



A S O C I A C I O N
DE JUEGES Y MAGISTRADOS
FRANCISCO DE VITORIA



BOLETÍN DIGITAL

ORDEN
CONSTITUCIONAL

Nº 1 MARZO 2016

EDICIÓN: AJFV

MAQUETADO Y
DISTRIBUCIÓN:
Secretaría AJFV

DIRECCIÓN:
COMITÉ NACIONAL

COORDINACIÓN:
Natalia Velilla Antolín



ÍNDICE

1.- Obligación de jueces y tribunales de aplicar la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea frente a cualesquiera otras consideraciones. Concesión de Amparo por infracción de Derecho de la Unión.

STC de Pleno, de 5 de noviembre de 2015
Nº Sentencia: 232/2015

Comentario realizado por el Ilmo. Sr. D. EVARISTO GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Magistrado del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Santa Cruz de Tenerife

2.- Derecho a la intimidad de los menores en redes sociales frente al ejercicio de la patria potestad de los padres en la investigación de la comisión de un delito contra los hijos.

STS Sala Segunda, de 10 de diciembre de 2015
Nº Sentencia: 864/2015
Nº Recurso: 912/2015

Comentario realizado por la Ilma. Sra. D^a. ROSA MARÍA JUAN CARDONA, Magistrada del Juzgado de lo Penal nº 4 de Alicante

1.- STC DE PLENO, DE 5 DE NOVIEMBRE DE 2015

Nº SENTENCIA: 232/2015

EVARISTO GONZÁLEZ GONZÁLEZ

COMENTARIO

La sentencia declara la obligación de los jueces y tribunales de aplicar la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), de manera preferente a cualesquiera otras consideraciones y concede amparo, por infracción del artículo 24 CE, a un profesor interino al que la Comunidad de Madrid denegó el derecho a percibir el pago de los “sexenios” por no ser funcionario de carrera.

La sentencia que comento declara que *«El desconocimiento y preterición de esa norma de derecho de la Unión, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia, puede suponer una “selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso», lo cual puede dar lugar a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva»* y pone de relieve dos circunstancias:

1.- Antes de la deliberación que daría lugar a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid (TSJM) recurrida en amparo, el TJUE se había pronunciado en varias ocasiones, al resolver cuestiones prejudiciales planteadas por jueces españoles, sobre cuál es “la interpretación correcta del principio de no discriminación” contenido en la directiva 1999/70/CE.

2.- Dicha jurisprudencia del TJUE era conocida por el TSJM, “formaba parte del debate” porque el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo se basaba en la sentencia “Cerro Alonso” (de 2007) y porque el recurrente, nada más conocerlo, aportó el auto “Lorenzo Martínez” (de 2012), referido a un caso idéntico al suyo.

A pesar de ello, el TSJM prefirió aplicar su propia doctrina antes que la jurisprudencia del TJUE, y esto le ha merecido la censura del TC. Por ello, el Tribunal estima el amparo y acuerda anular la sentencia recurrida y retrotraer las actuaciones hasta el momento que permita al TSJM dictar otra resolución “que resulte respetuosa con el derecho fundamental vulnerado”.

Lo que me parece relevante de esta sentencia es que concede amparo por infracción del derecho de la Unión Europea y, en particular, por infracción de la jurisprudencia consolidada del TJUE. Es importante porque esto supone una modificación de la doctrina anterior del propio TC, que había venido declarando que las cuestiones relativas a la aplicación del derecho comunitario europeo no era de su incumbencia, en la medida en que se trataba de una cuestión de legalidad ordinaria. Así lo reflejaba la STC 41/2002: “Para resolver la cuestión debe, en primer lugar, recordarse que este Tribunal ha declarado que no nos corresponde controlar la adecuación de la actividad de los poderes públicos nacionales al Derecho comunitario europeo, pues este control compete a los órganos de la jurisdicción ordinaria, en cuanto aplicadores que son del Ordenamiento comunitario, y, en su caso, al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas a través del recurso por incumplimiento (antiguo art. 170 del Tratado de la Comunidad Europea, en la actualidad art. 227 del Tratado; SSTC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 7; 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4; 120/1998, de 17 de julio, FJ 4). La tarea de garantizar la recta aplicación del Derecho comunitario europeo por los poderes públicos nacionales es, así pues, una cuestión de carácter infraconstitucional, y por ello excluida tanto del ámbito del proceso de amparo como de los demás procesos constitucionales.” Doctrina que, por tanto, debemos entender corregida, quedando definitivamente abierta la posibilidad de interponer recurso de amparo por inaplicación del derecho de la Unión Europea conforme a los principios de primacía y efecto directo que le son inherentes.

Texto original de la Sentencia: BOE 11 de diciembre de 2015

2.- STS SALA SEGUNDA, DE 10 DE DICIEMBRE DE 2015

Nº SENTENCIA: 864/2015

Nº RECURSO: 912/2015

ROSA MARÍA JUAN CARDONA

La sentencia del Tribunal Supremo de fecha 10 de diciembre de 2015 (nº de recurso 912/2015) tiene un contenido estrictamente penal, resolviendo un recurso planteado en un asunto de acoso sexual a menores por internet (grooming) si bien, aborda aunque de manera muy incidental y somera, el tema del derecho a la intimidad de los menores y el alcance de las facultades que los padres tienen sobre sus hijos menores en el ejercicio de la patria potestad en aquellos casos en que los hijos estén utilizando las redes sociales (concretamente en este caso fue facebook la red utilizada para contactar el acusado con la menor).

La resolución del alto tribunal resuelve el recurso planteado por el acusado en el que se alega por el mismo la invalidez de las pruebas consistentes en los mensajes de facebook y del whatsapp que el condenado cruzó con la menor, entendiéndose que se accede al contenido de tales mensajes sin contar con la autorización de ninguno de los intervinientes en dichas comunicaciones (la menor o el acusado) y que la madre comunicó a los agentes al tener conocimiento de las claves para acceder a la red de su hija. El recurso fue desestimado con planteamientos válidos del Tribunal Supremo pero insuficientes en lo que al tema de la intimidad de los menores y las facultades de los padres se refiere.

COMENTARIO

La sentencia del Tribunal Supremo parte del reconocimiento del derecho a la intimidad de los menores determinando no obstante (en referencia a la jurisprudencia del TC) que los espacios de privacidad e intimidad pueden ceder *"en presencia de otros intereses constitucionalmente protegibles, a la vista del carácter no ilimitado o absoluto de los derechos fundamentales"*.

Legítima el Tribunal Supremo la valoración del material probatorio en base a 4 razones fundamentales:

1) Que la madre contaba con la clave a través de la que se accedió a la cuenta de Facebook y que dicho conocimiento pudo ser por comunicación de la propia menor o de la hermana (sin entrar a valorar que la madre pudiera haberla obtenido de ninguna otra manera) considerando que en ningún caso esto determinaría la invalidez de la prueba.

2) Que estaba autorizada a acceder porque poseía la clave.

3) Que no hablamos de cualquier persona sino de la madre, entendiendo que no se puede hacer descansar en los padres el deber de velar por los hijos menores y al mismo tiempo desposeerlos de toda capacidad de control.

4) Que la menor no solo no protestó por la intromisión en su intimidad sino que refrenda con su declaración el contenido de las comunicaciones.

Sobre la base de todo lo anterior, concluye el Tribunal Supremo que la prueba es plenamente válida y por ello no estima el recurso.

No se puede olvidar que la Ley de protección del menor, para interpretar y aplicar el interés superior del menor (como principio inspirador de todo el articulado) establece unos criterios generales entre los que se encuentra la protección del derecho al desarrollo del menor y la satisfacción

de sus necesidades básicas, refiriéndose entre otras a las emocionales y afectivas y estas pueden verse directamente afectadas y perjudicadas con ataques tales como el acoso por internet.

El reconocimiento que esta Ley hace al derecho a la intimidad del menor (que es el mencionado y afectado por la sentencia objeto de análisis) se hace afirmando que los padres respetarán esos derechos y los protegerán frente a ataques de terceros.

Según la Instrucción 2/2006 de la Fiscalía General del Estado *"La minoría de edad se contempla en la Constitución como una fase de la vida caracterizada por la insuficiencia en mayor o menor grado de medios para proporcionarse la persona a sí misma una protección íntegra en el disfrute de sus derechos, precisando por ello el establecimiento de mecanismos de protección suministrados por los titulares de la patria potestad y por las instituciones públicas.*

La condición del menor como una persona en situación de especial vulnerabilidad tiene reflejo en la regulación de numerosas instituciones en las que se trata de reforzar su protección".

La intromisión en el ámbito de privacidad de un menor; en el derecho a su intimidad reconocido expresamente en nuestro ordenamiento; perpetrado por un tercero ajeno al núcleo familiar no puede equipararse a la intromisión en dicho ámbito que sea perpetrada por quienes no solo son titulares de la Patria Potestad sobre los menores sino que también han sido erigidos por la propia Ley de Protección del menor, en garantes, junto con el propio Estado, de ese derecho a la intimidad y del resto de derechos reconocidos a los mismos. Y tampoco puede equipararse una presumible intromisión en ese ámbito de privacidad que no tuviera finalidad alguna a una intromisión que estuviera destinada a la protección de otros derechos o ámbitos del menor o a la evitación de situaciones de riesgo que pueden derivar del mal uso de las redes sociales.

Todo esto está en íntima conexión con los preceptos del Código Civil que imponen a los padres obligaciones para con los hijos y a éstos obligaciones para con aquellos (artículo 155 obligación de obedecer a los padres).

Si bien la Ley de protección al menor impone a los padres el deber de respetar la intimidad de los hijos y por otro lado, la autoridad de los padres en el ejercicio de la patria potestad no puede permitir la violación de derechos fundamentales de los mismos (como el derecho a la intimidad) también es deber de los padres, en dicho ejercicio, velar por el bienestar de sus hijos y acompañar los procesos de relación social para evitar situaciones de riesgo que pueden derivar de la comisión de delitos tales como el que se trata en la Sentencia de origen.

Aunque los menores tengan reconocidos los derechos a ejercer y disfrutar de su privacidad que influye en el desarrollo de su personalidad, lo cierto es que los padres también, como titulares de la potestad que les atribuye el Código Civil, deben intervenir para orientar a los hijos en las relaciones y los comportamientos que puedan significar un peligro para su salud o bienestar o para el desarrollo de dicha personalidad. Cuando la protección a ultranza del derecho a la intimidad puede afectar a otros derechos de los menores como ocurre en este caso, es deber de los padres actuar.

Por todo lo anterior, se echa en falta que; aprovechando el tema surgido a colación del recurso planteado, nuestro más alto tribunal no haya ahondado de manera más profunda en el análisis de las facultades de los padres como titulares de la patria potestad y como garantes de derechos de los hijos y la pugna de tal posición con el derecho a la intimidad de los menores cuando pueda verse afectado por ataques de terceros; aunque se refiere el Tribunal a esta materia en el fundamento

quinto de la sentencia apartado b), lo hace de forma muy escueta, refiriéndose tan solo a la incongruencia que supondría *"hacer descansar en los padres unas obligaciones de velar por sus hijos menores y al mismo tiempo desposeerles de toda capacidad de controlar en casos como el presente en que las evidencias apuntaban inequívocamente en esa dirección (desarrollo de una actividad criminal) La inhibición de la madre ante hechos de esa naturaleza, contrariaría los deberes que le asigna por la legislación civil"*

Con todo esto, son varias las cuestiones que se plantean a raíz del planteamiento del Supremo y que quedan en el aire sin respuesta alguna: ¿qué habría ocurrido si la menor hubiera estado de acuerdo con el acusado y hubiera afirmado que su madre había obtenido las claves sin su consentimiento? ¿Habría en ese caso primado el derecho a su intimidad frente a la protección exigida a la madre como titular de la patria potestad frente al ataque del acusado? ¿Se habría dejado de lado la protección que la madre realiza en ejercicio de esa patria potestad para evitar que la hija sea víctima de un delito? ¿Se habría tenido en cuenta la madurez de la hija (de la que habla la ley de protección del menor) para valorar si se había vulnerado o no su derecho a la intimidad aún conviviendo la hija con los padres titulares de la patria potestad? ¿Quién habría sido el encargado de valorar la madurez de la menor? ¿Se puede impedir el ejercicio de la patria potestad, por respeto a la intimidad del menor, cuando se trata de proteger la vida o integridad de los menores, hijos de los titulares de la misma? Y, por último, teniendo en cuenta que los padres responden de las consecuencias civiles de las actividades delictivas de los hijos menores en virtud de lo dispuesto en el artículo 1903 del código civil, ¿cómo es posible exigir dicha responsabilidad al titular de la patria potestad al que se le limita la posibilidad de control sobre el hijo en materia de uso de redes sociales amparándose en el derecho a la intimidad del menor?

Todas estas cuestiones que afectan también al ámbito civil, y muchas otras que se pueden plantear, quedan sin resolver en la sentencia objeto de análisis, lo que quizá hubiera sido deseable.

Referencia CENDOJ: **ROJ: STS 5809/2015 - ECLI:ES:TS:2015:5809**