dice en la STS, Sala 2ª, de 7 de mayo de 2012 (Recurso: 11773/2011) que la vulneración del derecho a la presunción de inocencia habrá de ser reconocida: 1) cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales carente de garantías; 2) cuando no se motive el resultado de dicha valoración; o, finalmente, 3) cuando, por ilógico o insuficiente, no sea razonable el “*iter*” discursivo que conduce de la prueba al hecho probado.

Recuerda la STS, Sala 2ª, de 19 de junio de 2012 (Recurso: 2002/2011) que según recoge la STS nº 1165/2000, en el Pleno no Jurisdiccional de la Sala celebrado el 6 de octubre de 2000, se tomó el siguiente acuerdo: a) Para adoptar la medida de impedir la visualización del testimonio de un testigo en el acto del juicio oral por parte del acusado, a que hace referencia el apartado b) del artículo 2 de la Ley Orgánica 19/1994 de Protección de Testigos y peritos en Causas Criminales, es necesario que el Tribunal motive razonablemente su decisión. Y ello tanto vengán dispuestas medidas protectoras adoptadas ya en la instrucción (art. 4), como si tal medida se acuerda en el momento de la celebración del juicio oral. b) En este segundo caso, tal motivación es bastante con que refleje en la propia acta del juicio oral, con la amplitud que requiera la situación de peligro, dejando expuesto también lo que las partes consideren en relación con tal restricción a la publicidad del debate, así como el acatamiento o respetuosa protesta a la decisión adoptada por el Tribunal. c) La consecuencia de la inexistencia o insuficiencia de tal motivación puede ser controlada casacionalmente originando la nulidad del juicio oral con retroacción de actuaciones, para la celebración del mismo de nuevo con Tribunal formado por diferentes Magistrados.

6.10. Prueba por indicios y presunción de inocencia

En la STS, Sala 2ª, de 27 de febrero de 2012 (Recurso: 762/2011) se dice, con cita de sentencias del TC que a falta de prueba directa de cargo, también la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento condenatorio, sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia,

siempre que: 1) el hecho o los hechos bases (o indicios) han de estar plenamente probados; 2) los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos bases completamente probados; 3) se pueda controlar la razonabilidad de la inferencia, para lo que es preciso, en primer lugar, que el órgano judicial exteriorice los hechos que están acreditados, o indicios, y, sobre todo que explique el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia; y, finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común o, *“en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes”*. Y concluye advirtiendo que, en el ámbito del amparo constitucional, sólo se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia cuando *“la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada”*. Es decir que en tales supuestos ha de constatare tanto la solidez de la inferencia desde el canon de la lógica y la coherencia, como la suficiencia o carácter concluyente que se considerará ausente en los casos de inferencias excesivamente abiertas, débiles o indeterminadas (STC 117/2007).

6.11. Sentencias absolutorias y recurso de casación

Detalla la STS, Sala 2ª, de 11 de octubre de 2012 (Recurso: 1425/2011) que el significado funcional del principio de inmediación -en una primera etapa de la evolución de la jurisprudencia a la que nos estamos refiriendo- y la necesidad de preservar el derecho de defensa -en los últimos pronunciamientos del Tribunal Constitucional-, han desdibujado la impugnación casacional de las sentencias absolutorias tal y como ha venido siendo entendida históricamente. El Tribunal Constitucional considera que se vulnera el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías cuando el juzgado o tribunal de apelación, sin respetar los principios de inmediación y contradicción, procede a revisar y corregir la valoración o ponderación de las pruebas personales efectuada por el juez de instancia y revoca en virtud de una reinterpretación de unas pruebas que no ha practicado la sentencia absolutoria apelada.

El respeto a los principios de inmediación, contradicción y publicidad impide, según el Tribunal Constitucional, que los jueces de apelación modifiquen la valoración de tales pruebas sin haberlas practicado de forma directa y personal en la segunda instancia. Recientemente, en la STEDH de 25 de octubre de 2011, caso *Almenara Álvarez contra España*, se hace hincapié en la misma doctrina. Se trata de un supuesto en que el Juzgado de lo Penal había absuelto a la acusada del delito de alzamiento de bienes, absolución que fue revocada por la Audiencia Provincial de

Barcelona argumentando con prueba documental de la que colegía la conducta defraudatoria de la encausada en perjuicio de sus acreedores. El TEDH recuerda que ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la problemática jurídica del asunto que trata, dado que la cuestión suscitada es la misma que la examinada en las sentencias *Bazo González contra España*, de 16 de diciembre de 2008; caso *Igual Coll contra España*, de 10 de marzo de 2009; *Marcos Barros contra España*, de 21 de septiembre de 2010; y *García Hernández contra España*, de 16 de noviembre de 2010. En estos procedimientos el Tribunal estimó que es necesaria una audiencia pública cuando la jurisdicción de apelación hace una nueva valoración de los hechos declarados probados en primera instancia y los reconsidera, situándose así más allá de las consideraciones estrictamente jurídicas. En tales casos es necesaria una audiencia pública antes de dictar una sentencia sobre la culpabilidad del demandante.

6.12. Valoración de la prueba, conexión con pruebas ilícitas y presunción de inocencia

En el proceso penal, la prueba es un elemento de acreditación de un hecho con trascendencia en el enjuiciamiento de una conducta típica, antijurídica, culpable y penada por la Ley. Mediante ella las partes del proceso penal tratan de reconstruir un hecho. Sólo pueden ser empleadas en ese proceso reconstructivo las pruebas lícitas y regulares en su obtención y, además, si la prueba nula afecta de forma flagrante a un derecho fundamental, no podrán ser valoradas las pruebas derivadas de ella (STC 81/98, de 2 de abril, por ser “*la única manera de salvaguardar el contenido esencial del derecho fundamental*”). La prueba nula no hace desaparecer el hecho, objeto del proceso, sino que impide que pueda ser empleado en la reconstrucción de ese hecho. Tampoco las derivadas de ella con los supuestos de especial intensidad, operando esta prohibición de valoración como sanción a la inconstitucionalidad realizada como único medio para hacer efectivo el derecho. Así se razona en la STS, Sala 2ª (Recurso: 92/2012).

III. ORDEN JURISDICCIONAL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

1. Igualdad (art. 14)

Reitera la STS, Sala 3ª, de 8 de marzo de 2012 (Recurso: 6151/2008) que

tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo como la del Constitucional han precisado perfectamente las características y delimitación de ese principio, señalando que alberga una prohibición de discriminación, de tal manera que ante situaciones iguales deben darse tratamientos iguales, por lo que sólo podrá aducirse el principio de igualdad como violado cuando, dándose los requisitos previos de una igualdad de situaciones entre los objetos afectados por la norma, se produce un tratamiento diferenciado de los mismos en virtud de una conducta arbitraria no justificada de los poderes públicos, debiendo quedar *“...enmarcados con rigurosa precisión los perfiles dentro de los cuales ha de desenvolverse la acción promovida en defensa de ese derecho fundamental de igualdad, que ha de entenderse entre iguales, es decir, entre aquellos que tiene circunstancias de todo tipo iguales...”* (STS 23 de junio de 1989), pues *“...no toda disparidad de trato significa discriminación, sino que es necesario que la disparidad de soluciones sea ante situaciones absolutamente iguales”* (STS 15 de octubre de 1986). En consecuencia *“tal principio ha de requerir... una identidad absoluta de presupuestos fácticos...”* (STS 28 de marzo de 1989).

Además, la aplicación del principio de igualdad en la aplicación de la ley *“...requiere que exista un término de comparación adecuado, de forma que se haya producido un tratamiento desigual en supuestos absolutamente idénticos ya que es presupuesto esencial para proceder a un enjuiciamiento desde la perspectiva del artículo 14 CE, que las situaciones que quieran traerse a la comparación sean efectivamente equiparables y ello entraña la necesidad de un término de comparación ni arbitrario ni caprichoso...”* (STS de 6 de febrero de 1989). Por otra parte, para que una actuación de la Administración *“...pueda declararse vulneradora del principio de igualdad, es necesario acreditar que tal actuación fue arbitraria y discriminatoria”* (STS de 13 de julio de 1989), pues el artículo 14 de la Constitución excluye que *“la resolución finalmente dictada aparezca como fruto de un mero voluntarismo selectivo frente a casos anteriores resueltos de modo diverso”* (SSTC 55/1988, de 24 de marzo; 181/4987, de 13 de noviembre; y 1/1990, de 15 de enero). Debiendo, en consecuencia, concluirse que lo *“...que el principio de igualdad en la aplicación de la ley exige no es tanto que la ley reciba siempre la misma interpretación a efectos de que dos sujetos a los que se aplique resulten siempre idénticamente afectados, sino que no se emitan pronunciamientos arbitrarios por incurrir en desigualdad no justificada en un cambio de criterio que pueda reconocerse como tal”* (STC 49/1985, de 28 de marzo y 1/1990, de 15 de enero).

Sintetiza la STS, Sala 3ª, de 18 de junio de 2012 (Recurso: 224/2009) que la lesión del principio de igualdad en la aplicación judicial de la ley requiere de la concurrencia de los siguientes requisitos: a) La acreditación de un *tertium comparationis*, puesto que el juicio de igualdad sólo puede realizarse sobre la comparación entre la Sentencia impugnada y las

precedentes resoluciones del mismo órgano judicial dictadas en casos sustancialmente iguales pero resueltos de forma contradictoria. b) La identidad de órgano judicial, entendiéndose por tal, no sólo la identidad de Sala, sino también la de la Sección, al considerarse cada una de éstas como órgano jurisdiccional con entidad diferenciada suficiente para desvirtuar una supuesta desigualdad en la aplicación de la Ley. c) La existencia de alteridad en los supuestos contrastados, es decir, de “*la referencia a otro*” exigible en todo alegato de discriminación en aplicación de la Ley, excluyente de la comparación consigo mismo. d) Finalmente la ausencia de toda motivación que justifique en términos generalizables el cambio de criterio, bien lo sea para separarse de una línea doctrinal previa y consolidada.

Lo que prohíbe el principio de igualdad son las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, de valor generalmente aceptado. También es necesario, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos. En resumen, el principio de igualdad no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida; así se expresa la STS, Sala 3ª, de 24 de julio de 2012 (Recurso: 5666/2010).

Se sostiene en la STS, Sala 3ª, de 14 de diciembre de 2012 (Recurso: 5837/2010), que el artículo 34.2 de la Ley 62/2003, a propósito de la no discriminación en el trabajo, contemplando, en particular el acceso al empleo, además de expresar que el principio de igualdad supone la ausencia de discriminación directa o indirecta, entre otras circunstancias personales, por la edad, establece que las diferencias de trato que se fundaran en ella “*no supondrán discriminación cuando, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o del contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituye un requisito profesional esencial y determinante, siempre que el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado*”.

2. Objeción de conciencia. Libertad ideológica (art. 15 CE)

La STS, Sala 3ª, de 20 de febrero de 2012 (Recurso: 487/2009) reitera la inexistencia del derecho a la objeción de conciencia alegado por el Juez encargado de un Registro Civil. Añade que en la sentencia de 11 de

mayo de 2009 se afirma que “esos otros pronunciamientos jurisdiccionales recuerdan que el único supuesto en el que la Constitución contempla la objeción de conciencia frente a la exigencia del cumplimiento de un deber público es el previsto en su artículo 30.2, y constatan que la doctrina del Tribunal Constitucional solamente ha admitido, fuera de ese caso, el derecho a objetar por motivos de conciencia del personal sanitario que ha de intervenir en la práctica del aborto en las modalidades en que fue despenalizado (sentencia 53/1985)”. Admiten, también, que nada impide al legislador ordinario, siempre que respete las exigencias derivadas del principio de igualdad ante la ley, reconocer la posibilidad de dispensa por razones de conciencia de determinados deberes jurídicos. No obstante, precisan que, en tal caso, se trataría de un derecho a la objeción de conciencia de rango puramente legislativo -no constitucional- y, por consiguiente, derivado de la libertad de configuración del ordenamiento de que dispone el legislador democrático, el cual podría crearlo, modificarlo o suprimirlo según lo estimase oportuno. Por lo demás, no aceptan que de la Constitución surja un derecho a la objeción de conciencia de alcance general, que no podría ser ignorado por el legislador. En particular, rechazan que derive del artículo 16 de la Constitución. Es decir, que la libertad religiosa e ideológica garantice, no sólo el derecho a tener o no tener las creencias que cada uno estime convenientes, sino también el derecho a comportarse en todas las circunstancias de la vida con arreglo a las propias creencias. Se apoya la Sala en dos órdenes de razones para mantener esa posición.

La STS, Sala 3ª, de 25 de mayo de 2012 (Recurso: 3340/2011), recuerda como en sentencias anteriores, la Sala concluyó que la asignatura de Educación para la Ciudadanía se ajustaba a Derecho y que el deber jurídico de cursarla había de reputarse jurídicamente válido, descartándose, a continuación, tanto la existencia de un derecho a la objeción de conciencia de alcance general como de un derecho a la objeción de conciencia constreñido al ámbito educativo. Esta sentencia tiene un extenso voto particular favorable a la apreciación de la objeción de conciencia.

La STS, Sala 3ª, de 12 de noviembre de 2012 (Recurso: 6856/2010), recuerda las conclusiones principales a las que llegaron las otras tres sentencias dictadas en esa fecha en los recursos de casación 948, 1013/2008 y 949/2009, y que son las siguientes: (1º) la Constitución no reconoce un derecho general a la objeción de conciencia sino solamente respecto del deber de prestar el servicio militar, y la jurisprudencia constitucional lo ha reconocido, también, al personal sanitario que debe intervenir en la práctica del aborto en los supuestos en que cabe legalmente; (2º) en consecuencia, de los artículos 16.1 y 27.3 de la Constitución no resulta el derecho de los padres a que, por motivos de conciencia, sus hijos sean eximidos de cursar determinadas materias y, en particular, la controvertida; (3º) el contenido asignado por las normas a las asignaturas conocidas

bajo la denominación común de Educación para la Ciudadanía no supone adoctrinamiento lesivo de los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 16 y 27 de la Constitución; (4º) tales disciplinas escolares no descansan en concepciones relativistas ni asumen una posición respecto al género distinta de la que ya acoge el ordenamiento jurídico; (5º) tienen un profundo sentido moral pues pretenden inculcar a los alumnos los valores sobre los que descansan el orden político y la paz social, valores que asume la Constitución y parten del reconocimiento de la dignidad de la persona; (6º) el artículo 27.2 de la Constitución obliga a los poderes públicos a asegurar la enseñanza de esos fundamentos y limita el derecho reconocido a los padres por el artículo 27.3; (7º) la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos expresada en las sentencias dictadas en los asuntos *Folguero contra Noruega* y *Hasan y Zengin contra Turquía* no conduce a conclusiones distintas porque se refiere a un supuesto diferente: la enseñanza obligatoria de una determinada religión; (8º) la forma en que se imparta la materia y los materiales que se utilicen para ello han de ser respetuosos con el principio de neutralidad ideológica cuando afronten cuestiones controvertidas en la sociedad española.

3. Derecho de asociación (art. 22 CE)

Recuerda la STS, Sala 3ª, de 16 de abril de 2012 (Recurso: 7043/2010), siguiendo la sentencia de fecha 13 de julio de 2011 que en el contenido constitucional del derecho de asociación, (que es distinguible y diferenciable del derecho de libertad sindical, al que aluden los convenios de la OIT citados por la recurrente), no entra en principio un derecho de participación institucional, que podrá existir o no; en todo caso, no por exigencia constitucional, sino por libre opción del legislador y en los términos en los que lo regule, si lo establece.

4. Derecho de acceso a los cargos y empleos públicos (art. 23)

Según una archiconocida jurisprudencia, cuyo conocimiento excusa su cita pormenorizada, el enjuiciamiento del motivo recursivo basado en el derecho de igualdad (en el caso, derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos) exige como carga desde el lado del recurrente, la aportación al Tribunal de un término de comparación válido y adecuado con el que efectuar la valoración a efectos de determinar si en efecto se ha producido un supuesto de discriminación contrario al derecho a la igualdad, siendo así que en el supuesto que ahora examinamos la parte actora trae a colación al último de los seleccionados en su ámbito

territorial y la puntuación total que obtuvo, siendo esta última fruto de la transformación operada por el Tribunal según el criterio que vimos más arriba, cuya puntuación sería inferior a la puntuación bruta obtenida por la actora, por lo que esta parte entiende que se ha producido una violación del derecho consagrado en el artículo 23.2 de la Constitución al excluirla del acceso a la función pública. Sin embargo, bien se comprende que el término de comparación aportado por la recurrente es de todo punto inadecuado dado que trata de confrontar magnitudes heterogéneas, cuales son su puntuación bruta con la puntuación transformada del último de los seleccionados, siendo así, además, que, cual nos informa el Ministerio de Justicia en la prueba practicada, la aplicación de la fórmula de transformación dio lugar a una reducción en la puntuación de todos los opositores, de donde se deduce que el término de comparación ofrecido por la demandante resulte inhábil para los fines que pretende, lo que ya de por sí agota la eventual virtualidad del motivo recursivo analizado y nos dispensa de posibles ulteriores consideraciones. Así se sostiene en la STS, Sala 3ª, de 30 de abril de 2012 (Recurso: 5500/2010).

Esta misma sentencia dice que en los supuestos en los que una actuación administrativa es anulada en vía judicial por vulnerar los derechos fundamentales del artículo 14 y 23 de la Constitución, derivándose de dicha declaración la posible nulidad de pleno derecho que la parte recurrente reclama al amparo de la imprescriptibilidad de ese vicio invalidante, debe llevar a excluir la posibilidad de aplicación del límite temporal a la revisión contenido en el referido artículo 106 que fue aplicado por la Sentencia recurrida, que por este motivo debe ser anulada y obliga a resolver el pleito dentro de los términos en que está establecido el debate procesal.

Recuerda la STS, Sala 3ª, de 1 de junio de 2012 (Recurso: 564/2010) que no toda infracción jurídica de las bases de un concurso genera necesariamente vulneración del contenido constitucional del artículo 23.2 de la CE, ya que el mismo no consagra un pretendido derecho fundamental al estricto cumplimiento de la legalidad en el acceso a los cargos públicos, pues sólo cuando la inobservancia de tales bases constituya una conculcación de la igualdad entre los participantes, puede entenderse que se ha vulnerado la auténtica dimensión interna y más específica del derecho fundamental que reconoce dicho precepto constitucional. Añade que el derecho de acceso a las funciones y cargos públicos en condiciones de igualdad, y de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, opera con distinto rigor e intensidad según se trate del acceso a la función pública o del desarrollo o promoción, pues al tener carácter de derecho de configuración legal el contemplado en el expresado artículo 23.2, puede el poder público actuante legítimamente tener en cuenta, una vez acreditados los requisitos de mérito y capacidad, otros criterios distintos en atención a una mayor eficacia en la organización y funcionamiento de los servicios sobre los que

se va a proyectar el desempeño del cargo público.

Con cita de sentencias del TC, la STS, Sala 3ª, de 5 de julio de 2012 (Recurso: 77/2010) recuerda que la facultad reconocida a las autoridades eclesíásticas para determinar quiénes sean las personas cualificadas para la enseñanza de su credo religioso constituye una garantía de libertad de las Iglesias para la impartición de su doctrina sin injerencias del poder público. Siendo ello así, y articulada la correspondiente cooperación a este respecto (art. 16.3 CE) mediante la contratación por las Administraciones públicas de los profesores correspondientes, habremos de concluir que la declaración de idoneidad no constituye sino uno de los requisitos de capacidad necesarios para poder ser contratado a tal efecto, siendo su exigencia conforme al derecho a la igualdad de trato y no discriminación (art. 14 CE) y a los principios que rigen el acceso al empleo público (art. 103.3 CE).

5. Derechos del art. 24 CE. Acceso a la jurisdicción. Congruencia. Motivación de las sentencias. Prueba

Dice la STS, Sala 3ª, de 18 de junio de 2012 (Recurso: 224/2009), que como proclama el Tribunal Constitucional, la exigencia constitucional de motivación de las resoluciones judiciales no puede entenderse cumplida con cualquier fundamentación, ya que el artículo 24.1 de la Constitución española garantiza la obtención de una resolución judicial fundada en derecho, por lo que si la aplicación judicial de legalidad resulta arbitraria, manifiestamente irrazonable o patentemente errónea, se está ante una mera apariencia de aplicación de la legalidad. Aunque en puridad no es lo mismo ausencia de motivación y razonamiento, que motivación y razonamiento que por su grado de arbitrariedad o irrazonabilidad deban tenerse por inexistentes, se incurriría en un exceso de formalismo si se admitiera como motivadas y razonadas decisiones que, a primera vista, sin necesidad de un mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas, o siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas [véase, por todas, la sentencia de ese Alto Tribunal 91/2004, de 19 de mayo, FJ 8º].

El derecho a la práctica de determinada prueba, como manifestación del derecho a una efectiva tutela judicial, consagrado en el artículo 24 de la Constitución, está supeditado a la declaración de pertinencia de la misma, declaración que debe adoptarse por el juzgador en el ejercicio de su función jurisdiccional, de forma precisa y motivada, y atendiendo a criterios tales como su proximidad y conexión directa con lo que se

decida en el correspondiente pleito; su necesidad y conveniencia, en cuanto que debe ser relevante y decisiva, y no redundante o meramente accesoria; su posibilidad y específica concreción, aludiendo a criterios racionales y lógicos; su procedencia e ineludible práctica, en cuanto a la obligada determinación y a la directa incidencia que para la resolución del litigio pudiera tener el resultado de aquella actividad probatoria; y, en fin, su concreta repercusión en el derecho de defensa de la parte que la formuló y propuso, de suerte que la ausencia de esa actividad probatoria ocasione en dicha parte, de manera real y materialmente efectiva, una objetiva situación de indefensión. STS de la Sala 3ª, de 10 de mayo de 2012 (Recurso: 5855/2009).

6. Potestad administrativa sancionadora

El principio de tipicidad exige no sólo que el tipo infractor, las sanciones y la relación entre las infracciones y sanciones, estén suficientemente predeterminados, sino que impone la obligación de motivar en cada acto sancionador concreto en qué norma se ha efectuado dicha predeterminación y, en el supuesto de que dicha norma tenga rango reglamentario, cuál es la cobertura legal de la misma. Esta última obligación encuentra como excepción aquellos casos en los que, a pesar de no identificarse de manera expresa el fundamento legal de la sanción, el mismo resulta identificado de forma implícita e incontrovertida. (STS, Sala 3ª, de 20 de enero de 2012, Recurso 6594/2009).

Recuerda una vez más la STS, Sala 3ª, de 6 de junio de 2102 (Recurso: 1495/2008) que el mandato del artículo 25.1 CE aplicado al ámbito administrativo sancionador determina que es necesaria la cobertura de la potestad sancionadora de la Administración en una norma de rango legal, pero no excluye que esa norma contenga remisiones a disposiciones reglamentarias. Como recuerda la sentencia de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 2004 (Casación 1882/2002) la colaboración entre la ley y el reglamento a la hora de tipificar las infracciones administrativas es perfectamente admisible siempre que la ley determine los elementos esenciales de la infracción administrativa, limitándose el reglamento a concretar o especificar la conducta sancionada (artículo 129.3 de la Ley 30/1992), pero no es admisible una remisión en abstracto o indeterminada a los reglamentos. Las remisiones de la ley al reglamento no pueden hacer posible una regulación reglamentaria independiente y no claramente subordinada a la ley (STC 104/2009, de 4 de mayo, FJ 2 y 3 y jurisprudencia allí citada).

7. Derecho a la educación (art. 27 CE). Educación separada por sexos

Si bien se reconoce el derecho a la educación diferenciada, la imposibilidad de obtener conciertos esos centros docentes que optan por la educación separada por sexos no perturba ningún derecho constitucional de los padres que conservan el derecho de libre elección de centro y el de los titulares de la creación de centros con ideario o carácter propio, y sin que se vulnere el número 9 del artículo 27 de la Constitución porque determinados centros no puedan acceder al concierto si no reúnen los requisitos que la Ley establece. Ya esta Sala en sentencia de 11 de junio de 2008, recurso de casación nº 689/2005, citando sentencias anteriores, manifestó que *“Ni la LODE ni la LOCE reconocen a los titulares de los centros concertados el derecho a establecer en ellos un sistema de enseñanza diferenciada como parte integrante de su derecho de creación y dirección de centros privados y que, por esta razón, deba ser aceptado como un contenido adicional de lo directamente establecido en el artículo 27 CE”*. STS de la Sala 3ª, de 24 de julio de 2012 (Recurso: 5423/2011). Lo mismo se dice en la STS, Sala 3ª, de 9 de octubre de 2012 (Recurso: 5182/2011).

8. Libertad sindical (art. 28). Diferencia de trato

Se dice en la STS, Sala 3ª, de 6 de marzo de 2012 (Recurso: 3691/2010) que la invocación de la lesión del art. 14 CE resulta redundante respecto del art. 28.1 CE, ya que, según criterio reiterado de este Tribunal, que no es ocioso recordar, cuando se alegan discriminaciones perturbadoras del ejercicio del derecho a la libertad sindical, las hipotéticas violaciones del derecho a la igualdad (art. 14 CE) quedan subsumidas en aquel derecho, salvo que la discriminación impugnada concierna a alguna de las discriminaciones explícitamente proscritas por el art. 14 CE.

La misma STS dice que para la determinación de si la medida acordada por la empresa, en este caso el despido, responde a una motivación discriminatoria vulneradora del derecho a la libertad sindical, es preciso partir, una vez más, de la doctrina sentada por este Tribunal acerca de la importancia que tiene la regla de la distribución de la carga de la prueba en orden a garantizar este derecho frente a posibles actuaciones empresariales que puedan lesionarlo. En efecto, la necesidad de garantizar que los derechos fundamentales del trabajador no sean desconocidos por el empresario bajo la cobertura formal del ejercicio por parte de éste de los derechos y facultades reconocidos por las normas laborales, pasa por considerar la especial dificultad que ofrece la operación de desvelar, en los procedimientos judiciales correspondientes, la lesión constitucional

encubierta tras la legalidad sólo aparente del acto empresarial, necesidad tanto más fuerte cuanto mayor es el margen de discrecionalidad con que operan las facultades organizativas y disciplinarias del empleador (por todas, STC 183/2007, de 10 de septiembre, FJ 4, y 168/2006, de 5 de junio, FJ 4). Por esta razón hemos señalado reiteradamente la necesidad de que el trabajador aporte un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél; un indicio que no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que aquélla se haya producido.

IV. ORDEN JURISDICCIONAL SOCIAL

1 Igualdad (art. 14 CE)

Reitera la STS, Sala 4^a, de 18 de junio de 2012 (Recurso: 221/2010) que si bien el Convenio Colectivo *“ha de respetar ciertamente las exigencias indeclinables del derecho a la igualdad y la no discriminación, ésta no puede tener aquí el mismo alcance que en otros contextos, pues en el ámbito de las relaciones privadas, en el que el Convenio Colectivo se incardina, los derechos fundamentales y entre ellos el de igualdad, han de aplicarse matizadamente, haciéndolo compatible con otros valores que tienen su origen en el principio de la autonomía de la voluntad, respetando los mínimos legales o convencionales [SSTC 177/1988, de 10 de octubre; 171/1989, de 19 de octubre; 28/1992, de 10 de febrero]”* (SSTC 2/1998, de 12 de enero; 27/2004, de 4 de marzo. Doctrina recordada -entre otras muchas anteriores- por las SSTS 05/07/07 -rcud 1194/06-; 09/06/09 -rcud 1727/08-; 21/04/10 -rcud 1075/09-; 24/03/10 -rcd 109/09-; y 27/12/10 -rcd 229/09-). Sin dejar de tener presente -tampoco- que en el curso de la negociación colectiva los representantes de los trabajadores defienden los intereses globales de éstos, observando la realidad en la que intervienen las implicaciones presentes y futuras de los pactos y las consecuencias que una estrategia negociadora desviada podría provocar (SSTC 119/2002, de 20 de mayo; y 27/2004, de 04 de marzo. SSTS -entre otras y a parte de las antes citadas- 08/07/10 -rcd 248/09-; 18/07/11 -rcd 175/10-; y 11/10/11 -rcd 163/10-).

Dice la STS, Sala 4^a, de 16 de octubre de 2012 (Recurso: 247/2011) que la declaración de nulidad es automática en el supuesto de despido -no justificado- de la trabajadora gestante (SSTs 17/10/08 -rcud 1957/07-; 16/01/09 -rcud 1758/08-; 17/03/09 -rcud 2251/08-; 13/04/09 -rcud 2351/08-; 30/04/09 -rcud 2428/08-; 06/05/09 -rcud 2063/08-; y 18/04/11

-rcud 2893/10-, éste en *obiter dicta*), pues la regulación legal de la nulidad del despido de las trabajadoras embarazadas [léase guarda legal de menor] constituye una institución directamente vinculada con el derecho a la no discriminación por razón de sexo [art. 14 CE], y para ponderar las exigencias que el art. 14 CE despliega en orden a hacer efectiva la igualdad de las mujeres en el mercado de trabajo es preciso atender a la peculiar incidencia que sobre su situación laboral tienen la maternidad y la lactancia [añádase cuidado de hijos menores], hasta el punto de que -de hecho- el riesgo de pérdida del empleo como consecuencia de la maternidad constituye el problema más importante -junto a la desigualdad retributiva- con el que se enfrenta la efectividad del principio de no discriminación por razón de sexo en el ámbito de las relaciones laborales.

2. Libertad de expresión (art. 20 CE) y/o libertad sindical (art. 28.1 CE) y otros

Dice la STS, Sala 4ª, de 17 de mayo de 2012 (Recurso: 202/2011), que la libertad de información “constituye un “elemento esencial del derecho fundamental a la libertad sindical”, porque “el flujo de información entre el sindicato y los trabajadores, es el fundamento de la participación, permite el ejercicio cabal de una acción sindical y propicia el desarrollo de la democracia y del pluralismo sindicales” (STC 185/2003, de 27 de octubre, FJ 6, reproducida por la de 281/2005, de 7 de noviembre, FJ 6, y con cita de sus precedentes 143/1991, de 1 de julio, FFJJ 5 y 6; 94/1995, de 19 de junio, FJ 3; 1/1998, de 12 de enero, FJ 6; 213/2002, de 11 de noviembre, FJ 4)” (STS de 16 febrero 2010 -rec. 57/2009).

El modo de ejercicio del derecho de información a través de los procedimientos informáticos fue precisado por la STC 281/2005, de suerte que la comunicación no podrá perturbar la actividad normal de la empresa, ni perjudicarse el uso específico empresarial preordenado para el instrumento en cuestión, ni pretenderse que deba prevalecer el interés de uso sindical, “Debiendo emplearse el instrumento de comunicación, por el contrario, de manera que permita armonizar su manejo por el sindicato y la consecución del objetivo empresarial que dio lugar a su puesta en funcionamiento, prevaleciendo esta última función en caso de conflicto. A tal efecto resultaría constitucionalmente lícito que la empresa predeterminase las condiciones de utilización para fines sindicales de las comunicaciones electrónicas, siempre que no las excluyera en términos absolutos”. De ahí que no se entienda vulnerado el derecho del sindicato a transmitir información en un supuesto en que “se produjeron problemas en el funcionamiento de la empresa (colapso del sistema informático); no se ha prohibido el uso del procedimiento, sino que se ha establecido una limitación que no es

desproporcionada ni un medio de impedir el uso del derecho sindical” (STS de 3 de mayo de 2011 -rec 114/2010-).

3. Libertad sindical (art. 28 CE)

Sostiene la STS, Sala 4ª, de 18 de julio de 2012 (Recurso: 126/2011) que en el caso concreto de la lesión del derecho a la libertad sindical, como consecuencia de una lesión más directa al derecho de huelga en la vertiente que afecta al sindicato convocante, los daños pueden ser tanto económicos, como morales. Puede haber un daño económico en la medida que la lesión ha podido actuar determinando el fracaso de la huelga o provocando una dificultad añadida a ésta con las consecuencias que de ello podrían derivarse para la esfera patrimonial del sindicato. Pero la parte no pide la reparación de daños patrimoniales, sino que, como se ha dicho, se limita a solicitar una indemnización de los morales. Daño moral es aquel que está representado por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden desencadenar ciertas conductas, actividades o, incluso, resultados, tanto si implican una agresión directa a bienes materiales, como al acervo extrapatrimonial de la personalidad (STS, Sala I, 25-6-1984); daño moral es así el infringido a la dignidad, a la estima moral, y cabe en las personas jurídicas (STS, Sala I, 20-2-2002), habiéndose referido ya a las lesiones al prestigio mercantil de una persona jurídica, la sentencia de dicha Sala de 31 de marzo de 1930.

Pero el daño moral debe ser alegado por el demandante, precisado su alcance y, en su caso, acreditado en el proceso. Así se desprende de la doctrina de esta Sala, que, rectificando el criterio anterior sobre el denominado carácter automático de la indemnización (STS 9.6.1993, recurso 5539/1993), estableció que *“no basta con que quede acreditada la vulneración de la libertad sindical para que el juzgador tenga que condenar automáticamente a la persona o entidad conculcadora al pago de una indemnización... para poder adoptarse el mencionado pronunciamiento condenatorio es de todo punto obligado que, en primer lugar, el demandante alegue adecuadamente en su demanda las bases y elementos clave de la indemnización que reclama, que justifique suficientemente que la misma corresponde ser aplicada al supuesto concreto de que se trate, dando las pertinentes razones que avalen y respalden dicha decisión, y en segundo lugar que queden acreditados, cuando menos, indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar una condena de tal clase”*.

4. Varios inespecíficos

Los comités de empresa pueden ser titulares del derecho a la negociación

colectiva, pero del de libertad sindical que tienen los sindicatos (art. 28 de la Constitución), matiz relevante porque, nuestro Tribunal Constitucional, también ha señalado que *“el derecho a la negociación colectiva de los sindicatos se integra en el de libertad sindical... como contenido de dicha libertad, en los términos que tal facultad de negociación les sea otorgada por la normativa vigente... No se puede alegar la violación del derecho a la libertad sindical por los miembros del comité de empresa pertenecientes a un sindicato, pues intervinieron en la negociación del convenio como miembros electos del comité de empresa y no como miembros de un sindicato, esto es fuera del ámbito de aplicación del derecho a la libertad sindical”*, STS, Sala 4ª, de 14 de enero de 2012 (Recurso: 22/2011).

En cuanto a los servicios mínimos establecidos por una Orden Ministerial que luego es anulada, y sus efectos sobre el ejercicio del derecho de huelga, dice la STS de la Sala 4ª, de 18 de abril de 2012 (Recurso: 153/2011), que la nulidad de la resolución gubernativa se produce precisamente por entender la jurisdicción contencioso- administrativa competente que no existía la esencialidad del servicio que la misma afirmaba. No obstante, el cumplimiento de aquella Orden ministerial puso en juego el derecho de huelga de los trabajadores llamados a cubrir los servicios mínimos allí fijados, impidiendo el ejercicio individual de aquel. Tal impedimento no puede considerarse ajustado a Derecho cuando posteriormente el control judicial sobre el establecimiento de la situación excepcional de servicios mínimos esenciales declare que se hizo con vulneración del derecho colectivo de huelga, porque no se aprecia un derecho o libertad fundamental ante el que había de ceder aquél.

De ahí que, la lógica de ambos procedimientos judiciales, tendentes ambos a la restauración del derecho de huelga *ad integrum*, hubiera de llevar al mismo resultado restaurativo. Es claro que el trabajador designado para cumplir un servicio mínimo no está facultado para *“examinar en cada caso la legalidad de la medida gubernativa y empresarial que imponen dichos servicios, y en función de ese juicio de legalidad, cumplirlo o no cumplirlo, aunque asumiendo en este último caso el riesgo del resultado de la resolución judicial posterior que revisase la medida gubernativa o empresarial, pues ello generaría un riesgo de inseguridad y aleatoriedad en el cumplimiento de los servicios esenciales que pondría en peligro valores y bienes constitucionalmente estimados como prevalentes”* (STC 123/1990). Pero la anulación de la resolución gubernativa no puede ser irrelevante y, desde luego, no puede ser ignorada por los órganos judiciales a los que se les pida la tutela del derecho fundamental y que actúen, como instancia resarcitoria.

Como destaca la doctrina científica, se recuerda en la STS, Sala 4ª, de 14 de noviembre de 2012 (Recurso: 283/2011), mediante la fijación de los servicios esenciales se pretende que la actividad productiva continúe

limitadamente durante la huelga, mientras que la regulación de los servicios mínimos, aplicable a todas las empresas aunque no se trate de empresas encargadas de la prestación de servicios esenciales, tiende a posibilitar, además de la seguridad de las personas, que la actividad productiva pueda reanudarse al acabar la huelga.

Fecha de recepción: 20/01/2013. Fecha de aceptación: 05/02/2013.