|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 200/2010 |
| Fecha | de 21 de diciembre de 2010 |
| Sala | Sala Segunda |
| Magistrados | Don Guillermo Jiménez Sánchez, don Vicente Conde Martín de Hijas, doña Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo, don Ramón Rodríguez Arribas y don Pascual Sala Sánchez. |
| Núm. de registro | 5572-2009 |
| Asunto | Recurso de amparo 5572-2009 |
| Fallo | Inadmitir el presente recurso de amparo. |

**AUTO**

**I. Antecedentes**

1. Mediante escrito registrado el 15 de junio de 2009 el Procurador de los Tribunales don Roberto Primitivo Granizo Palomeque, en nombre y representación de doña María Mercedes Muñoz Salas, interpuso recurso de amparo contra Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2009 por supuesta vulneración de su derecho a la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE].

2. Los antecedentes de hecho del presente recurso de amparo, sucintamente expuestos, son los siguientes:

a) Por la representación procesal de don Juan Cristóbal Bandera se promovió contra la aquí recurrente en amparo, demanda civil de la Ley Orgánica 1/1982 por vulneración del derecho fundamental al honor (art. 18.1 CE). En fundamento de la misma se alega que durante una reunión de inspectores de trabajo celebrada el 15 de octubre de 2003 en el marco de unas jornadas de encuentro de las asociaciones profesionales de inspectores de trabajo, la demandada, a la sazón Jefa de la Inspección Provincial de Málaga, se quejó de la existencia de un escrito anónimo presentado dos días antes por persona no identificada en el Registro General del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, escrito en el que se le imputaban supuestas actuaciones autoritarias y poco éticas llevadas a cabo desde su cargo, tanto en provecho propio como en el de su marido, atribuyendo su posible autoría a varias personas, entre ellas al citado don Juan Cristóbal, miembro también del Cuerpo de inspectores de trabajo y subordinado suyo, quien por cierto no se hallaba presente en la reunión. Considera con ello el actor lesionado su derecho al honor al haber sido señalado públicamente como autor del anónimo de referencia, dado el contenido crítico del mismo, y la lesión que aduce sufrida la atribuye a la persona que aparece señalada en el anónimo (la aquí recurrente en amparo). La demanda solicitó como medidas reparadoras del derecho fundamental vulnerado, además de la condena a la demandada al cese en la intromisión denunciada y a difundir el fallo de la Sentencia en el mismo círculo profesional al que ambos pertenecen, la condena al pago de una indemnización por importe de treinta mil euros (30.000 €) más intereses legales.

b) Tras sustanciarse el correspondiente proceso declarativo (núm. 100-2004) el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Málaga dictó Sentencia el 26 de noviembre de 2004 desestimando la demanda presentada, al entender que no existía prueba “directa ni indirecta” de que el prestigio profesional del reclamante se hubiere visto afectado por el comentario que se reconoce proferido por la demandada. Entiende el Juzgado en todo caso, respecto de las sospechas vertidas contra el demandante como posible autor del anónimo, que ni tal atribución constituyó un tema trascendente dentro de la reunión celebrada ni con ese comentario la demandada pretendía efectuar crítica de la conducta personal o profesional del actor, por lo que, en puridad, “[n]o existió en ningún caso un juicio crítico ni un ataque directo a la conducta profesional del demandante”.

c) Interpuesto por el demandante recurso de apelación (rollo núm. 283-2005), la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Sexta, dictó Sentencia el 1 de junio de 2004 desestimando el recurso, al compartir las apreciaciones efectuadas por la recurrida (fundamento cuarto).

d) Promovido por la misma parte actora recurso de casación (núm. 2582-2005) la Sala Primera del Tribunal Supremo dictó Sentencia núm. 264/2009, de 26 de marzo de 2009, declarando haber lugar al mismo, casando y anulando la resolución de segunda instancia y, en su lugar, estimando parcialmente la demanda por intromisión ilegítima del derecho al honor del actor, con condena a la demandada al pago de 15.000 euros por daño moral, así como la obligación de difundir el fallo de dicha Sentencia “en el tablón de anuncios o lugar existente a efectos de comunicaciones en la sede de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Málaga”.

En su Sentencia, luego de exponer los antecedentes de hecho y condensar la doctrina constitucional aplicable en torno a la ponderación en los casos de conflicto de los derechos fundamentales al honor (art. 18.1 CE) y libertad de expresión [art. 20.1 a) CE], pasa a resolver el recurso en su fundamento segundo sosteniendo, como ratio decidendi, que lo que resulta lesivo en supuestos como el presente no es tanto el contenido del escrito sino precisamente su carácter de anónimo. Esto es, el hecho de atribuir a una persona determinada (aquí, al actor en la instancia) la ocultación de su autoría es lo que viene a causar un menosprecio social (desvalor) que hace prevalente la reparación del derecho al honor del afectado, atendido el texto crítico que presentaba el anónimo de referencia.

e) Notificada la Sentencia de casación, por la parte demandada en la instancia se promueve directamente el presente recurso de amparo en la fecha ya indicada.

f) A virtud de la facultad de oficio conferida a este Tribunal por el art. 88.1 LOTC, y mediante diligencia de ordenación de 22 de junio de 2010, se requirió al Juzgado de Primera Instancia que remitiera copia del escrito anónimo en el que se vertían las imputaciones de referencia, trámite éste cumplimentado mediante oficio del Juzgado de 23 de julio de 2010.

3. La demanda de amparo alega como motivo único la vulneración del derecho a la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE] de la recurrente, la cual de manera exclusiva achaca a la Sentencia dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo, según especifica la propia demanda de amparo al identificar la resolución impugnada: “La violación del derecho fundamental a la libertad de expresión de mi representada es imputable de modo inmediato y directo a la Sentencia dictada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo”.

Como fundamento de fondo de su queja la recurrente aduce que el Alto Tribunal no ha tenido en cuenta en el juicio de ponderación efectuado sobre los derechos fundamentales en liza (libertad de expresión y honor) la “intrascendencia” o “escasa trascendencia” de los hechos, puesto que, como aseveran las Sentencias de instancia, las alusiones que realizó la recurrente en el transcurso de la reunión de los inspectores de trabajo acerca de la posible autoría del anónimo no constituyó en todo caso un tema trascendente de entre los que fueron tratados allí, ni supuso una crítica a la conducta personal ni profesional del actor, dado que, además, se barajaron varios nombres y ni siquiera se aseveró con seguridad que se tratase de aquél.

Se rechaza asimismo la tesis de la Sentencia de casación en cuanto a conceder carácter lesivo per se del derecho al honor a la mera atribución al demandante del anónimo controvertido. Entiende la recurrente de amparo, por el contrario, que el mero hecho de esa imputación no resulta factor suficiente para producir esa vulneración, debiendo atenderse al contenido del anónimo y a, si el mismo resulta ofensivo, extremo éste que aquí se descarta. Cita en su apoyo las SSTC 51/2008, de 14 de abril, FJ 4, y 180/1999, de 11 de octubre, FJ 4, suplicando se dicte Sentencia estimatoria del amparo interpuesto reconociendo el derecho fundamental de la recurrente a la libertad de expresión [art. 20.1 a) LOTC] y que se declare la nulidad “de la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de fecha 12 de marzo de 2009”.

Finalmente, en orden al requisito de la especial trascendencia constitucional del recurso [arts. 49.1 y 50.1 b) LOTC], la demanda de amparo afirma que la Sentencia impugnada afecta a la libertad de expresión, “lo que podría justificar sin más la relevancia constitucional”; teniendo en cuenta además que dicha Sentencia revocó las dictadas previamente en sentido opuesto por el Juzgado de Primera Instancia y la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Málaga, las cuales a su vez, según defiende la recurrente, sí se ajustaban “a la consolidada doctrina del Tribunal Constitucional sobre cuál es el contenido del derecho a la libertad de expresión”; por lo que el apartamiento de esta doctrina puede repercutir a su vez sobre “las decisiones que adopten en el futuro todos los órganos judiciales”.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. El preceptivo examen de los requisitos que ha de cumplir la presente demanda de amparo para poder superar la fase de admisión ha de principiar por aquellos de carácter estrictamente formal [art. 50.1 a) LOTC] y, dentro de éstos, el atinente al correcto agotamiento de la vía judicial previa en los términos exigidos por el art. 44.1 a) LOTC, en la redacción dada a este precepto por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo; esto es: “que se hayan agotado todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales para el caso concreto dentro de la vía judicial”.

La importancia de su control, según recientemente hemos recordado en nuestra STC 99/2009, de 27 de abril, FJ 2, “encuentra su razón de ser, conforme a una persistente doctrina constitucional, en la necesidad de salvaguardar la naturaleza subsidiaria del amparo a fin de evitar que este Tribunal se pronuncie sobre eventuales vulneraciones de derechos fundamentales o libertades públicas cuando ello pueda aún hacerse por los órganos de la jurisdicción ordinaria a través de las vías procesales establecidas (SSTC 13/2005, de 31 de enero, FJ 3; 337/2006, de 11 de diciembre, FJ único; 23/2007, de 12 de febrero, FJ 3; y 187/2008, de 30 de diciembre, FJ 2). Esto es, la exigencia de agotamiento de la vía judicial tiende a impedir que se acceda a esta jurisdicción constitucional cuando los órganos judiciales tienen todavía la ocasión de pronunciarse y, en su caso, reparar la infracción argüida como fundamento del recurso de amparo constitucional (SSTC 249/2006, de 24 de julio, FJ 1; 59/2007, de 26 de marzo, FJ 2; y 73/2008, de 23 de junio, FJ 3)”.

Así las cosas, al achacarse la lesión alegada en la demanda de amparo de modo directo a la Sentencia dictada en casación por la Sala Primera del Tribunal Supremo, contra la cual ya no cabía recurso alguno, se suscita el interrogante de si devenía exigible a la parte recurrente el promover el incidente de nulidad de actuaciones del art. 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) antes de venir en amparo, a pesar de que los hechos del caso venían siendo debatidos ya desde la primera instancia e incluso conciernen a conductas desplegadas en el ámbito extrajudicial por particulares.

2. La respuesta a la cuestión planteada debe ser positiva, a la vista de las circunstancias concurrentes:

a) Ante todo ha de tenerse presente que el art. 41.2 LOTC determina que el recurso constitucional de amparo, de naturaleza extraordinaria, procede solamente contra actos de los poderes públicos, categoría en la que no cabe situar las conductas propias de los particulares, incluso si éstas menoscaban el ejercicio de derechos fundamentales sustantivos.

De este modo, tratándose como aquí se trata de recursos de amparo del art. 44 LOTC, el afectado precisa la previa solicitud de protección ante los Tribunales de justicia ordinarios, y es únicamente la Sentencia de éstos llamada a dirimir el conflicto constitucional planteado la que, por dejar de dispensar la debida tutela judicial que se impetra y asumir una tesis o postura restrictiva o negadora del derecho fundamental invocado, se configura como acto del poder público susceptible de amparo constitucional. Se sitúa así en la resolución judicial dictada el concepto de “lesión” delimitadora de la viabilidad de este proceso constitucional, conforme al propio art. 44.1 LOTC (“las violaciones de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, que tuvieran su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial…”).

En función del grado jurisdiccional en el que recaiga la resolución vulneradora devendrá carga del interesado instar entonces la reparación del derecho fundamental por la vía de los recursos ordinarios o extraordinarios que quepan por ley, o en su caso a través del incidente de nulidad de actuaciones “siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso” (art. 241.1 LOPJ). Que es lo que ocurre, por ejemplo, y en lo que aquí importa considerar, respecto de las Sentencias dictadas en casación por la Sala Primera del Tribunal Supremo cuando son éstas las que ocasionan ex novo la lesión de que se trate.

b) El incidente de nulidad de actuaciones, en todo caso, no se propone para volver a discutir sobre el tema en litigio a modo de una nueva instancia, sino que se articula por la ley como un mecanismo impugnatorio especial, dotado de un objeto de cognición propio, autónomo y limitado. Lo que se le pide en estos casos al órgano judicial autor de la resolución cuestionada, es que examine y resuelva sobre la vulneración del derecho fundamental que se achaca a esta última (no a ninguna otra resolución), a la luz de los concretos razonamientos contenidos en sostén de la decisión adoptada, y para dar así respuesta en el Auto resolutorio a los motivos de impugnación específicos que haya vertido el afectado en su escrito de solicitud de nulidad.

c) Finalmente no puede prescindirse en este análisis del marcado propósito del legislador orgánico de reforzar el carácter subsidiario del proceso constitucional de amparo, conforme al cual extiende el manto de cobertura del amparo judicial ordinario mediante la ampliación del incidente de nulidad de actuaciones a toda hipótesis de vulneración de cualesquiera de los derechos fundamentales protegibles ex art. 53.2 CE, tras la modificación del mencionado art. 241.1 LOPJ por la disposición final primera de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo. Así lo pone de manifiesto la propia exposición de motivos de esta última, al indicar: “De este modo se introduce una configuración del incidente de nulidad de actuaciones mucho más amplia, porque se permite su solicitud con base en cualquier vulneración de alguno de los derechos fundamentales referidos en el artículo 53.2 de la Constitución en lugar de la alegación de indefensión o incongruencia prevista hasta el momento. Esta ampliación del incidente de nulidad de actuaciones previo al amparo busca otorgar a los Tribunales ordinarios el papel de primeros garantes de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico”.

Siendo ello así, mal podría encajar el propósito de potenciación o reforzamiento del carácter subsidiario del amparo interponible ante este Tribunal a través de una mayor exigencia del incidente de nulidad de actuaciones, si respecto de los conflictos suscitados en el ámbito de conductas imputables a los particulares, en relación con derechos fundamentales sustantivos, se entendiera que la vulneración a la que se refiere el art. 44.1 LOTC lo es también la producida por éstos, y que la “denuncia” de la lesión se consuma ya con la presentación por el afectado de la demanda de primera instancia. De interpretarse así nunca se cumpliría con el presupuesto legal para la procedencia del incidente, esto es, que la lesión “no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso”, con lo que devendría virtualmente inaplicable y, por ese camino, el incidente de nulidad de actuaciones quedaría reducido a la reparación de los derechos fundamentales del art. 24 CE. Una restricción desde luego no expresada por el legislador e incompatible con el objetivo asignado a la reforma legal de 2007.

Consecuentemente, cuando este Tribunal afirma que, como resultado de la citada modificación del art. 241 LOPJ y a efectos de la adecuada formalización de la demanda de amparo, “es necesario para un correcto agotamiento de la vía judicial previa la interposición del incidente de nulidad para denunciar cualquier derecho fundamental que se considere vulnerado siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer la resolución que ponga fin al proceso y que dicha resolución no sea susceptible de recurso” (ATC 41/2010, de 9 de abril, FJ único), ello es así tanto si se trata de derechos fundamentales sustantivos como procesales.

3. La aplicación de los razonamientos que anteceden lleva a estimar cometido el defecto de falta de agotamiento de la vía judicial [art. 44.1 a) LOTC], determinante de la inadmisión del recurso interpuesto [art. 50.1 a) LOTC]. Como ya se ha indicado y se asume en el propio escrito de demanda de amparo, el juicio de ponderación constitucional desfavorable a la posición de la aquí recurrente no se produce sino con la Sentencia casacional que, revocando las dos de instancia que habían desestimado la demanda presentada en su contra, aprecia ex novo como prevalente el derecho al honor (art. 18.1 CE) del actor en detrimento de lo que al propio tiempo, la entonces demandada y ahora recurrente en amparo justifica como un comentario cubierto por el ejercicio de su derecho a la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE], esto es, el atribuir a aquél la presunta autoría del anónimo crítico. Con tal perspectiva resulta evidente que la lesión que se trae a conocimiento de este Tribunal se engendra judicialmente, de modo directo e inmediato, por la referida Sentencia de casación, frente a la cual por tanto debió la aquí recurrente intentar la reparación de la falta a través del incidente de nulidad antes de acudir en amparo, lo que no hizo.

Es más, en este caso no es sólo que el juicio de ponderación en la dirección desfavorable ya señalada emerge con la Sentencia de casación, sino que de hecho ni siquiera interviene acto obstativo alguno del actor en la esfera extrajudicial para coartar su libertad de expresión, cuya restricción únicamente tiene lugar, se insiste (y siempre según la demanda de amparo), con el fallo de la Sala Primera del Alto Tribunal, que de tal guisa considera procedente su sacrificio a favor del derecho fundamental al honor del demandante de instancia.

La inadmisión que aquí se decreta por la falta de agotamiento de la vía judicial releva de entrar en el estudio tanto de los demás requisitos formales del recurso de amparo presentado como de la acreditación de su especial trascendencia constitucional.

Por lo expuesto, la Sala

ACUERDA

Inadmitir el presente recurso de amparo.

Madrid, a veintiuno de diciembre de dos mil diez.