

Instrucción Fiscalía General del Estado núm. 2/2006, de 15 marzo (JUR 2006\94040)

Jurisdicción: Vía administrativa

MENORES DE EDAD: protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores; marco normativo; criterios jurisprudenciales; posición del Ministerio Fiscal; especial referencia a la protección de la imagen del menor; protección de los derechos del menor y derecho a emitir y recibir información veraz; menores y progenitores con notoriedad pública; régimen procesal; derecho a que se dé difusión de la sentencia; sujetos responsables; Internet.

Texto:

1 Introducción

El respeto por los derechos de los menores ha de ser seña de identidad de nuestro sistema de convivencia. Si ya desde el Preámbulo la Constitución (RCL 1978, 2836) declara su voluntad de proteger a todos los españoles en el ejercicio de los derechos humanos, promover el progreso de la cultura y establecer una sociedad democrática avanzada, el art. 10 de la Carta Magna coloca entre las bases del orden político la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad, tan unido este último a la protección a la infancia.

Los arts. 12 y 39.2 y 3 CE contemplan la minoría de edad como una fase de la vida que se caracteriza 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 tanto el establecimiento de mecanismos de heteroprotección, en un primer nivel suministrados por los titulares de la patria potestad (art. 154 CC [LEG 1889, 27]) o por sus sustitutos (tutores, guardadores) y en un segundo nivel, en defecto o por insuficiencia del anterior, por las instituciones públicas (en especial, Entidades Públicas de Protección de Menores y Ministerio Fiscal).

La condición del menor como persona en situación de especial vulnerabilidad tiene reflejo en la regulación de numerosas instituciones, en las que el ordenamiento trata de reforzar su protección. Esta idea-fuerza aparece con claridad cuando el Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) protege la intimidad, la libertad sexual o cuando la legislación civil protege la intimidad y la propia imagen de los menores: en estos casos se les tutela frente a los ataques actuales y simultáneamente se les protege para hacer factible el desarrollo de su personalidad y en definitiva, para que puedan ejercer con plenitud sus derechos en el futuro. La necesidad de velar por el desarrollo integral del menor, en tanto sujeto en tránsito hacia la plena madurez hace que el ordenamiento le otorgue una protección de especial intensidad.

El principio rector que anima la presente Instrucción es promover el respeto al honor, la intimidad y la imagen de los menores. Debe, no obstante, reconocerse que ni las vigorosas normas internacionales, estatales y autonómicas ya promulgadas, ni la supervisión de las Administraciones públicas, ni la decidida intervención del Ministerio Fiscal pueden garantizar un pleno y riguroso respeto a los derechos de los menores si no van acompañadas de una auténtica concienciación social que asuma la necesidad de una escrupulosa tutela frente a las intromisiones que puedan llegar a poner en riesgo o perturbar su proceso de maduración. Representantes legales, medios de comunicación, poderes públicos y sociedad en general, deben cada uno en su ámbito funcional constituirse en garantes de los derechos de los menores. Los profesionales y los medios de comunicación debieran sin reservas asumir ese principio deontológico.

Si las funciones que la Constitución (RCL 1978, 2836) atribuye al Fiscal son todas de un profundo calado ético, las más sensibles, necesarias y de inexcusable observancia son las relacionadas con los menores, toda vez que éstos, por propia definición, necesitan de otros para obtener amparo. El Ministerio Fiscal debe decididamente asumir el papel protagonista que nuestro ordenamiento expresamente le ha querido atribuir como defensor de la esfera de la privacidad de los menores.

No parte en esta materia nuestra Institución de cero. El celo con el que el Fiscal debe velar por el respeto al honor, la intimidad y la propia imagen de los menores aparece reiteradamente invocado en la doctrina emanada de la Fiscalía General del Estado.

Así, la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 2/1993, de 15 de marzo (RCL 1994, 976) sobre la función del Ministerio Fiscal y el derecho a la intimidad de los menores víctimas de un delito, dictada antes de los trascendentales cambios introducidos por la LO 1/1996 (RCL 1996, 145) , para los casos en que la divulgación de la noticia permita prever una intromisión en la intimidad o en la imagen del menor y no conste se hayan observado las prescripciones legales, instaba a los Fiscales a valorar «la conveniencia de dirigirse formalmente a los representantes legales del menor y, en su caso, al medio de comunicación que anuncie la divulgación de la noticia a fin de advertir a aquellos de las consecuencias jurídicas que, en orden a la validez del negocio jurídico suscrito, puedan llegar a producirse», apuntándose como vía de intervención en los casos de continuo y pertinaz incumplimiento de las obligaciones inherentes a la patria potestad por «reiterada estrategia de exposición pública del menor para el relato de su propia tragedia» la evaluación de si concurre situación de desamparo del menor conforme al art. 172 CC (LEG 1889, 27) .

La Circular 1/2000, de 18 de diciembre (RCL 2001, 812) , relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000 (RCL 2000, 90) exhorta al Fiscal a convertirse en un inflexible protector de la intimidad del menor, instando del Juez la adopción de cuantas medidas puedan resultar procedentes a fin de asegurar, en todo caso, la vigencia de aquel derecho.

Por su parte, la Circular 1/2001, de 5 de abril (RCL 2002, 1173) , relativa a la incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) en la intervención del Fiscal en los procesos civiles dispone que los Sres. Fiscales

cuidarán de que la documentación de las actuaciones judiciales se realice siempre con pleno respeto y salvaguarda de los legítimos derechos e intereses de las partes e intervinientes, máxime cuando se vean comprometidos menores o incapaces.

Esta misma Circular exhorta a los Fiscales para que en todos los procesos que afecten a menores orienten su actuación conforme a los principios recogidos en el art. 11.2 de la LO 1/1996 (RCL 1996, 145) ... primando siempre el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir y de manera particular para que se respete el derecho del menor a ser oído en el procedimiento .

Finalmente la Instrucción 3/2005, de 7 de abril sobre las relaciones del Ministerio Fiscal con los medios de comunicación, se pronunciaba en el ámbito de las informaciones sobre asuntos penales en el sentido de que el posible interés informativo de la noticia cede ante la necesidad de protección de los intereses del menor afectado.

Por medio de esta nueva Instrucción la Fiscalía General del Estado pretende por un lado abordar sistemáticamente la materia y por el otro dar por primera vez pautas exegéticas a la luz de la LO 1/1996, de 15 de enero, que introdujo disposiciones que fortalecen extraordinariamente la posición del Fiscal como valedor de los derechos de los menores, dotándole de una legitimación con una amplitud no reconocida en la anterior LO 1/1982 (RCL 1982, 1197) .

2 Concepto de menor

De conformidad con lo dispuesto tanto en el art. 1 de la Convención de Derechos del Niño (RCL 1990, 2712) como en el art. 1 de la LO 1/96, de 15 de enero (RCL 1996, 145) , de Protección Jurídica del Menor, puede afirmarse a los efectos abordados que son menores las personas de menos de dieciocho años que se encuentren en territorio español, salvo que en virtud de la Ley que les sea aplicable hayan alcanzado anteriormente la mayoría de edad.

Aunque en principio la Ley nacional del menor de 18 años puede atribuirle la plena capacidad por debajo de dicha edad, habrá de partirse conforme a las previsiones de la Circular 3/2001, de 21 de diciembre (RCL 2002, 1175) y de la Instrucción 6/2004, de 26 de noviembre, de que se puede establecer con carácter general la presunción iuris tantum de que es menor todo extranjero que no haya cumplido aún los dieciocho años.

Respecto de los criterios para la determinación de la edad de los menores extranjeros indocumentados, habrá de estarse a las pautas introducidas por la Instrucción 2/2001, de 28 de junio (RCL 2001, 1177) .

Por consiguiente, los Sres. Fiscales como regla general habrán de promover las acciones en defensa de los menores de dieciocho años que se encuentren en territorio español sin distinciones por razón de nacionalidad.

No obstante, en el caso de menores formalmente emancipados, el artículo 323 CC (LEG 1889, 27) establece que están habilitados para regir su persona y bienes como si fueran mayores de edad, introduciendo una serie de excepciones a su capacidad, -entre las que no se encuentra la disposición sobre su derecho al honor, intimidad y propia

imagen- que, además, han de interpretarse restrictivamente. Las mismas consideraciones merecen los menores que hayan obtenido judicialmente el beneficio de la mayor edad (art. 321 CC).

Estos menores, a efectos civiles, con carácter general, habrán de ser considerados como asimilados a los mayores de edad, pudiendo ejercitar por sí los derechos al honor, intimidad y propia imagen y prestar los consentimientos previstos en el art. 3 LO 1/1982 (RCL 1982, 1197) .

Distinto debe ser el abordaje del menor emancipado por vida independiente. Conforme al art. 319 CC se presume la emancipación del menor que a los 16 años viviere independiente de sus padres con el consentimiento de éstos. Sin embargo, en estos supuestos de emancipación tácita, los padres pueden revocar tal consentimiento, por lo que no puede decirse que produzcan el efecto extintivo de la patria potestad. A fortiori, un inadecuado ejercicio de los derechos de la personalidad por parte de estos menores podría poner precisamente de relieve que los mismos no estaban debidamente preparados para vivir independientemente de sus padres, por lo que no deben quedar en esta materia exentos a priori de las intervenciones tuitivas del Ministerio Fiscal.

3 El menor como titular de los derechos

3.1 Marco normativo

Los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen del menor se encuentran hiperprotegidos por nuestro ordenamiento jurídico. Estas garantías adicionales se justifican por el plus de antijuridicidad predicable de los ataques a estos derechos cuando el sujeto pasivo es un menor, pues no solamente lesionan el honor, la intimidad o la propia imagen, sino que además pueden perturbar su correcto desarrollo físico, mental y moral, y empañar en definitiva su derecho al libre desarrollo de la personalidad y a la futura estima social.

El reconocimiento de una protección específica a los derechos de la personalidad de los menores se asume decididamente en el ámbito internacional y así el art. 16 de la Convención de Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 (RCL 1990, 2712) proscribe las intromisiones en la intimidad del menor al declarar que «ningún niño será objeto de ingerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación. El niño tiene derecho a la protección de la Ley contra tales ingerencias». También el punto 8.29 de la Carta Europea de Derechos del Niño (Resolución del Parlamento Europeo A3-0172/92 de 8 de julio de 1992) declara que «todo niño tiene derecho a no ser objeto por parte de un tercero de intrusiones injustificadas en su vida privada, en la de su familia, ni a sufrir atentados ilegales contra su honor», y el punto 8.43 de esta misma Carta otorga protección frente a utilizaciones lesivas de la imagen del menor. Así mismo debe tenerse presente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 [RCL 1977, 893] (concretamente el art. 24, relativo a las medidas de protección que requiere el menor tanto de la familia como de la sociedad y el estado), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 19 de diciembre de 1966 (RCL 1977, 894) (y específicamente su art. 10.3 que obliga a adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes y

específicamente contra la explotación económica y social) y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948 (LEG 1948, 1) (que en su art. 25.2 reconoce el derecho de la infancia a cuidados y asistencia especiales).

El valor que los Convenios internacionales adquieren en relación con los menores es además especialmente enfatizado por la Constitución (RCL 1978, 2836) . El art. 10.2 CE establece genéricamente que las normas relativas a los derechos fundamentales se interpretarán de conformidad con la Declaración de los Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias suscritas por España. El art. 39.4 CE, ad abundantia maior, dispone que «los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos».

En el ámbito interno, la CE en su art. 18 reconoce con carácter general el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y el art. 20.1.d) especifica que el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión encuentra su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este título y «especialmente en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia». El apartado 4º del art. 18 prevé la limitación por medio de Ley del uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar y el art. 105, b) CE a la vez que prevé que la Ley regulará el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, excluye del público conocimiento «lo que afecte a la intimidad de las personas». Debe también tenerse presente que el art. 39 CE asume como principio rector de la política social y económica la protección integral de los hijos.

Específicamente el art. 4.1 LO 1/1996 (RCL 1996, 145) dispone que los menores tienen derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

La Directiva 89/552/CEE (LCEur 1989, 1386) , sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros, relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva ha sido incorporada a nuestro ordenamiento interno por la Ley 25/1994, de 12 de julio (RCL 1994, 1999) , modificada por Ley 22/1999, de 7 de junio (RCL 1999, 1526) . Esta Ley dispone en su art. 1.5 que tiene por objeto defender los intereses legítimos de los usuarios y, en especial, de los menores para preservar su correcto desarrollo físico, mental y moral.

El medio televisivo está obligado, pues, a proteger específicamente el honor, la intimidad y la propia imagen del menor, ya en el ámbito estatal, autonómico o local, y tanto los medios públicos como los privados. El art. 4 de la Ley 4/1980, de 10 de enero (RCL 1980, 75) , reguladora del estatuto de la Radio y la Televisión establece que «la actividad de los medios de comunicación del Estado se inspirará... en el principio de la protección de la juventud y de la infancia». Idénticos principios se asumen en la Ley 10/1988 de 3 de mayo (RCL 1988, 956) , de Televisión Privada (art. 3), en la Ley 46/1983, de 26 diciembre (RCL 1984, 26) , reguladora del tercer canal autonómico (art. 5), en la Ley 41/1995, de 22 de diciembre (RCL 1995, 3475) , de televisión local por ondas terrestres (art. 6) y en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre (RCL 2003, 2593 y RCL 2004, 743) , General de Telecomunicaciones (art. 3 e). Estos mismos criterios son seguidos por las normativas autonómicas.

En el ámbito del proceso civil los arts. 138.2 y 754 LECiv (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) introducen disposiciones tendentes a preservar la intimidad de los menores.

En idéntica dirección el art. 35 LO 5/2000, de 12 de enero (RCL 2000, 90) , reguladora de la responsabilidad penal de los menores (en adelante LORPM), dispone que «... en ningún caso se permitirá que los medios de comunicación social obtengan o difundan imágenes del menor ni datos que permitan su identificación».

La Ley también quiere preservar a toda costa la intimidad de los menores sometidos a medida de reforma: el art. 56.2 c) LORPM contiene una cláusula específica de protección de los menores internados en un centro de reforma al reconocérseles el derecho a que se preserve su dignidad y su intimidad y a que su condición de internados sea estrictamente reservada frente a terceros. El desarrollo reglamentario de la LORPM llevado a cabo por el Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio (RCL 2004, 1935) , configura como principio general el de la confidencialidad, la reserva oportuna y la ausencia de injerencias innecesarias en la vida privada de los menores o en la de sus familias, en las actuaciones que se realicen (art. 6.2.i). Este principio general se concreta en un haz de normas: el art. 12 al abordar el expediente personal del menor en la ejecución de la medida establece un acceso restringido y una obligación general de reserva; el art. 30, en cuanto a la normativa de funcionamiento interno de los centros; el art. 32 en cuanto a trámites después del ingreso; el art. 34 sobre el internamiento de madres con hijos menores; el art. 35, respecto de los traslados; el art. 37, respecto de la asistencia escolar y formativa; el art. 40.8 en cuanto a las comunicaciones y visitas de familiares y de otras personas; el art. 41 en relación con las comunicaciones con el juez, el Ministerio Fiscal, el abogado y con otros profesionales y autoridades; el art. 54 en cuanto a vigilancia y seguridad y cacheos. Del mismo modo, el art. 2.4 del Real Decreto 1774/2004 en relación con los registros de menores se inspira en la protección a ultranza de la intimidad del menor infractor.

Por su parte, el art. 13.3 LO 1/1996 (RCL 1996, 145) contiene una auténtica cláusula general para la defensa de la intimidad en el ámbito de las actuaciones de protección de menores, estableciéndose que las autoridades y las personas que por su profesión o función conozcan el caso actuarán con la debida reserva.

También debe mencionarse la contundente legislación penal que castiga el mas grave de los ataques contra la intimidad y propia imagen de los menores: la pornografía infantil. Del mismo modo, el propio CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) , al regular los tipos de delitos contra la intimidad, estructura como tipo agravado la lesión a la intimidad del menor (art. 197.5 CP), asimilando estos ataques por razón de la edad del sujeto pasivo a los secretos que afectan al núcleo duro de la privacidad (datos relativos a la salud, la ideología, las creencias religiosas, los orígenes raciales y la vida sexual).

La preocupación de los poderes públicos por la protección de estos derechos de los menores ha llevado a que la mayoría de los Legisladores autonómicos hayan promulgado sus propias disposiciones, en esencia reiterando lo dispuesto en el art. 4 de la LO 1/1996 (vid. art. 8 de la Ley 3/1995, de 21 de marzo [RCL 1995, 1653 y LLR 1995, 90] , de la Infancia de la Región de Murcia) e imponiendo además a las Administraciones autonómicas la obligación de dar cuenta al Ministerio Fiscal de cuantas actuaciones

lesionen el honor, intimidad personal y familiar y la propia imagen de los menores (vid. art. 10.3 de la Ley 7/1999, de 28 de abril [RCL 1999, 1415 y LCTB 1999, 117] , de Protección de la Infancia y Adolescencia, de Cantabria; art. 35 de la Ley 6/1995, de 28 de marzo [RCL 1995, 2285 y LCM 1995, 115, 228] , de Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia en la Comunidad de Madrid; art. 13 de la Ley del Principado de Asturias 1/1995, de 27 de enero [RCL 1995, 1235 y LPAS 1995, 24] , de Protección del Menor; art. 6 de la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor de la Comunidad Autónoma de Andalucía; art. 11.3 de la Ley 12/2001, de 2 de julio [RCL 2001, 2019 y LARG 2001, 220] , de la infancia y la adolescencia en Aragón; art. 21 de la Ley 14/2002, de 25 de julio [RCL 2002, 2062 y LCyL 2002, 408] , de Promoción, Atención y Protección a la Infancia en Castilla y León; art. 11.2 de la Ley 3/1999, de 31 de marzo [RCL 1999, 1374 y LCLM 1990, 90] , del Menor de Castilla-La Mancha; art. 15 de la Ley 4/1998, de 18 de marzo [RCL 1998, 868 y LLR 1998, 71] , del Menor de la Comunidad Autónoma de La Rioja).

Estas disposiciones autonómicas también generan obligaciones para las respectivas Administraciones en relación con la salvaguarda de estos derechos de los menores (vid. art. 9 de la Ley 8/1995, de 27 de julio [RCL 1995, 2492 y LCAT 1995, 419] , de Atención y Protección de los Niños y los Adolescentes de Cataluña y arts. 19 e, 43 y 45 de la Ley 27/2001, de 31 de diciembre [RCL 2002, 395 y LCAT 2002, 37] , de justicia juvenil de Cataluña; arts. 13 y 86 de la Ley 1/1997, de 7 de febrero [RCL 1997, 622 y LCAN 1997, 41] , de Atención Integral a los Menores, de la Comunidad Autónoma de Canarias; art. 3 de la Ley 7/1994, de 5 de diciembre [RCL 1995, 213 y LCV 1994, 386] , de la Infancia en Valencia; art. 4 e) de la Ley 7/1995, de 21 de marzo [RCL 1995, 1495 y LIB 1995, 101] , de Guarda y Protección de los Menores Desamparados en Baleares; art. 8 de la Ley 3/1997, de 9 de junio [RCL 1997, 1783 y LG 1997, 226] , de la familia, la infancia y la adolescencia, de Galicia).

Incluso alguna legislación autonómica aborda las obligaciones del Fiscal, pese a lo dispuesto en el art. 3.16 EOMF (RCL 1982, 66) . Así, en el País Vasco, la Ley 3/2005, de 18 de febrero (LPV 2005, 133) , de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia, establece en su art. 10 b) que en los casos en que los derechos «queden vulnerados por la difusión de información o la utilización de imágenes o nombres de niños, niñas y adolescentes en los medios de comunicación que pueda implicar una intromisión ilegítima en su intimidad, honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, el Ministerio Fiscal deberá intervenir instando de inmediato las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley y solicitando las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios causados. Tales actuaciones procederán incluso si consta el consentimiento del niño, niña o adolescente o de sus representantes legales». En la letra c) se dispone que en los casos a que se refiere la letra anterior, y sin perjuicio de las acciones de las que sean titulares los representantes legales del niño, niña o adolescente, el Ministerio Fiscal podrá actuar de oficio o a instancia del propio niño, niña o adolescente o de cualquier persona interesada, física o jurídica, o entidad pública.

Estas previsiones de la Ley 3/2005 deben considerarse en total sintonía con lo dispuesto en el art. 4 LO 1/1996 (RCL 1996, 145) , por lo que ha de partirse de que no hay diferencias en la materia entre las obligaciones de los Fiscales en la Comunidad Vasca y las del resto de los Fiscales de España.

Idéntico comentario merece la regulación que el art. 17 de la reciente Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre (LNA 2005, 351) , de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia contiene respecto a la regulación del honor, intimidad y propia imagen de los menores y las obligaciones de los Fiscales en la Comunidad Navarra.

3.2 Criterios hermenéuticos en la jurisprudencia

De una interpretación sistemática de los arts. 18 y 20.1.d) CE (RCL 1978, 2836) se desprende sin duda una intensificación en la protección del derecho a la intimidad y a la propia imagen proyectado sobre los menores de edad. Esta protección reforzada ha sido puesta de manifiesto por la doctrina del TC (vid. STC núm. 134/1999, de 15 julio [RTC 1999, 134]).

En estos supuestos, la protección de los derechos del menor se antepone al ejercicio de otros derechos, y opera aunque la noticia ya hubiera sido divulgada con anterioridad, o aunque la información sea veraz (STC núm. 134/1999, de 15 de julio).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo también ha profundizado en esta idea. Así, la STS Sala 1ª, núm. 621/2003, de 27 de junio (RJ 2003, 4312) declara que se ha de proteger la propia intimidad de todas las personas... y con mayor razón si se trata de la infancia, siempre más desvalida y por ello más vulnerable. La STS Sala 1ª, núm. 782/2004, de 12 de julio (RJ 2004, 4374) declara por su parte que «los mecanismos legales de protección de los derechos fundamentales de los menores establecidos en la Ley Orgánica 1/1982 (RCL 1982, 1197) , art. 3, se refuerzan en la Ley Orgánica 1/1996 (RCL 1996, 145) ...».

También el TEDH ha considerado que la protección de la juventud puede justificar la limitación de la libertad de expresión (vid. STEDH de 7 de diciembre de 1976 [TEDH 1976, 6] , caso Handyside contra Reino Unido).

Estas líneas interpretativas han ido calando en la jurisprudencia menor, que ha asumido que nos encontramos ante un régimen de protección reforzado. La SAP Madrid, sec. 25ª, núm. 90/2004, de 17 de febrero (JUR 2004, 250227) , califica de «especial protección» la que tienen garantizada los menores en relación a su intimidad. La SAP Madrid, sec. 20ª, núm. 227/2005, de 19 de abril (JUR 2005, 122625) , certeramente declara que «la libertad de información que asiste a la demandada no justifica la lesión de los derechos de la menor... , que, precisamente por su condición de menor, debe ser especialmente protegida y no tiene la obligación de sacrificarse». La SAP Madrid, sec. 13ª, de 30 de abril de 2003, rec. 621/2002 (JUR 2004, 160714) considera que la LO 1/1996 (RCL 1996, 145) «extrema y amplía» la tutela a los derechos de los menores respecto de la LO 1/1982 (RCL 1982, 1197) . En este mismo sentido pueden citarse entre otras las SSAP Asturias, sec. 7ª, núm. 96/2003, de 13 de febrero (JUR 2003, 186572) , Madrid, sec. 13ª, núm. 83/2003, de 14 de noviembre (AC 2004, 1165) , Álava, sec. 1ª, núm. 293/2004, de 25 de noviembre (JUR 2005, 39764) y AAP Cádiz, secc. 6ª 18/2001, de 10 de abril (JUR 2001, 187770) .

En definitiva, puede decirse que ya se ha asumido por la jurisprudencia el criterio rector de que si bien todas las personas tienen derecho a ser respetados en el ámbito de

su honor, intimidad y propia imagen, los menores lo tienen de una manera especial y cualificada, precisamente por la nota de desvalimiento que les define y por tratarse de seres en proceso de formación, mas vulnerables por tanto ante los ataques a sus derechos.

Es importante resaltar cómo la intimidad del menor se extiende a manifestaciones del ámbito familiar que les afecten aunque no se refieran específicamente a ellos. Así, el TC ha declarado que «el derecho a la intimidad se extiende también a determinados aspectos de otras personas con las que se guarde una personal y estrecha vinculación familiar, aspectos que, por esa relación o vínculo familiar, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo que los derechos del artículo 18 CE (RCL 1978, 2836) protegen (SSTC núm. 231/1988, de 2 de diciembre [RTC 1988, 231] , núm. 134/1999, de 15 de julio [RTC 1999, 134]).

En este sentido, la SAP Valencia, sec. 9ª 145/2003, de 1 de marzo (AC 2003, 1305) , declara que «la protección que confiere el artículo 18 de la Constitución Española (RCL 1978, 2836) abarca tanto las manifestaciones relativas a un menor directamente, como aquellas otras que afectan al ámbito de su familia, en el presente caso, al comportamiento de sus padres respecto de ellos mismos y de sus hermanos, como configuradores del ambiente familiar en el que se está desarrollando su infancia».

3.3 Régimen general: LO 1/1982, de 5 de mayo

La LO 1/1982, de 5 de mayo (RCL 1982, 1197) , de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, que tutela los derechos con independencia de la mayoría o minoría de edad de su titular, aborda las peculiaridades del ejercicio y protección de los derechos de los menores al regular el consentimiento ante los actos de intromisión, estableciendo dos reglas: el consentimiento de los menores e incapaces a las intromisiones en su intimidad o propia imagen deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil (apartado primero del art. 3) En los restantes casos, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el Juez (apartado segundo del art. 3).

El tratamiento procesal de esa eventual oposición del Fiscal no ha sido desarrollado. El Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, publicado en el mes de octubre de 2005 en el Boletín de Información del Ministerio de Justicia, dedica el capítulo VII del título III (arts. 98 y 99) a la regulación del procedimiento para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado conforme a los arts. 2 y 3 LO 1/1982 y para canalizar la oposición del Ministerio Fiscal, estructurándolo como una comparecencia contradictoria con resolución susceptible de recurso de apelación con efectos suspensivos.

Hasta tanto se apruebe la futura Ley de Jurisdicción Voluntaria, ante la falta de una regulación específica, siguiendo las pautas de la Instrucción 2/1993 (RCL 1994, 976) podrá encauzarse la oposición del Fiscal a través de un expediente de jurisdicción voluntaria conforme a los arts. 1811 LECiv/1881 (LEG 1881, 1) y de acuerdo con la

Disposición Transitoria 10ª.2ª de la Ley 11/1981, de 13 de mayo (RCL 1981, 1151) , aunque tampoco debe descartarse la opción, postulada por un cualificado sector doctrinal y admitida por la propia Disposición Transitoria 10ª.2ª, de instar un procedimiento declarativo a través del juicio ordinario, conforme a lo dispuesto en el art. 248.1 y 249.2 LECiv (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) . Desde el punto de vista de la competencia territorial habrá de considerarse fuero preferente el del domicilio del menor o, en su defecto, el del lugar en que la pretendida difusión vaya a verificarse (vid. infra).

La Ley impone, pues, la intervención del Ministerio Fiscal en defensa de los derechos de los menores no maduros, en un campo en el que la posibilidad de conflictos entre los intereses de los menores y los de sus progenitores es patente. Estas cautelas se constituyen en requisitos de ius cogens y por tanto no pueden ser objeto de disposición por las partes, ya que vienen impuestos en beneficio del menor, para la protección de sus intereses y defensa de sus derechos (vid. SAP de Pontevedra de 20 abril de 1994, Rollo de Apelación núm. 219/1993 [AC 1994, 624]) con el único y primordial fin de proteger al menor (SAP Madrid, sec. 25ª núm. 94/2004, de 17 de febrero [JUR 2004, 250224]).

El consentimiento que contempla la Ley como causa excluyente de la intromisión ilegítima es para adultos el expreso, esto es, aquel que ha sido inequívocamente manifestado, requiriéndose para los menores que esa expresión tenga forma escrita (SAP Barcelona, sec. 11ª, de 16 de octubre de 2002, rec. 46/2001 [JUR 2003, 105156]) y además este previo consentimiento expreso y escrito por el representante legal del menor «no basta para la validez del acto de disposición, por cuanto es necesario, para que surta eficacia, la cooperación del Ministerio Fiscal, cuya intervención actúa a modo de asentimiento, autorización y ratificación» (SAP Madrid, sec. 13ª, de 30 de abril de 2003, rec. 621/2002 [JUR 2004, 160714]).

La cooperación del Ministerio Fiscal se constituye así en una intervención «a modo de asentimiento, autorización o ratificación»... sólo con la intervención del Fiscal el consentimiento surte efecto o, en caso de oponerse el Fiscal, mediante resolución judicial que lo apruebe. El consentimiento para realizar un acto de disposición de cualquiera de las facultades que constituyen el contenido de los derechos fundamentales regulados en la LO 1/1982 (RCL 1982, 1197) , cuando se trata de menores sin condiciones de madurez, sólo se logra, por tratarse de una categoría jurídica perteneciente a los actos complejos, con la intervención de su representante legal y del Ministerio Fiscal (STS 816/1996 de 7 de octubre [RJ 1996, 7058]).

La Instrucción de la Fiscalía General del Estado 2/1993 (RCL 1994, 976) ya declaró que «la intencionada omisión del camino legal puede acarrear una deficiencia estructural en el negocio jurídico concebido -si éste existiera- para legitimar la intromisión. Su posible anulabilidad por el propio menor si el consentimiento hubiera sido otorgado por él mismo sin la madurez suficiente -art. 1301 CC (LEG 1889, 27) - y la hipotética responsabilidad exigible al representante legal por una negligente administración del patrimonio del menor -arts. 164 y 168 CC- son sólo alguno de los efectos predicables del desprecio voluntario al régimen legal».

Sin embargo, debe constatarse que estadísticamente son escasísimos los supuestos en los que los representantes legales cumplen las prescripciones de la Ley y ponen en conocimiento del Fiscal esos consentimientos proyectados. Pese a ello, los Sres. Fiscales se abstendrán de utilizar el incumplimiento de estas exigencias formales para impugnar negocios o actos respetuosos con los intereses del menor.

Si por contra la intromisión en la intimidad o en la imagen del menor se considera contraria a sus intereses y se decide la interposición de demanda, la misma deberá fundamentarse en su caso, además de en los correspondientes motivos de fondo, en el incumplimiento de los requisitos cogentes del art. 3.2 LO 1/82 (RCL 1982, 1197) .

El art. 3.1 LO 1/82 se remite a la legislación civil a los efectos de determinar qué deba entenderse por menor con condiciones de madurez suficiente. Pero el Código Civil (LEG 1889, 27) no contiene un precepto específico que defina con carácter general cuándo debe considerarse maduro a un menor. Existen, eso sí, en el CC y en Leyes especiales, preceptos en relación con materias concretas en los que se dota al menor (en unos casos al mayor de doce años, en otros al mayor de catorce y en otros al mayor de dieciséis) de autonomía para la realización de actos con trascendencia jurídica o se exige su audiencia. Los intentos de la doctrina científica para tratar de llegar a principios generales partiendo de las disposiciones específicas han sido múltiples pero infructuosos. La inexistencia de una *communis opinio* en la materia certifica el fracaso de estos intentos de precisar en abstracto y con carácter general la edad cronológica a partir de la cual puede un menor ser considerado maduro. Ello lleva a la necesidad de integrar este concepto jurídico indeterminado valorando todas las circunstancias concurrentes en cada caso, partiendo de que la capacidad general de los menores no emancipados es variable o flexible, en función de la edad, del desarrollo emocional, intelectual y volitivo del concreto menor y de la complejidad del acto de que se trate. En todo caso y como se analizará, la relevancia del consentimiento del menor ante intromisiones a través de medios de comunicación queda, tras la LO 1/1996 (RCL 1996, 145) , muy debilitada.

3.4 Régimen especial para las intromisiones a través de medios de comunicación: la LO 1/1996

La construcción de la teoría de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen se erige alrededor del poder que los medios de comunicación van acumulando desde finales del Siglo XIX. La relación entre el progresivo avance de la denominada sociedad de la información y el desarrollo dogmático y jurisprudencial de estos derechos no ha hecho sino acentuarse hasta nuestros días.

Al hilo de esta evolución, la LO 1/1996, de 15 de enero (RCL 1996, 145) , de Protección Jurídica del Menor, introduce un régimen protector reforzado frente a intromisiones en los derechos de los menores perpetradas por medios de comunicación.

Así, en el apartado 2º del art. 4 LO 1/1996 se establece que la difusión de información o la utilización de imágenes o nombre de los menores en los medios de comunicación que puedan implicar una intromisión ilegítima en su intimidad, honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, determinará la intervención del Ministerio Fiscal, que instará de inmediato las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley y solicitará las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios causados.

El apartado 3º declara que se considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales.

Seguidamente, dando una dimensión funcional privilegiada al Ministerio Fiscal, el apartado 4º declara que sin perjuicio de las acciones de las que sean titulares los representantes legales del menor, corresponde en todo caso al Ministerio Fiscal su ejercicio, que podrá actuar de oficio o a instancia del propio menor o de cualquier persona interesada, física, jurídica o entidad pública.

La intensificación en los niveles de protección y su publicación se justifican teniendo en cuenta que la entidad del daño se multiplica exponencialmente cuando el ataque a los derechos del menor se realiza a través de los medios de comunicación.

Claramente se supera, pues, el sistema de la LO 1/1982 (RCL 1982, 1197) , de manera que en el ámbito de las intromisiones realizadas a través de medios de comunicación, el consentimiento de los progenitores o del propio menor será -con las matizaciones que se realizarán infra- irrelevante, aunque se trate de un menor maduro, cuando pueda resultar un perjuicio para sus intereses (vid. STS 778/2000 de 19 de julio [RJ 2000, 6753] , SSAP Asturias, sec. 7ª, núm. 96/2003, de 13 de febrero [JUR 2003, 186572] y Madrid, sec. 12ª, de 30 abril 2001 [AC 2002, 250]).

Si en estos casos el consentimiento proyectado se pone en conocimiento del Ministerio Fiscal conforme a lo previsto en el art. 3 LO 1/82, éste deberá oponerse en el plazo de los ocho días concedido.

De la lectura de los preceptos citados cabe concluir con que cuando nos hallamos ante un conflicto entre la libertad de expresión o de información y el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen de los menores, la ponderación entre los derechos no debe ser la misma que cuando la protección se refiere a personas adultas, pues la libertad de expresión o de información en estos casos ha de quedar muy relativizada (SSAP Álava, sec. 1ª, núm. 293/2004, de 25 de noviembre [JUR 2005, 39764] y Valencia, sec. 9ª, núm. 145/2003, de 1 de marzo [AC 2003, 1305]). El superior interés del menor habrá de ser, a la hora de colocar en la balanza los diferentes intereses en conflicto, el de mayor peso. Esta máxima aparece con claridad en resoluciones tales como la SAP Asturias, sec. 7ª, núm. 96/2003, de 13 de febrero (JUR 2003, 186572) que considera que la salvaguarda del interés del menor se superpone «a todo otro de acuerdo con el principio recogido en el art. 2 de supremacía del interés del menor».

4 Posición del Ministerio Fiscal

El art. 4 de la LO 1/1996 (RCL 1996, 145) introduce expresamente la legitimación directa y autónoma del Fiscal, que podrá actuar de oficio o a instancia de parte. Se impone al Ministerio Fiscal la obligación de accionar en los casos en que la intromisión a que se refiere el art. 4 se produzca a través de un medio de comunicación. El Fiscal no tiene en este ámbito funcional una legitimación subsidiaria sino que deberá actuar

cuando proceda aun cuando el menor esté representado por progenitores que ejerzan adecuadamente la patria potestad.

Subyace sin duda en la Ley un interés en que la protección de los derechos de los menores trascienda o desborde al deber de protección de los titulares de la patria potestad, erigiéndose en una prestación pública, en tanto que se configura como una obligación para un órgano estatal.

Ahora bien, un arma de tan grueso calibre debe utilizarse con mesura, ponderando todos los intereses en conflicto.

Especialmente deberá valorarse si la intromisión ha contado o no con el consentimiento de los progenitores del menor no maduro. La preferencia de la LO 1/1996 por la tutela pública de los derechos al honor, intimidad e imagen del menor, debe también interpretarse sistemáticamente en relación con las facultades inherentes a la patria potestad reconocidas en los arts. 154 y 162.1 CC (LEG 1889, 27) , no pudiendo minusvalorarse generatim el papel de los padres. Por las mismas razones habrá también de valorarse si pese a tratarse de una intromisión no consentida, los representantes legales del menor se oponen motivadamente a que el Fiscal ejercite las acciones en protección de estos derechos.

A los efectos de ponderar el valor de la opinión de los padres deberán distinguirse los supuestos en los que éstos tienen privada o suspendida la patria potestad, están imposibilitados para accionar, tienen un conflicto de intereses con los hijos o adoptan una irrazonable actitud de inhibición o pasividad, de aquellos otros supuestos en los que se trata de progenitores en pleno y adecuado ejercicio de las funciones derivadas de la patria potestad.

Habrà de ser regla general la intervención del Ministerio Fiscal en supuestos de ataques al honor, intimidad y propia imagen de menores desamparados, de menores que sin estar declarados en desamparo son inadecuadamente tratados por sus progenitores, de menores carentes de representantes legales o de menores en conflicto de intereses con sus representantes legales.

Habrà de ser excepción la intervención autónoma del Fiscal cuando el menor afectado tenga progenitores en pleno uso de las facultades inherentes a la patria potestad, y que -sin que concurra conflicto de intereses con el menor- sean contrarios a que se entablen acciones en defensa del mismo. Esta excepción habrá de estar basada en una cualificada intensidad lesiva de la intromisión.

Para apuntalar esta pauta, no ha de olvidarse que en el vuelco legislativo que la LO 1/1996 (RCL 1996, 145) ha supuesto respecto de la LO 1/1982 (RCL 1982, 1197) en relación con las potestades de los progenitores puede inferirse que el Legislador contempla especialmente los supuestos de progenitores con conflictos de intereses con sus hijos. Así, la Exposición de Motivos de esta Ley declara que «... se pretende proteger al menor, que puede ser objeto de manipulación incluso por sus propios representantes legales o grupos en que se mueve».

A la hora de decidir si al amparo del art. 4 de la LO 1/1996, procede emprender acciones debe, pues, valorarse la posición de los progenitores en los casos en que éstos actúen adecuadamente respecto del menor, a fin de aquilatar si las circunstancias del caso concreto integran una «difusión contraria al interés del menor». Habrán de evitar los Sres. Fiscales injerencias improcedentes en las facultades inherentes a la patria potestad, procurando no incurrir en la paradoja de accionar contra la voluntad de los padres que prefieren soslayar la posible mayor difusión de la información que muchas veces se deriva del seguimiento de un proceso judicial. En este sentido habrá de ponderarse en su caso el riesgo y el impacto que pueda generar el denominado *strepitus fori* por lo que cuando sea previsible su concurrencia cabrá, dependiendo de las concretas circunstancias concurrentes, adoptarse la decisión de no ejercitar las acciones correspondientes, en salvaguarda del principio del superior interés del menor. La Fiscalía General del Estado en su informe al Anteproyecto de Ley de Derechos del Menor - antecedente prelegislativo inmediato de la LO 1/1996 que ya contemplaba la irrelevancia del consentimiento del menor y la legitimación autónoma del Ministerio Fiscal- ya postuló esta modulación en el ejercicio de acciones.

Del mismo modo, aunque la LO 1/96 debilita la eficacia justificadora del consentimiento del menor (art. 4.3 inciso final), la concurrencia del mismo debe sopesarse en cada caso, a la hora de concretar si se ha producido un perjuicio para sus intereses. No debe olvidarse que la propia Exposición de Motivos de la Ley considera que la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos y que la LO 1/1996 parte de una concepción de los menores como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social. No puede por tanto asumirse una interpretación conforme a la cual se elimine radicalmente la facultad de los menores maduros de ejercitar los derechos de la personalidad, tan ligados al libre desarrollo de la misma. No puede hacerse tabla rasa de los principios generales que articulan la capacidad del menor maduro en nuestro ordenamiento (art. 162 CC [LEG 1889, 27]) ni de los propios principios que inspiran la LO 1/1996, entre otros la obligación de dar audiencia al menor (art. 3 LO 1/1996) y el canon hermenéutico que obliga a interpretar restrictivamente las limitaciones a su capacidad de obrar (art. 2 LO 1/1996).

Este derecho del menor a ser oído, como *prius* en la labor para concretar cuál sea su interés se reconoce también en el art. 12 CDN y en la mayoría de las Leyes autonómicas sobre menores.

Por ello, habrá de oírse al menor antes de decidir sobre el ejercicio de acciones. Frente a una voluntad decididamente contraria del menor maduro no procederá ejercitar acciones en su nombre salvo que así lo requiera la propia entidad de la lesión de sus derechos o salvo que tras la audiencia del menor se llegue a la conclusión de que carece de madurez para autodeterminarse en la materia.

Debe recordarse en este punto la doctrina del TC que aprecia vulneración del art. 24.1 CE (RCL 1978, 2836) en los supuestos en los que el órgano judicial prescinde de otorgar un trámite específico de audiencia al menor cuando éste goza ya de suficiente juicio antes de resolver (SSTC núm. 152/2005, de 6 junio [RTC 2005, 152] y núm. 221/2002, de 25 noviembre [RTC 2002, 221]).

También es conveniente traer en este punto a colación las directrices que incorpora la Circular 3/1998, de 23 de diciembre (RCL 1999, 1102) , sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la nueva Ley de lo Contencioso-Administrativo, que expresamente hace en su ámbito una invocación general a la prudencia a la hora de promover demandas de protección de derechos fundamentales: «no cabe abrigar dudas sobre la legitimación del Ministerio Fiscal para emprender acciones en caso de actuaciones lesivas de los derechos fundamentales. Y en tal sentido ha de pronunciarse, superadas anteriores vacilaciones, la Fiscalía General del Estado... No obstante, el Fiscal ponderará cuidadosamente el juego de los intereses concurrentes en cada caso y en principio deberá tomar conocimiento de la opinión de los particulares presuntamente afectados por la lesión, abriendo un cauce preliminar de información para audiencia de los afectados con el objeto de valorar la oportunidad y pertinencia de la impugnación del actuar administrativo. Los señores Fiscales harán por ello un uso prudente y ponderado de las facultades de legitimación inicial que en este ámbito jurisdiccional cabe reconocer al Ministerio Público».

Debe evitarse cualquier atisbo de arbitrariedad, riesgo cierto en una regulación en la que en principio se confía al Ministerio Fiscal la evaluación de los actos de los medios de comunicación que son o no contrarios a los intereses del menor, concepto que puede presentar en algunos casos contornos difusos.

Por otro lado, en la decisión a adoptar sobre si se presenta o no demanda también deberá tenerse en cuenta que las acciones del Fiscal en protección de los derechos del menor contra un medio de comunicación tienen un valor que trasciende del caso concreto para generar efectos preventivo generales, previniendo comportamientos similares por otros medios e irradiando mecanismos inhibitorios erga omnes.

La decisión del Fiscal de emprender y de mantener las acciones civiles debe estar presidida por el principio del superior interés del menor. En algunos casos pueden confluir intereses contrapuestos entre el interés de la justicia en que hechos que lesionan la intimidad del menor sean civilmente sancionados, con el consiguiente valor ejemplificativo y el interés del concreto menor afectado, que puede verse gravemente lesionado por el propio decurso del proceso. En estos casos, la labor de ponderación del Fiscal habrá decididamente de decantarse por la prevalencia de este último interés.

No obstante, antes de resolver sobre estos intereses en oposición habrán de tenerse presentes los mecanismos previstos en nuestro ordenamiento procesal para que el proceso en el que es parte o interviene el menor se desarrolle con las mínimas perturbaciones posibles para éste (art. 9.1 párrafo segundo LO 1/1996 [RCL 1996, 145] , art. 138.2, 365.2 y párrafo final de la regla 4ª del art. 770 LECiv [RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892] , añadido por la reforma operada por Ley 15/2005 de 8 julio [RCL 2005, 1471]).

No debe tampoco olvidarse que a la hora de calificar una conducta como atentatoria contra los intereses del menor deben analizarse todos los elementos concurrentes en cada caso, por lo que tratar de decantar pautas rígidas es labor estéril cuando no contraproducente, pues «no pueden hacerse aquí generalizaciones sobre reportajes en que aparecen menores de edad y dar conceptos abstractos sobre si atenta a su intimidad y a su imagen» (STS núm. 287/2003, de 26 de marzo [RJ 2003, 2596]).

5 Especial referencia a la protección de la imagen del menor

Los usos sociales y la propia conducta del afectado han de tenerse presentes, en cada caso concreto, para definir si hay o no la lesión (art. 2.1 LO 1/1982 [RCL 1982, 1197]) Sin embargo, cuando la intromisión tiene lugar a través de un medio de comunicación y afecta a un menor, vista la reducida operatividad que se reconoce a su consentimiento, no cabrá privarle de protección en base a una posible conducta exhibicionista del mismo, y menos aún, de la de sus progenitores o de otros familiares.

El rigor con el que se tutelan estos derechos hace que no legitime la utilización de la imagen del menor sin recabar consentimientos ni el hecho de que la misma se captara en una plaza pública ni que se empleara en una campaña publicitaria promovida por un ente público en una causa de interés general (STS núm. 816/1996, de 7 de octubre [RJ 1996, 7058]). Tampoco legitima la utilización de la imagen del menor sin recabar consentimientos el hecho de que la publicación fuese editada por una Comunidad Autónoma y que tuviera por objeto una «información educativa» carente de toda finalidad crematística o económica (STS núm. 888/1992, de 19 de octubre [RJ 1992, 8082]).

La imagen del bebé también es digna de protección pese a que los cambios fisiológicos que necesariamente operarán en el mismo harán muy difícil su ulterior identificación y consiguientes perjuicios (SAP Madrid, sec. 18ª, de 10 noviembre 1998, recurso de Apelación núm. 700/1996 [AC 1998, 2254]). No obstante habrá de tenerse presente esta circunstancia a la hora de modular las peticiones de indemnización que, en su caso, se articulen en la demanda.

En principio, como declara la SAP Madrid, sec. 9ª, núm. 210/2005, de 19 de abril (AC 2005, 973) «la intromisión ilegítima del derecho a la propia imagen se produce... por la publicación de la fotografía del menor, con independencia de que las noticias que se acompañen a dicha fotografía puedan ser o no perjudiciales para el menor... sin que sea necesario para que exista dicha intromisión, que al lado de la utilización de la imagen de la persona, se recojan comentarios o expresiones que supongan un menoscabo en la fama o dignidad de la persona».

Pero en todo caso, no debe olvidarse que el derecho a la propia imagen a la vez que tiene una dimensión como derecho fundamental, puede tener otra de carácter estrictamente patrimonial (v. gr. supuestos en los que habiéndose celebrado un contrato de cesión de aspectos relativos a la propia imagen, mediante precio, surgen ex post desavenencias en la ejecución del mismo). Cuando la controversia afecte exclusivamente a intereses patrimoniales, sin otra repercusión en el interés del menor, no será procedente la intervención del Ministerio Fiscal.

6 Protección de los derechos del menor y derecho a emitir y recibir información veraz

El pórtico para abordar esta problemática ha de ser la afirmación de que como los demás derechos fundamentales, el derecho a comunicar y a recibir libremente información no es un derecho absoluto (STC núm. 138/1996, de 16 de septiembre [RTC 1996, 138]).

Debe partirse de las siguientes pautas generales y comunes, exigibles para calificar de legítimo el ejercicio del derecho a informar:

1º Cuando la actividad informativa se quiere ejercer sobre ámbitos que pueden afectar a otros bienes constitucionales, como la intimidad, es preciso, para que su proyección sea legítima, que lo informado resulte de interés público, pues sólo 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 (SSTC núm. 171/1990, de 12 de noviembre [RTC 1990, 171] , núm. 20/1992, de 14 de febrero [RTC 1992, 20] y núm. 121/2002, de 20 de mayo [RTC 2002, 121]). El ejercicio de la libertad de información se justifica en relación con su conexión con asuntos públicos de interés general por las materias a las que se refieren y por las personas que en ellas intervienen (SSTC núm. 107/88 [RTC 1988, 107] , núm. 138/1996, de 16 de septiembre [RTC 1996, 138]).

2º Cuando resulta afectado el derecho a la intimidad no es primordial la cuestión de si la noticia fue, en este caso, veraz o no, pues la veracidad no es paliativo, sino presupuesto, en todo caso, de la lesión (SSTC núm. 197/1991, de 17 de octubre [RTC 1991, 197] , núm. 20/1992, de 14 de febrero [RTC 1992, 20] , núm. 115/2000, de 5 de mayo [RTC 2000, 115] , núm. 185/2002, de 14 de octubre [RTC 2002, 185] , núm. 127/2003, de 30 de junio [RTC 2003, 127]).

3º El derecho a informar, al venir reconocido como medio de formación de la opinión pública, solamente puede legitimar las intromisiones en otros derechos fundamentales que guarden congruencia con esa finalidad, careciendo de efecto legitimador cuando se ejercite de modo desmesurado y exorbitante al fin en atención al cual la Constitución (RCL 1978, 2836) le atribuye especial protección (SSTC núm. 138/1996, de 16 de septiembre [RTC 1996, 138] , núm. 185/2002, de 14 de octubre).

4º Es necesario proceder a una previa acotación de los derechos y libertades que entran realmente en conflicto pues la importancia de los criterios que han de ser tenidos en cuenta al afrontar la ponderación de los derechos y libertades en colisión varía notablemente según se trate de la libertad de expresión o de información, por un lado, y de la protección del derecho al honor, la intimidad o a la propia imagen, por otro (SSTC 46/2002, de 25 de febrero [RTC 2002, 46] , núm. 148/2002, de 15 de julio [RTC 2002, 148] , núm. 127/2003, de 30 de junio).

5º La relevancia pública de la información no puede confundirse con el difuso objeto de un inexistente derecho a satisfacer la curiosidad ajena (SSTC núm. 20/1992, de 14 de febrero [RTC 1992, 20] , núm. 134/1999, de 15 de julio [RTC 1999, 134]). Es esa relevancia comunitaria -y no la simple satisfacción de la curiosidad ajena- 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 núm. 171/1990, de 12 de noviembre [RTC 1990, 171] , núm. 20/1992, de 14 de febrero, núm. 134/1999, de 15 de julio, núm. 121/2002, de 20 de mayo [RTC 2002, 121] , núm. 185/2002, de 14 de octubre, núm. 127/2003, de 30 de junio).

Así, es antijurídica una información relativa a los detalles de una adopción y de sus protagonistas, porque no posee relevancia pública al no servir al interés general en la información, y porque no se refiere a un asunto público entendido como acontecimiento que afecta al conjunto de los ciudadanos (STC núm. 134/1999, de 15 de julio).

El tratamiento informativo del menor debe, además, estar presidido por ese principio general de protección reforzada de sus derechos a la intimidad y a la propia imagen. Desde esta perspectiva, cuando los mismos estén inmersos en hechos noticiosos que efectivamente tengan relevancia pública deberán preservarse sus derechos cuando su aparición en los medios pueda serle perjudicial.

La STC núm. 62/1982, de 15 de octubre (RTC 1982, 62) ha resaltado el valor de la protección de la infancia como uno de los límites constitucionales expresamente establecidos para el ejercicio de los derechos reconocidos en el art. 20: «el legislador puede fijar restricciones... dentro de la cual se comprende muy señaladamente -hasta el punto de que la Constitución (RCL 1978, 2836) alude expresamente a ello- la protección de la juventud y de la infancia».

En este mismo sentido declara el TC que el legítimo interés de los menores a que no se divulguen datos relativos a su vida personal o familiar, viene a erigirse en «límite infranqueable al ejercicio del derecho a comunicar libremente información veraz» (SSTC núm. 134/1999, de 24 de mayo; núm. 127/2003, de 30 de junio).

El principio del interés del menor como límite infranqueable tanto a la libertad de expresión como al derecho fundamental a comunicar libremente información veraz es asumido por el Tribunal Supremo «incluso, aunque la noticia merezca el calificativo de información neutral» (STS núm. 704/2004, de 30 de junio [RJ 2004, 4286]).

En la ponderación a realizar necesariamente debe tenerse presente un interés mas: el superior interés del menor, que además y conforme al art. 2 de la LO 1/1996 (RCL 1996, 145) debe primar sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. En este sentido declara la SAP Murcia, sec. 4ª, núm. 106/2000, de 15 de abril (JUR 2000, 156259) la «incuestionable primacía del interés del hijo... preferencia que no decae ante el indudable interés social también perseguido, y sin duda obtenido, con el reportaje litigioso». También merece reseñarse la SAP Barcelona, sec. 11ª, de 16 de octubre de 2002, rec. 46/2001 que proclama «la incuestionable primacía del interés del hijo menor, valor prevalente».

Determinadas informaciones de interés público que justificarían la identificación de los protagonistas como parte de la noticia no la justifican cuando tal protagonista es menor de edad. En estos casos si la difusión de la misma puede ser contraria a sus intereses lo procedente será limitar los datos identificativos a las iniciales del nombre del menor. Al tratar del requisito de la relevancia pública y la inserción en la noticia de los datos o señas de identidad de las personas intervinientes en el hecho, la STS núm. 321/2001, de 29 de marzo (RJ 2001, 6637) , tras declarar con carácter general que el derecho de información no tiene limitaciones que puedan imponer los órganos jurisdiccionales, tales como los datos de identidad, pues «la información comprende toda la noticia, no parte de ella», reconoce no obstante que «la limitación puede ser impuesta

por Ley, como las relativas a los menores que impone el art. 4.2 y 4.3 de la Ley Orgánica 1/1996 (RCL 1996, 145) ...».

En este sentido, se han considerado antijurídicas informaciones que, aun referidas a hechos noticiosos, incluyen la identidad del menor, conteniendo la noticia aspectos negativos para el mismo (STS núm. 631/2004, de 28 de junio [RJ 2004, 4279] , SAP Asturias, sec. 7ª núm. 96/2003, de 13 de febrero [JUR 2003, 186572]).

Para armonizar el derecho a informar y los derechos del menor habrá de partirse de que estará justificada la difusión de información veraz y de interés público aunque afecte a un menor siempre que no sea contraria a sus intereses. También estará justificada la difusión de información veraz y de interés público pese a que afecte a un menor y aunque sea contraria a sus intereses siempre que se empleen los medios precisos para garantizar su anonimato. Es admisible ilustrar la noticia con imágenes, siempre que se utilicen medios técnicos que distorsionen los rasgos faciales. El derecho a la información puede preservarse con la adopción de las cautelas que en cada caso dicten las circunstancias, tales como no incluir el nombre ni la imagen del menor, o distorsionar el rostro de modo que sea imposible su identificación, o no aportar datos periféricos que puedan llevar a su identificación.

Siguiendo estas pautas se ha considerado ajustada a derecho la información sobre menores veraz y de interés público cuando se adoptan cautelas tales como aplicar una franja negra cubriendo los ojos en las imágenes publicadas identificándolos sólo por las iniciales (SAP Barcelona sec. 16ª, de 1 junio 1999 [AC 1999, 1506] ; en el mismo sentido, SAP Sevilla, sec. 6ª, núm. 99/2004, de 23 de febrero [JUR 2004, 105596] y Madrid, sec. 13ª, núm. 83/2003, de 14 de noviembre [AC 2004, 1165]).

Paradigmática a estos efectos es la STS núm. 717/2004, de 7 de julio (RJ 2004, 5273) , cuando declara que «el sujeto pasivo era una menor, cuyos derechos merecen una especial protección, por lo que los mismos no debían ser sacrificados aunque se tratase de comunicar una información exenta de ánimo de lucro y hasta socialmente relevante por la finalidad que pretendía. Igualmente ha de tenerse en cuenta que existen procedimientos técnicos para evitar la identificación de la interesada, a los cuales no se recurrió en el supuesto de autos, pudiendo haberlo hecho».

Tampoco debe incurrirse en extremismos injustificados. Ha de partirse de que tanto los menores como los medios de comunicación forman parte de la sociedad y de la vida ordinaria, y de que la especial tutela del honor, intimidad e imagen de los menores no implica la expulsión de éstos de los medios. Incluso deben admitirse supuestos para los que no sean necesarios ni consentimientos ni autorizaciones, cuando la afectación a los derechos sea irrelevante si, de acuerdo con los usos sociales, la emisión de la imagen o ciertos datos del menor puede considerarse totalmente inocua para sus intereses.

En este sentido puede considerarse ilustrativa la SAP Valencia, sec. 7ª núm. 86/2002, de 13 de febrero (JUR 2002, 114678) , que declara que «la utilización de la imagen de la menor, captada en la vía pública en un acto de alta participación popular, no atenta contra su derecho a la imagen, no sólo porque el foto metraje es respetuoso con la menor, pues aparece vestida de fallera en el acto de la ofrenda, sino, también, porque dicha imagen es captada en un acto de masiva participación popular, resaltando

el carácter accesorio, pues aparece tan sólo unos segundos, introduciendo el apartado dedicado la ofrenda, al igual que el resto de los apartados son introducidos por un fotomontaje alegórico de su contenido... el caso que se enjuicia no participa de los mínimos requisitos para el reconocimiento de la vulneración del derecho ya que la imagen de la menor fue captada en la vía pública al participar en los actos falleros, no constituyendo el objeto principal de la divulgación de imágenes...».

En el bien entendido que se trata ésta de una materia casuística por definición, en la que consiguientemente cada caso concreto habrá de resolverse mediante la técnica de ponderación, pueden darse los siguientes criterios generales:

1) La Fiscalía no actuará de oficio ni apoyará la demanda de padres o tutores contra un medio que difunda imágenes de un menor cuando se trate de informaciones relativas al mundo infantil tales como inauguraciones del curso escolar, visitas de autoridades a centros infantiles, desfiles de moda infantil, estrenos de películas o presentaciones de libros para niños siempre que las propias circunstancias que rodeen al programa o a la información excluyan el perjuicio para los intereses de los menores y en tanto la imagen aparezca como accesorio de la información principal.

2) No habrá de considerarse con carácter general antijurídica la difusión de imágenes de menores en lugares públicos, cuando aparezcan de manera meramente casual o accesorio de la información principal. Así por ejemplo, informaciones sobre lugares abiertos al público acompañadas de tomas generales en las que aparezcan los usuarios; o tomas de espectáculos públicos, conciertos o similares (siempre que tales lugares o actos no presenten aspectos negativos cuya asociación con la imagen del menor pudiera reportarle a éste perjuicios).

3) Si la difusión casual o accesorio de la imagen del menor se vincula a lugares, personas o actos con connotaciones negativas, habrán de utilizarse técnicas de distorsión de la imagen para evitar que el mismo pueda ser identificado (v. gr. reportaje sobre barriada en la que se vende droga, o sobre consumo de alcohol entre adolescentes, supuesto este último específicamente tratado en la STS núm. 677/2004, de 7 de julio [RJ 2004, 5106] o sobre prostitución masculina, abordado por el ATC núm. 5/1992, de 13 de enero [RTC 1992, 5 AUTO]).

4) La difusión de noticias veraces y de interés público que afecten a menores de edad y que pueda generarles un daño a su reputación, intimidad o intereses, estará amparada por el ordenamiento siempre que no sean éstos identificados (mediante empleo de sistemas de distorsión de imagen o voz, utilización de iniciales, y mediante la exclusión de datos que directa o indirectamente lleven a la identificación del menor).

En el tratamiento informativo de menores víctimas de delitos debe partirse de que no hay ninguna duda en orden a la conveniencia de que la comunidad sea informada sobre sucesos de relevancia penal, y ello con independencia de la condición de sujeto privado de la persona o personas afectadas por la noticia (SSTC núm. 178/1993, de 31 de mayo [RTC 1993, 178] , núm. 320/1994, de 28 de noviembre [RTC 1994, 320] ; núm. 154/1999, de 14 de septiembre [RTC 1999, 154] , núm. 185/2002, de 14 de octubre [RTC 2002, 185]) y de que reviste relevancia o interés público la información sobre los resultados positivos o negativos que alcancen en sus investigaciones las fuerzas y

cuerpos de seguridad del Estado, especialmente si los delitos cometidos entrañan una cierta gravedad o han causado un impacto considerable en la opinión pública, extendiéndose aquella relevancia o interés a cuantos datos o hechos novedosos puedan ir descubriéndose, por las más diversas vías, en el curso de las investigaciones dirigidas al esclarecimiento de su autoría, causas y circunstancias del hecho delictivo (SSTC núm. 219/1992, de 3 de diciembre [RTC 1992, 219] ; núm. 232/1993, de 12 de julio [RTC 1993, 232] , núm. 52/2002, de 25 de febrero [RTC 2002, 52] , núm. 121/2002, de 20 de mayo [RTC 2002, 121] , núm. 185/2002, de 14 de octubre).

Sin embargo, cuando la información revela datos sobre la víctima y permiten su completa identificación, exceden de cuanto puede tener trascendencia informativa y por ello ese contenido concreto de la información no merece la protección constitucional que otorga el art. 20.1 d) CE (RCL 1978, 2836) (SSTC núm. 185/2002, de 14 de octubre, núm. 127/2003, de 30 de junio [RTC 2003, 127]).

Pues bien, la necesidad de preservar la identidad de la víctima se intensifica cuando la misma es menor de edad.

Especialmente rigurosos en cuanto a la preservación de la identidad de la víctima habrán de ser los señores Fiscales cuando además de ser ésta menor de edad, los hechos investigados, enjuiciados o sentenciados se refieran a delitos contra la libertad sexual, por la misma índole de este tipo de informaciones y en tanto pueden originar devastadores efectos en la evolución de las víctimas, multiplicando los daños generados por los hechos en sí. En estos casos deben redoblar las garantías. Habrá de evitarse no solo la identificación por nombre y apellidos de las víctimas menores y la captación de su imagen sino también la información sobre datos colaterales (identificación de su familia próxima, imágenes de su domicilio etc.) que sean aptos para facilitar la identificación de las víctimas (SSTC núm. 127/2003, de 30 de junio y núm. 185/2002, de 14 de octubre, SAP Madrid, sec. 25ª, núm. 90/2004, de 17 de febrero [JUR 2004, 250227] y SAP Madrid, sec. 10ª núm. 1095/2004, de 30 de noviembre [AC 2005, 105] , SAP Oviedo, sec. 1ª de 9 de febrero de 1995).

Mención aparte merece el supuesto de la publicación, para ilustrar una información sobre hechos noticiosos, de la fotografía de un menor fallecido. En estos casos, aun manteniéndose un interés jurídico digno de protección, si la publicación ha contado con el consentimiento de los que en vida del menor eran sus representantes legales, no procederá el ejercicio de acciones por parte del Ministerio Fiscal.

7 Menores y progenitores con notoriedad pública

El art. 8.2 a) de la LO 1/82 (RCL 1982, 1197) dispone que el derecho a la propia imagen no impedirá su captación, reproducción o publicación por cualquier medio, cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público.

La tutela de los derechos a la intimidad y a la propia imagen se debilita, proporcionalmente, como límite externo de las libertades de expresión e información cuando sus titulares son personas públicas o con notoriedad pública, estando obligadas

por ello a soportar un cierto riesgo de que sus derechos resulten afectados por opiniones sobre cuestiones de interés general (SSTC núm. 99/2002, de 6 de mayo [RTC 2002, 99] , núm. 112/2000, de 5 de mayo [RTC 2000, 112] , núm. 49/2001, de 26 de febrero [RTC 2001, 49] , núm. 115/2000, de 5 de mayo [RTC 2000, 115] ; STEDH caso Tammen, del 6 de febrero de 2001 [TEDH 2001, 81]).

No obstante, las anteriores afirmaciones deben inmediatamente ser matizadas en el sentido de que si bien los personajes con notoriedad pública inevitablemente ven reducida su esfera de intimidad, no es menos cierto que, más allá de ese ámbito abierto al conocimiento de los demás su intimidad permanece y, por tanto, el derecho constitucional que la protege no se ve minorado en el ámbito que el sujeto se ha reservado y su eficacia como límite al derecho de información es igual a la de quien carece de toda notoriedad (SSTC núm. 83/2002, de 22 de abril [RTC 2002, 83] , núm. 134/1999, de 15 de julio [RTC 1999, 134] , núm. 115/2000, de 5 de mayo [RTC 2000, 115] . En el mismo sentido, STS núm. 674/2004, de 7 de julio [RJ 2004, 5237]).

También debe recordarse que aunque la noticia se refiera a un personaje público, cuando lo divulgado o la crítica vertida vengan acompañadas de expresiones formalmente injuriosas o se refieran a cuestiones cuya revelación o divulgación es innecesaria para la información y crítica relacionada con el desempeño del cargo público, la actividad profesional por la que el individuo es conocido o la información que previamente ha difundido, ese personaje es a todos los efectos, un particular como otro cualquiera que podrá hacer valer su derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen frente a esas opiniones, críticas o informaciones lesivas del art. 18 CE (RCL 1978, 2836) (SSTC núm. 134/1999, de 15 de julio, núm. 171/1990, de 12 de noviembre [RTC 1990, 171] y núm. 197/1991, de 17 de octubre [RTC 1991, 197] , entre otras).

Pero además en este punto debe respetarse el principio general de que la notoriedad pública como factor modulador de la intensidad del derecho a la intimidad y a la propia imagen en cada caso solamente es aplicable a los progenitores que estén revestidos de tal nota, sin que quepa transferir tales efectos a sus hijos menores, como por lo demás han asumido tanto el TC (vid. STC núm. 134/1999, de 15 de julio) como el TS (vid. STS Sala 1ª, núm. 782/2004, de 12 de julio [RJ 2004, 4343]) como la jurisprudencia menor (vid. SSAP Madrid, sec. 9ª, núm. 210/2005, de 19 de abril [AC 2005, 973] , Madrid, sec. 25ª núm. 94/2004, de 17 de febrero [JUR 2004, 250224] y Barcelona, sec. 11ª, de 16 de octubre de 2002, rec. 46/2001 [JUR 2003, 105156]).

Los Sres. Fiscales habrán de partir, pues, de que los menores hijos de personajes famosos son, sin más, menores, y como tales con derecho al mismo grado de protección frente a la curiosidad ajena, sean cuales sean las actividades a que se dediquen sus progenitores o la dejación que éstos hayan hecho de sus derechos.

Los casos de personajes públicos que explotan el relato de sus intimidades, incluyendo en éstos las de sus hijos, habrán de ser tratados por el Fiscal, de acuerdo con el principio del superior interés del menor y de su legitimación autónoma, de modo y manera que, ponderando las circunstancias concurrentes, procederán en su caso a entablar la correspondiente demanda en interés del menor y contra sus progenitores y el medio.

Los supuestos de reproducción de imágenes de menores cuando van acompañados de sus progenitores -personajes públicos- deben contar para que sean ajustados a Derecho con el consentimiento de éstos o del menor maduro, siempre que no sean contrarias a sus intereses. En caso de difundirse tales imágenes sin ningún tipo de consentimiento y sin emplear mecanismos de distorsión de la imagen, podrán, previa ponderación de las circunstancias concurrentes, ejercitarse las correspondientes acciones civiles.

En todo caso habrá de tenerse presente que la utilización de mecanismos de distorsión de la imagen no habrá de llevar a calificar automáticamente la inmisión como conforme a Derecho. Debe partirse de que en ocasiones, la previa operación de captación de la imagen del menor ya de por sí supone un antijurídico atentado a su intimidad, aunque la imagen captada no llegue a reproducirse o a publicarse y aunque consiguientemente no se produzca la consumación de la lesión al derecho a la propia imagen. El acoso, abordaje o seguimiento por reporteros, fotógrafos o cámaras del personaje famoso cuando el mismo está acompañado de sus hijos menores y en ámbitos de la vida privada (traslados al colegio, a actividades recreativas, paseos privados, asistencias a parques infantiles etc.) puede ser en sí gravemente lesivo para los mismos y por tanto, puede requerir del ejercicio de acciones por parte del Ministerio Fiscal en defensa de la intimidad del menor. Desde esta perspectiva adquiere toda nitidez la construcción de este derecho -distinto del derecho a la propia imagen- sobre lo que en los orígenes de su depuración dogmática el Juez Cooley llamó «the right to be let alone», «el derecho a que nos dejen en paz».

En este punto debemos hacer un recordatorio de algunos aspectos del derecho a la intimidad en la doctrina constitucional, que implica en cuanto derivación de la dignidad de la persona reconocida en el art. 10.1 CE (RCL 1978, 2836) , la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana (SSTC núm. 231/1988, de 2 de diciembre [RTC 1988, 231] , 197/1991, de 17 de octubre [RTC 1991, 197] ; 57/1994, de 28 de febrero [RTC 1994, 57] ; 143/1994, de 9 de mayo; 207/1996, de 16 de diciembre; 156/2001, de 2 de julio [RTC 2001, 156] ; 127/2003, de 30 de junio [RTC 2003, 127] , núm. 196/2004, de 15 de noviembre [RTC 2004, 196] , entre otras).

El art. 18.1 CE confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido (SSTC núm. 73/1982, de 2 de diciembre [RTC 1982, 73] ; 110/1984, de 26 de noviembre [RTC 1984, 110] ; 231/1988, de 2 de diciembre [RTC 1988, 231] ; 197/1991, de 17 de octubre, 115/2000, de 5 de mayo [RTC 2000, 115] y núm. 196/2004, de 15 de noviembre [RTC 2004, 196] , entre otras). De ello se deduce que el derecho fundamental a la intimidad personal otorga cuando menos una facultad negativa o de exclusión, que impone a terceros el deber de abstención de intromisiones salvo que estén fundadas en una previsión legal que tenga justificación constitucional y que sea proporcionada (SSTC núm. 44/1999, de 5 de abril [RTC 1999, 44] ; 207/1996, de 16 de diciembre [RTC 1996, 207] ; 292/2000, de 30 de noviembre [RTC 2000, 292] ; 70/2002, de 3 de abril [RTC 2002, 70]) o que exista un consentimiento eficaz que lo autorice, pues corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que

reserva al conocimiento ajeno (SSTC núm. 83/2002, de 22 de abril [RTC 2002, 83] , núm. 196/2004, de 15 de noviembre, entre otras).

El art. 18.1 CE (RCL 1978, 2836) impide, por tanto, las injerencias en la intimidad «arbitrarias o ilegales». De lo que se concluye que se vulnerará el derecho a la intimidad personal cuando la penetración en el ámbito propio y reservado del sujeto no sea acorde con la Ley, no sea eficazmente consentida o, aun autorizada, subvierta los términos y el alcance para el que se otorgó el consentimiento, quebrando la conexión entre la información personal que se recaba y el objetivo tolerado para el que fue recogida (SSTC núm. 110/1984, de 26 de noviembre [RTC 1984, 110] , núm. 196/2004, de 15 de noviembre).

Si esta doctrina es aplicable a cualquier persona, tanto mas lo será si es menor y por tanto amparado por la hiperprotección que brinda nuestro ordenamiento, sea o no hijo de persona con dimensión pública.

En supuestos extremos cabrá entender que los menores que por sí puedan considerarse personas públicas o con notoriedad pública (artistas menores, por ejemplo) también pueden entrar dentro del ámbito de aplicación del art. 8.2 a), LO 1/82 (RCL 1982, 1197) . Pero incluso en estos supuestos tal precepto habría de interpretarse de forma estricta en cuanto a la subordinación de las captaciones a que tengan lugar durante un acto público o en lugares abiertos al público. Incluso la captación en lugares abiertos al público habrá de tamizarse a través del principio del superior interés del menor, de modo que en ningún caso quedarían justificadas actividades de captación de la imagen que pudieran perturbar el decurso de la vida cotidiana del menor en ámbitos alejados de su dimensión pública o cuando vinieran acompañados de actos de acoso, o seguimiento desproporcionados. De nuevo en estos supuestos aunque no sufra el derecho a la propia imagen, puede ser gravemente dañado el derecho del menor a que se respete su intimidad.

8 Actuaciones preprocesales

El párrafo último del art. 5 EOMF (RCL 1982, 66) , en su redacción dada por la Ley 14/2003 de 26 mayo (RCL 2003, 1387) dispone que también podrá el Fiscal incoar diligencias preprocesales encaminadas a facilitar el ejercicio de las demás funciones que el ordenamiento jurídico le atribuye.

Por tanto, quedan superadas las dudas que se planteaban por la anterior inexistencia de una disposición expresa que permitiera al Fiscal tener un soporte para realizar actuaciones preparatorias a la presentación de una demanda civil. Consiguientemente podrán los Sres. Fiscales utilizar estas diligencias para recabar los datos que consideren de interés para preparar la demanda civil o, incluso, para decidir si tal demanda debe o no presentarse.

Este cauce será también el adecuado para oír al menor y en su caso a los progenitores, cuando proceda, para valorar todas las circunstancias antes de decidir el ejercicio de acciones.

Debe también recordarse que conforme al art. 10 de la LO 1/1996 (RCL 1996, 145) el menor puede poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las situaciones que considere que atentan contra sus derechos con el fin de que promueva las acciones oportunas. Estas puestas en conocimiento también habrán de dar lugar a la incoación de las correspondientes diligencias preprocesales.

9 Régimen procesal

Conforme al art. 249.4º LECiv (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) se decidirán en el juicio ordinario cualquiera que sea su cuantía las pretensiones sobre tutela del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. En estos procesos será siempre parte el Ministerio Fiscal y su tramitación tendrá carácter preferente.

Contra la sentencia que se dicte en segunda instancia cabrá en todo caso recurso de casación, conforme a lo dispuesto en el vigente art. 477.2.1º LECiv. De aprobarse el Anteproyecto de Ley en materia de casación actualmente en tramitación, el nuevo art. 478 exigirá en todo caso como presupuesto de la casación que el recurso presente interés casacional.

Por otra parte, debe recordarse que aunque el artículo 524.5 LECiv (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) establece que «la ejecución provisional de las sentencias en que se tutelen derechos fundamentales tendrán carácter preferente», la propia ordenanza procesal en su artículo 525, establece un elenco de sentencias que específicamente quedan excluidas de la ejecución provisional; entre otras los pronunciamientos de carácter indemnizatorio de las sentencias que declaren la vulneración de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, exclusión fruto de la reciente reforma legislativa operada por la Ley Orgánica 19/2003 (RCL 2003, 3008) , de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1578, 2635) .

Habrà de tenerse en cuenta que conforme al art. 52.1.6º LECiv, será competente territorialmente el tribunal del domicilio del demandante, y cuando no lo tuviere en territorio español, el tribunal del lugar donde se hubiere producido el hecho que vulnere el derecho fundamental de que se trate. Este fuero es imperativo, conforme a lo dispuesto en el art. 54.1 LECiv, no cabiendo por tanto sumisión, ni expresa ni tácita. Este nuevo fuero trata de reforzar la posición jurídica del demandante, normalmente la parte procesal más débil en el pleito contra el medio de comunicación, permitiéndole entablar el combate procesal ante los Juzgados de su propio domicilio.

Claro es que cuando el Fiscal asuma la posición de demandante, tales criterios deben reinterpretarse.

Deberán los Sres. Fiscales partir de que en tanto el Fiscal está legitimado en defensa de intereses ajenos, y en tanto el titular de la pretensión procesal es el menor cuyos derechos se han conculcado, sería en principio competente el Juez del domicilio del menor afectado por la información.

Existirán supuestos en los que en atención bien al domicilio del menor en el extranjero o bien incluso al desconocimiento del domicilio de éste, tal criterio no sea aplicable. En estos casos en tanto en cuanto el Ministerio Fiscal no tiene propiamente

domicilio, habrá de aplicarse la regla subsidiaria: el lugar donde se hubiere producido el hecho que vulnere el derecho fundamental de que se trate. Por tanto, habrá de presentar la demanda la Fiscalía del lugar donde se hubieran producido los hechos y lo deberá hacer conforme al fuero territorial de la localidad en donde se editó la publicación o se emitió el programa de radio o de televisión.

La Fiscalía territorial que venga en conocimiento de hechos que en principio pueden obligar al ejercicio de acciones, a través de las diligencias preprocesales habrá de practicar gestiones para determinar el fuero aplicable, remitiéndolas, en su caso, a la Fiscalía que conforme a los criterios expuestos supra pueda considerarse competente.

De suscitarse controversia entre diferentes Fiscalías, por razón de la competencia para conocer de los hechos, habrán de aplicarse mutatis mutandis los criterios establecidos por la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 2/2000, de 27 de diciembre (RCL 2001, 814) , de manera que de no existir acuerdo en sus comunicaciones, se remitirá copia de ella con informe para su resolución al Fiscal Jefe de la Fiscalía del TSJ, si la misma fuera órgano fiscal superior común. De lo contrario, la remisión se efectuará a la Fiscalía General del Estado. El superior jerárquico sin más trámites decidirá lo que proceda en orden a la atribución de competencia.

10 Petitum

Conforme al artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982 (RCL 1982, 1197) la existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima y la indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido, valorándose también el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma.

La labor evaluadora de los perjuicios es esencialmente casuística, debiendo tenerse presente todas las circunstancias concurrentes, tanto en el perjudicado como en el responsable civil y la extensión y difusión del acto de intromisión.

La indemnización a solicitar es siempre a favor de los menores cuyos derechos han sido transgredidos. En este punto habrán de tener en cuenta los Sres. Fiscales que si los padres del menor también han sido demandados habrán de interesarse simultáneamente la adopción de medidas para garantizar una administración leal de la suma que se obtenga. Entre estas posibles medidas cabría adoptar la de interesar el ingreso de la indemnización en régimen de plazo fijo bancario hasta la mayoría de edad, o el nombramiento de administrador judicial, conforme a lo dispuesto en el art. 167 CC (LEG 1889, 27) . No debe olvidarse que el art. 158.4 CC proporciona una sólida base para que el órgano jurisdiccional adopte las disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.

11 Derecho a que se dé difusión de la sentencia

Conforme al art. 9.2 LO 1/82 (RCL 1982, 1197) la tutela judicial comprenderá... la difusión de la sentencia.

Sin embargo, las características propias de los menores hacen necesario matizar la aplicación de tal precepto.

La difusión de la sentencia en el medio generalmente no contribuirá a la reparación del daño, sino que, por el contrario, puede trasladar de nuevo a la opinión pública los hechos que se han considerado perjudiciales para el menor. Dependiendo de las concretas circunstancias concurrentes los Sres. Fiscales postularán, bien una publicación parcial de la sentencia, evitando perjuicios al menor, bien pura y llanamente, interesarán la no aplicación del art. 9.2 LO 1/1982 cuando la publicación en sí pueda ser contraria al superior interés del menor. En este sentido se han pronunciado las SSAP Madrid, sec. 13ª núm. 83/2003, de 14 de noviembre (AC 2004, 1165) , Madrid, sec. 19ª 193/1999, de 11 de marzo y Sevilla, sec. 6ª núm. 99/2004, de 23 de febrero (JUR 2004, 105596) .

No obstante debe también tenerse en cuenta que en otros supuestos la publicación de la sentencia será adecuada -y especialmente útil como mecanismo inhibitorio de reiteraciones por parte del medio- por no arrastrar adicionales consecuencias negativas para el menor (v. gr. supuestos de intromisiones en la propia imagen no acompañadas de lesiones al honor ni a la intimidad).

12 Sujetos responsables

Ni la LO 1/1982 (RCL 1982, 1197) ni la LO 1/1996 (RCL 1996, 145) abordan la determinación de los sujetos responsables en la intromisión en los casos en los que el ataque al derecho fundamental tiene lugar a través de medios de comunicación, supuestos en los que pueden intervenir en el resultado una pluralidad de personas.

En esta labor de determinación de los responsables frente a los que interponer la correspondiente demanda, los Sres. Fiscales habrán de atender con carácter general a las pautas que a continuación se exponen, sin perjuicio de ponderar en cada caso concreto las circunstancias concurrentes.

En primer lugar debe tenerse presente que la Ley 14/1966, de 18 de marzo (RCL 1966, 519) , de Prensa e Imprenta dispone en su art. 65.2 que «la responsabilidad civil por actos u omisiones ilícitos, no punibles, será exigible a los autores, directores, editores, impresores e importadores o distribuidores de impresos extranjeros, con carácter solidario».

La vigencia de este precepto ha sido afirmada con reiteración, tanto por el Tribunal Constitucional (SSTC núm. 171 [RTC 1990, 171] y núm. 172/1990 [RTC 1990, 172] , ambas de 12 de noviembre) como por la jurisprudencia del TS (vid. STS núm. 1216/1998, de 22 de diciembre [RJ 1998, 10151] y las en ella citadas).

Recientemente ha vuelto a declarar el TS siguiendo las SSTC 171 (RTC 1990, 171) y 172/1990 (RTC 1990, 172) que «el artículo 65.2 de la Ley de 1966 (RCL 1966, 519) no es incompatible con la libertad de expresión y el derecho a la libre información... porque la responsabilidad civil solidaria del director del medio y del editor se justifica en su respectiva culpa, ya que ninguno de ellos son ajenos al contenido de la información y opinión que el periódico emite; el director tiene el derecho de veto sobre ese contenido y

a la empresa editora le corresponde la libre designación del director» (STS núm. 734/2003, de 10 de julio [RJ 2003, 4624]).

La jurisprudencia aplica la responsabilidad solidaria y sucesiva o «en cascada» establecida en el art. 65.2 de la Ley 14/1966 de 18 de marzo, de Prensa e Imprenta, en armonía con los principios generales de responsabilidad extracontractual extraídos de los arts. 1902 y siguientes del CC (LEG 1889, 27) , estructurando un sistema de solidaridad pasiva de los intervinientes conforme al régimen de los arts. 1144 y 1145 CC.

Incluso esta conclusión puede obtenerse sin necesidad de acudir al art. 65.2, como declara la STS núm. 796/2004, de 7 de julio (RJ 2004, 5107) , de 4 de noviembre. En efecto, sin necesidad de utilizar este precepto, la solidaridad entre la dirección del medio y la empresa editora puede fundamentarse en que comparten la responsabilidad y en que al derivarse de un ilícito extracontractual, impera la solidaridad pasiva, siendo compatible y aplicable la normativa de los arts. 1902 y ss. CC.

Puede aplicarse analógicamente la disposición contenida en el art. 65.2 de la Ley de Prensa al ámbito de la radiodifusión. La norma contempla un supuesto semejante y entre ambos existe una identidad de razón, sin que se trate por su naturaleza de aplicar una Ley penal que impidiese el uso de la analogía (SSTS de 23 de julio de 1990 [RJ 1990, 6164] y 20 de mayo de 1993 [RJ 1993, 3810]). Estos mismos criterios pueden trasladarse a otros medios audiovisuales.

La solidaridad permite accionar frente a cualquiera de los responsables y, por ende, no precisa se demande a todos (SSTS núm. 69/2004, de 13 de febrero [RJ 2004, 1131] , núm. 704/2004, de 30 de junio [RJ 2004, 4286] ; núm. 734/2003, de 10 de julio [RJ 2003, 4624] , núm. 1216/1998, de 22 de diciembre [RJ 1998, 10151]).

Entre los responsables del acto ilícito se incluye a la empresa propietaria del medio (SSTS núm. 69/2004, de 13 de febrero [RJ 2004, 1131] , núm. 1216/1998, de 22 de diciembre [RJ 1998, 10151]) pues «la empresa propietaria, que actúa como soporte económico y organizativo del medio de comunicación, se halla vinculada a la responsabilidad que generan sus dependientes, empleados, representantes, o apoderados, y, entre éstos muy cualificadamente el director del medio» (STS núm. 359/1990, de 22 de abril).

Es también evidente la responsabilidad propia y autónoma de los medios tanto gráficos como audiovisuales al difundir imágenes captadas por sus propios colaboradores o empleados o adquiridas a otros, sean agencias, profesionales libres e incluso particulares. Por ello «las cadenas de televisión... dedican cada vez más tiempo de su programación a difundir imágenes de personas más o menos famosas captadas por agencias o profesionales libres y que no pocas veces son las mismas en todas las cadenas, sin que ello pueda suponer el desplazamiento de la responsabilidad del medio que publica las imágenes a la agencia que se las cedió ni a la persona que las tomó o grabó, pues la experiencia demuestra que cada cadena de televisión, a la hora de editar y emitir las imágenes adquiridas, adopta las decisiones que considera más oportunas en orden a la mayor o menor identificabilidad de cada persona afectada» (STS núm. 697/2004, de 9 de julio [RJ 2004, 4664]).

A la hora de deslindar responsabilidades en medios radiofónicos o audiovisuales son interesantes las pautas que utiliza la STS núm. 744/2004, de 5 de julio (RJ 2004, 4852) , que valora el hecho de que «el director organizó el programa, eligió el tema, lo anunció, trajo al entrevistado, le hizo preguntas, en cuyo contenido ofensivo se insistió» por ello concluye el TS con que «no puede pretenderse que queda al margen de lo que se dijo, por cuanto ordenó su emisión y aceptó el contenido; su responsabilidad es directa». En los casos en los que las funciones de dirección y presentación no coincidan en una misma persona la responsabilidad puede alcanzar al presentador del programa de televisión o de radio cuando por las circunstancias concurrentes pueda afirmarse que tenía el dominio funcional del hecho (vid. SAP de Madrid, secc. 19, núm. 193/1999, de 11 de marzo).

No obstante, la responsabilidad del impresor con buen criterio se relativiza pues «en la observación lógica de la realidad no se da culpa "in vigilando" ni culpa "in eligendo" en una empresa dedicada a la imprenta de publicaciones, cuando la impresión se refiere... a una publicación conocida y de ámbito nacional»; sin que sobre parte de dicha publicación pueda estimarse que en la imprenta existe dominio sobre el contenido de sus reportajes... De ahí que no proceda la posible solidaridad... cuando se ha dado la individualización de las conductas (STS núm. 796/2004, de 7 de julio [RJ 2004, 5107]).

El régimen de solidaridad ante intromisiones llevadas a cabo desde los medios de comunicación es el que mas contribuye a una eficaz protección de los derechos del perjudicado, habiendo sido asumido también en el art. 212 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) , conforme al cual en los casos en los que la propagación tenga lugar por medio de la imprenta, la radiodifusión o por cualquier otro medio de eficacia semejante «será responsable civil solidaria la persona física o jurídica propietaria del medio informativo a través del cual se haya propagado la calumnia o injuria».

13 Internet y los derechos al honor, intimidad y propia imagen del menor

La extraordinaria expansión de las redes de telecomunicaciones y, en especial, de Internet como vehículo de transmisión e intercambio de todo tipo de información está generando sin duda innumerables ventajas, en todos los ámbitos de la vida.

Sin embargo son también evidentes las posibilidades de que su uso desemboque en comportamientos antijurídicos. Entre estos comportamientos antijurídicos por lo que ahora interesa debe ponerse el acento en los ataques a los derechos al honor, intimidad y propia imagen del menor a través del contenido de páginas web.

El art. 8.1 de la Ley 34/2002 de 11 de julio (RCL 2002, 1744, 1987) de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (en adelante, LSSI) dispone que en caso de que un determinado servicio de la sociedad de la información atente o pueda atentar contra los principios que la Ley recoge, los órganos competentes para su protección, en ejercicio de las funciones que tengan legalmente atribuidas, podrán adoptar las medidas necesarias para que se interrumpa su prestación o para retirar los datos que los vulneran. Entre tales principios en la letra d) se incluye el de la protección de la juventud y de la infancia.

Aparte de la responsabilidad propia del autor y titular de la página web en la que se inserten los contenidos atentatorios contra los derechos del menor deberán tener presente los Sres. Fiscales que la LSSI establece también las obligaciones y responsabilidades de los prestadores de servicios que realicen actividades de intermediación como las de transmisión, copia, alojamiento y localización de datos en la red. En general, éstas imponen a dichos prestadores un deber de colaboración para impedir que determinados servicios o contenidos ilícitos se sigan divulgando (arts. 11 y 14 a 16 LSSI).

La LSSI parte del principio de no imponer a los prestadores de servicios la obligación de realizar actividades de control y supervisión de los datos que se transmiten o se almacenan, teniendo en cuenta que cuantitativamente son ingentes. Como contrapeso, simultáneamente se les impone a estos prestadores un deber de colaboración para evitar la comisión de delitos o actividades ilícitas en la red en cuanto tomen conocimiento de ellas, retirando e imposibilitando el acceso de aquella información que sea así calificada con la debida diligencia. Estos principios ya se contenían en la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información. Esta misma Directiva también establecía como objetivo prioritario el de garantizar un alto nivel de protección de los objetivos de interés general y, en especial, la protección de los menores y la dignidad humana.

A tales efectos, los Sres. Fiscales, cuando dentro del ámbito de aplicación de la LSSI, tengan conocimiento de la existencia de una página web con contenidos que exijan el ejercicio de acciones conforme a lo dispuesto en la LO 1/1996 (RCL 1996, 145) , en el curso de las Diligencias que incoen, se dirigirán formalmente al prestador de servicios, comunicándole los contenidos que se estiman antijurídicos y advirtiéndole que de no retirar dichos contenidos en el plazo prudencial que se señale, se procederá al ejercicio de las correspondientes acciones en defensa de los derechos del menor.

De no atenderse al requerimiento, la demanda que en su caso se interponga podrá dirigirse además de contra el autor y titular de la página web en la que se inserten los contenidos atentatorios contra los derechos del menor, contra el prestador del servicio.

14 Conclusiones

1º El art. 4.2 de la LO 1/96 (RCL 1996, 145) prevé la legitimación directa y autónoma del Fiscal, que podrá actuar de oficio o a instancia de parte para proteger los derechos de los menores al honor, la intimidad y la propia imagen en los casos en que la intromisión se produzca a través de un medio de comunicación. El Fiscal no tiene una posición de subsidiariedad sino que podrá actuar aun cuando el menor esté representado por sus progenitores, incluso aun contra la voluntad de éstos o del menor.

2º Esta amplia legitimación deberá en todo caso utilizarse con prudencia, ponderando todos los intereses en conflicto. Especialmente habrá de valorarse si la intromisión ha contado o no con el consentimiento del menor maduro o de los progenitores del menor no maduro. Deberá también valorarse si pese a tratarse de una intromisión no consentida, el menor maduro o sus representantes legales se oponen motivadamente a que el Fiscal ejercite las acciones en protección de estos derechos.

Habrá de ser excepci3n la intervenci3n aut3noma del Fiscal cuando el menor afectado tenga progenitores en pleno uso de las facultades inherentes a la patria potestad, y que -sin que concurra conflicto de intereses con el menor- sean contrarios a que se entablen acciones en defensa del mismo.

3^o El tratamiento informativo del menor debe inspirarse en el principio general de protecci3n reforzada de sus derechos a la intimidad y a la propia imagen. En la ponderaci3n a realizar necesariamente debe tenerse presente el superior inter3s del menor, que además y conforme al art. 2 de la LO 1/1996 debe primar sobre cualquier otro inter3s legítimo que pudiera concurrir.

4^o Cuando los hechos en los que se vea inmerso el menor sean asuntos públicos de inter3s estará justificada la difusi3n de la noticia, pero con la adopci3n de las cautelas que en cada caso dicten las circunstancias para evitar que el mismo se vea perjudicado (no incluir el nombre ni la imagen, o distorsionar su rostro de modo que sea imposible su identificaci3n, no aportar datos perif3ricos que puedan identificarlo, etc.).

5^o Especialmente rigurosos en cuanto a la preservaci3n de la identidad de la víctima habrán de ser los señores Fiscales cuando además de ser 3sta menor de edad, los hechos investigados, enjuiciados o sentenciados se refieran a delitos contra la libertad sexual. Habrán de considerarse en estos supuestos antijurídicos no solo la identificaci3n por nombre y apellidos de las víctimas menores y la captaci3n de su imagen sino tambi3n la informaci3n sobre datos colaterales al menor que sean aptos para facilitar su identificaci3n.

6^o En el bien entendido que se trata 3sta de una materia casuística por definici3n, en la que consiguientemente cada caso concreto habrá de resolverse mediante la t3cnica de ponderaci3n, pueden darse los siguientes criterios generales:

1) La difusi3n de la imagen de un menor en un medio de comunicaci3n exige contar con el consentimiento del menor maduro o de sus representantes legales.

2) Aún contando con los preceptivos consentimientos, si la difusi3n de la identidad o de la imagen del menor puede considerarse contraria a sus intereses, la intromisi3n será en principio ilegítima.

3) No procederá en general el ejercicio de acciones por el Ministerio Fiscal ante emisi3n de programas o la publicaci3n de fotografías en los que aparezcan menores, en actividades con dimensi3n pública tales como concursos, debates, musicales, actividades deportivas etc., siempre que las propias circunstancias que rodeen la publicaci3n excluyan el perjuicio para los intereses de los mismos.

Tampoco procederá en general el ejercicio de acciones por el Ministerio Fiscal ante la difusi3n de imágenes de menores en lugares públicos, cuando aparezcan de manera meramente casual o accesoria de la informaci3n principal y siempre que tales lugares o actos no presenten aspectos negativos.

4) Si la difusión casual o accesoria de la imagen del menor se vincula a lugares, personas o actos con connotaciones negativas, habrán de utilizarse técnicas de distorsión de la imagen para evitar que el mismo pueda ser identificado.

7º Los Sres. Fiscales habrán de partir de que los menores hijos de personajes famosos son, sin mas, menores. Estos menores tienen derecho al mismo grado de protección que cualquier otro menor frente a la curiosidad ajena.

La reproducción de imágenes de menores en compañía de sus padres-personajes públicos debe también contar para que sea ajustada a Derecho con el consentimiento de los representantes legales o del menor maduro.

El acoso, abordaje o seguimiento por reporteros, fotógrafos o cámaras del personaje Público cuando el mismo está acompañado de sus hijos menores en ámbitos de la vida privada puede ser en sí gravemente lesivo para los mismos y por tanto, puede requerir del ejercicio de acciones por parte del Ministerio Fiscal en defensa de la intimidad del menor, aunque la imagen captada no llegue a ser reproducida o publicada o se publique utilizando mecanismos de distorsión.

8º En principio, cuando los menores puedan por sí considerarse personas públicas o con notoriedad pública, el derecho a la intimidad y a la propia imagen no impedirá su captación, reproducción y publicación si se realiza durante un acto público o en lugares abiertos al público. Pero incluso en los supuestos de captación en lugares abiertos al público, para que la misma sea legítima habrá de respetar el principio del superior interés del menor, de modo que en ningún caso quedarían justificadas actividades de captación de la imagen que perturbaran la vida cotidiana y privada del menor o que estuvieran acompañados de actos de acoso o seguimiento lesivos para su intimidad.

9º Los Sres. Fiscales podrán incoar diligencias preprocesales como soporte para realizar actuaciones preparatorias a la presentación de una demanda civil, para recabar los datos que consideren de interés para prepararla o, incluso, para decidir si tal demanda debe o no presentarse. Este cauce será también el adecuado para oír al menor y/o a los progenitores, cuando proceda, para valorar todas las circunstancias antes de decidir el ejercicio de acciones.

10º Habrán de entender los Sres. Fiscales que la competencia vendrá dada por el domicilio del menor afectado por la información. En los supuestos en los que este criterio no sea aplicable, la regla subsidiaria para determinar la competencia será la del lugar donde se hubiere producido el hecho que vulnere el derecho fundamental. Habrá, pues, de presentar la demanda la Fiscalía del domicilio del menor y en su defecto, la del lugar en donde se editó la publicación o se emitió el programa de radio o de televisión.

11º Respecto de la indemnización que en su caso se solicite habrán de tener en cuenta los Sres. Fiscales que si los padres del menor también han sido demandados deberán interesarse simultáneamente la adopción de medidas para garantizar una administración leal de la suma que se obtenga.

En razón de todo lo expuesto, con el propósito de cumplir las obligaciones que en relación con los derechos al honor, intimidad y propia imagen de los menores impone

nuestro ordenamiento jurídico al Ministerio Público, los Sres. Fiscales se atenderán, en lo sucesivo a las prescripciones de la presente Instrucción.

Madrid, 15 de marzo de 2006

El Fiscal General del Estado

Excmos. e Ilmos Sres. Fiscales Jefes.

RTC 2006\11

Sentencia Tribunal Constitucional núm. 11/2006 (Sala Primera), de 16 enero

Jurisdicción: Constitucional

Recurso de Amparo núm. 5310/2002.

Ponente: D. Manuel Aragón Reyes.

DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS: Medidas restrictivas: proporcionalidad de la medida: juicio de proporcionalidad: requisitos: a) adecuación de la medida para conseguir el objetivo perseguido (juicio de idoneidad); b) necesidad de la medida por no existir otra menos gravosa (juicio de necesidad); c) ponderación y equilibrio de la medida por derivarse más ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad). **INSTITUCIONES PENITENCIARIAS:** Régimen penitenciario: retención respecto de un interno condenado por delito de terrorismo de tres números de la revista «Kale Gorria»: motivación de la decisión de retención en razones de seguridad y tratamiento individualizado del interno: idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida de retención a efectos de alcanzar la finalidad perseguida, por cuanto razonablemente cabe entender que los números de la revista retenidos podían contener subrepticamente alguna información, datos, instrucción o mensaje destinado al demandante o a otros internos, que comprometieran directa o indirectamente el derecho a la vida e integridad física de personas, a su libertad personal, así como al tratamiento de los recursos en orden a su reeducación y inserción social: vulneración inexistente del derecho fundamental a recibir información.

Recurso de amparo contra Auto, de 31-07-2002, de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Palencia, desestimatorio del recurso de apelación interpuesto contra Auto, de 14-05-2002, del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 2 de Castilla y León, confirmatorio en reforma del Auto, de 19-04-2002, desestimatorio de queja del recurrente en amparo contra la retención de tres número de una revista por parte del centro penitenciario. Vulneración del derecho fundamental a la información: inexistencia: denegación de amparo.

Texto:

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, don Javier Delgado Barrio, don Roberto García-Calvo y Montiel, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL ReY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 5310-2002, promovido por don Jon Koldo A. B., representado por la Procuradora de los Tribunales doña María Elvira Encinas Lorente y asistido por la Letrada doña Alicia Ríos Sánchez, ambas designadas de oficio, contra el Auto de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Palencia de 31 de julio de 2002, desestimatorio del recurso de apelación núm. 288-2002, interpuesto contra el Auto de 14 de mayo de 2002 del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 2 de Castilla y León que, a su vez, confirma en reforma el Auto de de 19 de abril de 2002 (asunto núm. 5099-2001), que desestima la queja del recurrente contra la retención de los núms. 1, 2 y 3 de la revista «Kale Gorria» por parte del centro penitenciario La Moraleja, de Dueñas (Palencia). Han intervenido el Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado. Ha sido Ponente el Magistrado don Manuel Aragón Reyes, quien expresa el parecer de la Sala.

I. ANTECEDENTES

1 Mediante escrito registrado en este Tribunal el 14 de noviembre de 2002, se interpuso el recurso de amparo al que hace referencia el encabezamiento, que trae causa de los siguientes hechos:

a) El recurrente de amparo, interno en el centro penitenciario La Moraleja (Dueñas, Palencia) en cumplimiento de condena por delitos de pertenencia a banda armada, atentados y tenencia de explosivos, presentó el 8 de octubre de 2001 un escrito al director de dicho centro solicitando los ejemplares de los números 1 y 2 de la revista «Kale Gorria», retenidos el día anterior en el paquete de ropa enviado por sus familiares, así como la entrega del correspondiente resguardo cada vez que se le retenga algo, a los efectos de poder reclamar lo retenido. Con fecha 10 de octubre presentó ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 2 de Castilla y León un escrito de queja contra la dirección del centro penitenciario por no dejar pasar a través del paquete de ropa mensual la revista «Kale Gorria», publicación que, según dicho escrito, no había sido retenida en anteriores ocasiones, como tampoco lo habían sido los ejemplares del diario «Gara», e invocando el derecho fundamental a recibir información. Con fecha 23 de octubre el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria incoó el expediente núm. 5099-2001 y solicitó el correspondiente informe al director del centro penitenciario.

b) El 28 de octubre de 2001 el recurrente presentó un nuevo escrito a la dirección del centro solicitando la entrega del núm. 3 de dicha publicación, remitido en el paquete de ropa enviado por sus familiares el día anterior. El 29 de octubre el centro penitenciario emitió una diligencia de notificación comunicándole que «por razones de seguridad le ha sido retenida la revista Kale Gorria núm. 3». Contra esta notificación el recurrente presentó el mismo día una nueva queja ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 2 de Castilla y León en similares términos a la anterior, que ha sido sustanciada en el marco del mismo expediente núm. 5099-2001.

c) El día 8 noviembre, y en respuesta a su solicitud de informe, el director del centro penitenciario comunicó al Juez de Vigilancia Penitenciaria que «por parte del Servicio de Comunicaciones no se autorizó la entrada de la revista, de acuerdo con lo establecido en

una comunicación realizada por Coordinación de Seguridad Penitenciaria el 19.09.01, en el que se informaba que esta revista "Kale Gorria" puede considerarse sucesora de la publicación "Ardi Beltza" que dirigiera el periodista vinculado con la banda terrorista ETA José Benigno R. R. (Pepe Rei), y que fue clausurada por el Juez de la Audiencia Nacional D. Baltasar Garzón el pasado día 27.04.01». Asimismo, se señala que «comunica Coordinación de Seguridad Penitenciaria, revisado el contenido de los números 1 y 2 de la citada revista "Kale Gorria", [que] no se considera conveniente por razones de seguridad su entrega a los internos destinatarios».

d) El 28 de diciembre de 2001 el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria instó a la dirección del establecimiento penitenciario a informar sobre si la revista en cuestión disponía de depósito legal o le había sido retirado. El 14 de enero de 2002 tuvo entrada en el registro de dicho Juzgado fotocopia remitida por el centro penitenciario del depósito legal correspondiente al núm. 3 de la revista «Kale Gorria».

e) Por Auto de 19 abril 2002 el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 2 de Castilla y León desestimó la queja del interno en relación con la retención de la revista «Kale Gorria» en aplicación de los artículos 51 y concordantes de la Ley Orgánica General Penitenciaria y de considerar, «visto el informe del Centro Penitenciario», que la entrada de la revista en cuestión «puede repercutir en la seguridad, buen orden del establecimiento o razones de tratamiento», de lo cual «se desprende que la actuación de la Administración Penitenciaria ha sido correcta, no objetivándose abuso de poder o desviación en el ejercicio de sus funciones» y, «consecuentemente, tampoco vulneración alguna de derechos fundamentales del interno».

f) En el recurso de reforma contra el precitado Auto el recurrente adujo la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE [RCL 1978, 2836]) por no habersele dado traslado del informe del centro penitenciario que motivó la medida de retención de la revista, así como por la demora del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria en resolver el recurso de queja. Asimismo alegaba la lesión del derecho a recibir información veraz [art. 20.1 d) CE] porque la medida de retención de la revista «Kale Gorria», confirmada en la vía judicial, se fundamenta en la desconfianza que suscita por estar escrita en euskera y en conjeturas basadas en apreciaciones infundadas sobre números anteriores de la revista retenida, que es de libre circulación en el exterior, y no en una resolución motivada del equipo de observación y tratamiento del centro penitenciario, tal y como exige el art. 58 de la Ley General Penitenciaria (RCL 1979, 2382) . El Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 2 desestimó el recurso de reforma por Auto de 14 de mayo de 2002, al considerar que «por el momento no concurren circunstancias modificativas que pueden tomarse en consideración para la reforma de la resolución recurrida, no obstante las alegaciones del interno, visto el informe del ministerio público».

g) En el posterior recurso de apelación, presentado con la asistencia de Letrado de oficio, el recurrente, reiterando los argumentos expuestos ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, alegó, entre otras cuestiones que carecen de interés a efectos del presente recurso de amparo, la lesión de su derecho a recibir información veraz, porque la medida de retención de la revista se basa en preceptos del Reglamento Penitenciario no aplicables al caso; porque la medida fue adoptada sin seguir el cauce procedimental previsto en el art. 128.1 del Reglamento Penitenciario (RCL 1996, 521, 1522) , por no

existir una resolución motivada de la Junta de Tratamiento a tal efecto; porque la citada revista, de libre circulación en el exterior de la prisión, no había sido objeto de ninguna medida de secuestro o clausura judicial; y porque el informe del centro relativo a la misma se basa en presunciones sin fundamento. La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Palencia desestimó dicho recurso por Auto de 31 de julio de 2002, razonando que los preceptos aplicables al caso son los arts. 58 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y 128.2 del Reglamento Penitenciario, que la medida impugnada afecta a un recluso condenado a 30 años de prisión por muy graves delitos de terrorismo, ha sido notificada al recurrente y al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, y se ha dictado por razones de seguridad. En este sentido se razona por la Audiencia que la medida de retención de la revista «Kale Gorria» («Calle Roja») no obedece, como insinúa el recurrente, a que esté escrita en euskera, sino a que, por razones de seguridad y buen orden de un establecimiento penitenciario, no se considera conveniente, por su contenido y significación, que sea de libre circulación entre los internos destinatarios de la misma, al reputarse como sucesora de la publicación «Ardi Beltza» («Oveja Negra»), clausurada el 27 de abril de 2000 por resolución de un Juzgado Central de Instrucción, por lo que la medida resulta ajustada al art. 128.2 del Reglamento Penitenciario.

2 Tras la designación de Letrado y Procurador de oficio, el 14 de noviembre de 2002 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal demanda de amparo contra los Autos referidos de la Audiencia Provincial de Palencia y del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 2 de Castilla y León.

Considera el recurrente, en primer lugar, que se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE [RCL 1978, 2836]) como consecuencia de la incorrecta aplicación e interpretación de los arts. 58 de la Ley Orgánica General Penitenciaria (RCL 1979, 2382) (en adelante LOGP) y 128.2 del Reglamento Penitenciario (RCL 1996, 521, 1522) (en adelante RP) porque, además de no existir una resolución motivada de la Junta de Tratamiento, las razones expuestas por el centro penitenciario para retener la revista adolecen de falta de motivación, puesto que no se concreta cuáles son los contenidos o artículos de la revista «Kale Gorria» que afectan a la seguridad del centro ni en qué consiste esa supuesta afectación. En la medida en que esta revista tiene depósito legal y es de libre circulación en el exterior de la prisión, considera el recurrente que no existen razones objetivas para retenerla, lo cual implica que los órganos judiciales no han tutelado eficazmente el derecho a la información del recurrente, restringido injusta e ilegalmente por el centro penitenciario.

Alega en segundo lugar el recurrente, con invocación del art. 20.1.a) y d), en relación con el art. 20.5, CE, la vulneración de su derecho a recibir libremente información veraz, conectándolo con el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), «el contenido esencial de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (LEG 1948, 1) (art. 10.2 CE)», y el art. 25.2 CE, que reconoce el acceso a la cultura y el desarrollo integral de la personalidad de los reclusos, porque la medida de retención de la revista carece de justificación, toda vez que se fundamenta en el informe de coordinación de seguridad penitenciaria de 19 de septiembre de 2001, basado en meras suposiciones y presunciones, a lo que se añade que la revista en cuestión no ha sido clausurada ni secuestrada por autoridad judicial alguna, y que las resoluciones impugnadas no indican qué artículos de la revista atentan contra la seguridad del centro penitenciario.

Por todo ello se insta por el recurrente la declaración de nulidad de los Autos impugnados, del informe emitido por el centro penitenciario en relación con la retención de la revista, y de la propia medida de retención, así como que se declare su derecho a recibir la revista y a que le sea efectivamente entregada.

3 Por providencia de 25 de marzo de 2004 y en virtud de lo dispuesto en el art. 50.3 LOTC (RCL 1979, 2383) la Sección Primera del Tribunal Constitucional acordó conceder un plazo de diez días al Ministerio Fiscal y al recurrente de amparo a los efectos de presentar alegaciones en relación con la posible carencia manifiesta de contenido constitucional de la demanda de amparo. Mediante escrito registrado el 21 de abril de 2004, el Fiscal interesó la admisión a trámite del recurso de amparo exclusivamente por lo que a la eventual vulneración del art. 20.1 d) CE (RCL 1978, 2836) se refiere. No habiendo el recurrente de amparo presentado alegaciones, la Sección Primera del Tribunal decidió admitir a trámite el recurso de amparo por providencia de 3 de junio de 2004, acordando, conforme a lo dispuesto en el art. 52 LOTC, dar vista de las actuaciones por un plazo común de veinte días al Ministerio Fiscal, al Procurador del demandante de amparo y al Abogado del Estado, para que dentro de dicho plazo presentasen las alegaciones que a su derecho conviniesen.

4 El Abogado del Estado, mediante escrito registrado en este Tribunal el 18 de junio de 2004, instó la denegación del amparo tanto desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva como del derecho a recibir información.

En cuanto al art. 24.1 CE (RCL 1978, 2836) , y después de considerar que el planteamiento de la demanda es inadecuado en la medida en que este derecho tiene un ámbito propio y diferente al del derecho a recibir información, se descarta la existencia de una falta de motivación de las resoluciones impugnadas, puesto que las razones de la medida de retención de la revista están muy claras y se basan en el art. 128.2 RP (RCL 1996, 521, 1522) . Considera el Abogado del Estado, en este sentido, que la justificación de dicha medida no tiene por qué contener indicación de las expresiones o artículos concretos que justifican la aplicación de dicho precepto, pues ello podría resultar imposible (v. gr., en caso de mensajes encubiertos) o contradictorio con la propia finalidad limitativa de su divulgación entre los internos.

Por lo que respecta al derecho fundamental a recibir información y partiendo de su carácter en todo caso limitable en aras de la seguridad y buen orden del centro penitenciario, el Abogado del Estado considera que, como en toda medida de seguridad o preventiva, lo que se trata de evitar no son riesgos ciertos, sino daños presumibles o simplemente posibles. Desde esta perspectiva, y una vez descartado que en este caso se esté ante un supuesto de secuestro judicial en cuanto que no se trata de una medida general, sino de una medida concreta que afecta a una única persona, se considera satisfecho el requisito de la intervención judicial (aunque absorbida en la mecánica del recurso como consecuencia de la rapidez de la queja del recurrente). Finalmente, la invocación de los arts. 10.1, 10.2 y 25.2 CE se rechaza dado que carece de un mínimo desarrollo que permita determinar su preciso alcance.

5 Por escrito registrado en este Tribunal el 24 junio 2004 el Ministerio Fiscal presentó sus alegaciones, interesando la estimación del recurso de amparo, con

declaración de nulidad de las resoluciones judiciales, así como de la resolución del Servicio de comunicaciones de aplicar al recurrente la decisión de 19 de septiembre de 2001 de la Coordinación de seguridad penitenciaria, y el reconocimiento del derecho fundamental del recurrente a recibir libremente información [art. 20.1.d) CE (RCL 1978, 2836)]. El Ministerio Fiscal señala que la queja del recurrente ha de ser abordada exclusivamente desde la perspectiva del art. 20.1 d) CE, descartando la invocación del art. 24.1 CE, pues la exigencia de motivación de las resoluciones restrictivas de derechos fundamentales sustantivos constituye una exigencia constitucional que se deriva de estos derechos, como exigencia formal del principio de proporcionalidad y no del derecho a la tutela judicial efectiva.

Sentada esta precisión, el Ministerio Fiscal señala la analogía entre los supuestos de envíos de libros, periódicos y revistas dirigidos a los presos (art. 58 LOGP [RCL 1979, 2382]) y de las comunicaciones genéricas de los presos (arts. 51 y ss. LOGP), sobre las cuales el Tribunal Constitucional ha sentado una consolidada doctrina acerca de los requisitos para la licitud constitucional de la intervención de las comunicaciones, cifrándolos en la debida motivación (que puede obedecer a razones de seguridad, de interés del tratamiento y del buen orden del establecimiento), la proporcionalidad y el cumplimiento de la obligación de dar cuenta al Juez de Vigilancia Penitenciaria, así como de la notificación al interno afectado, y el establecimiento de un límite temporal de la medida (SSTC 104/2000 [RTC 2000, 104] , 175/2000 [RTC 2000, 175] , 106/2001 [RTC 2001, 106] y 194/2002 [RTC 2002, 194]). Teniendo en cuenta que la motivación de las medidas restrictivas de derechos constituye el único medio que permite controlar la constitucionalidad de dichas medidas, concluye el Ministerio Fiscal que la motivación de las resoluciones judiciales recurridas es manifiestamente insuficiente. En este sentido, alude al carácter genérico de las referencias a la seguridad del centro penitenciario, a la ausencia de una valoración de las particulares circunstancias del recurrente, así como de indicar los artículos que ponen en riesgo dicha seguridad o el éxito de su tratamiento individualizado; tampoco existe en dichas resoluciones una motivación por remisión, teniendo en cuenta que la decisión de la Coordinación de seguridad penitenciaria ni siquiera consta en las actuaciones judiciales, además de que únicamente se basa en que la misma persona había dirigido una revista previamente ilegalizada.

Por todo ello concluye el Ministerio Fiscal que el art. 20.1 d) CE ha de reputarse vulnerado. No ocurre lo mismo, en opinión del Ministerio Fiscal, en relación con la pretendida lesión del derecho a la reeducación y reinserción social derivado del art. 25.2 CE, en la medida en que la jurisprudencia constitucional ha sostenido reiteradamente que este precepto no contiene un derecho subjetivo protegible a través del recurso de amparo.

6 La representación procesal del demandante de amparo no formuló alegaciones.

7 Por providencia de 12 de enero de 2006 se acordó señalar para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 16 del mismo mes y año.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1 El presente recurso de amparo se dirige formalmente contra los Autos de 19 de abril y de 14 de mayo de 2002 del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 2 de Castilla

y León, recaídos en el expediente núm. 5099-2001 y contra el Auto de 31 de julio del mismo año de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Palencia (recurso de apelación núm. 288-2002), que desestiman los sucesivos recursos interpuestos por el recurrente en amparo contra la retención de los números 1, 2 y 3 de la revista «Kale Gorria» por parte de la dirección del centro penitenciario en el que cumple condena por delitos de terrorismo. Aunque en las resoluciones existe una cierta imprecisión sobre los números concretos de la revista a los que se refiere la medida de retención objeto de la queja del recurrente, es lo cierto que un atento examen de las actuaciones permite comprobar, como queda expuesto en los antecedentes, que la queja del recurrente sustanciada en el expediente núm. 5099-2001 y posterior recurso de apelación núm. 288-2002 atañe a los tres números indicados de la revista «Kale Gorria». A juicio del recurrente, las anteriores resoluciones judiciales vulneran los arts. 20.1 a) y d), 20.5 y 24.1 CE (RCL 1978, 2836) , así como el art. 25.2 CE en relación con los arts. 10.1 y 10.2 CE.

A los efectos de enmarcar correctamente el objeto del presente proceso constitucional, debe advertirse que la demanda de amparo adolece de una confusión de pretensiones que se proyecta sobre las resoluciones impugnadas y los derechos fundamentales cuya vulneración se alega. Por lo que respecta a las resoluciones impugnadas, cabe señalar que, si bien la demanda invoca el art. 44 LOTC (RCL 1979, 2383) y se basa principalmente en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), desde un punto de vista material no nos encontramos ante un amparo dirigido contra resoluciones judiciales a las que supuestamente se achacan vulneraciones autónomas de tal derecho, sino ante un amparo que tiene su origen en la actuación de un órgano administrativo, en este caso un centro penitenciario, cuyas pretendidas vulneraciones de derechos del recurrente no habrían sido reparadas en vía judicial. En suma, aunque la demanda de amparo insista en la insuficiente motivación de las resoluciones judiciales recurridas, invocando la vulneración del art. 24.1 CE, el presente recurso de amparo debe entenderse promovido por la vía del art. 43 LOTC.

Esta circunstancia contribuye a clarificar, por otro lado, el parámetro de control que debe ser empleado en la resolución del presente recurso, ya que permite descartar la pretendida vulneración del art. 24.1 CE. Tal y como señalan el Abogado del Estado y el Fiscal, la demanda de amparo adolece de problemas de planteamiento en este punto, puesto que se limita a achacar la anterior infracción constitucional a la insuficiente motivación de la medida de retención por parte de los órganos judiciales que se han pronunciado sobre la misma, así como por parte del centro penitenciario que adoptó dicha medida. Al margen de que la actuación del órgano administrativo no puede vincularse al derecho a la tutela judicial efectiva (por todas, SSTC 90/1985, de 22 de julio [RTC 1985, 90] , F. 4; 197/1988, de 24 de octubre [RTC 1988, 197] , F. 3; y 36/2000, de 14 de febrero [RTC 2000, 36] , F. 4), hemos señalado reiteradamente (entre otras muchas, SSTC 128/1995, de 26 de julio [RTC 1995, 128] , F. 4; 207/1996, de 16 de diciembre [RTC 1996, 207] , F. 4; y 37/1998, de 17 de febrero [RTC 1998, 37] , F. 3) que el deber de motivación de las medidas restrictivas de derechos fundamentales materiales forma parte del propio contenido de estos derechos, sin que sea necesario vincularlo al art. 24.1 CE ni siquiera cuando tales medidas deban ser autorizadas o controladas previamente por los tribunales ordinarios. Esta íntima vinculación entre la motivación y la restricción de los derechos fundamentales materiales nos ha permitido señalar de forma reiterada (SSTC 57/1994, de 28 de febrero [RTC 1994, 57] , F. 6;

49/1996, de 26 de marzo [RTC 1996, 49] , F. 2.a; y 123/1997, de 1 de julio [RTC 1997, 123] , F. 4, entre otras) que es precisamente la motivación de las medidas que inciden en el ámbito de protección de los derechos fundamentales materiales la que permite analizar su proporcionalidad y consiguiente constitucionalidad.

De ahí que el presente recurso de amparo deba analizarse no desde la perspectiva del art. 24.1 CE, sino desde la del art. 20.1 CE y, más concretamente, desde la perspectiva del derecho a recibir información veraz contemplado en la letra d) de este apartado. En efecto, aunque la demanda de amparo se refiere indistintamente a las letras a) y d) del art. 20.1 CE, es evidente que la retención de una revista que, como en el presente caso, se envía a un preso en el interior de un paquete de ropa no afecta a su libertad de expresión, sino a su derecho a recibir información.

De igual modo debe descartarse la invocada vulneración del art. 20.5 CE, porque la retención de una revista por parte del centro penitenciario en que está interno su destinatario es una medida individual, que no puede equipararse al secuestro de una publicación, que necesariamente tiene alcance general, por definición (SSTC 144/1987, de 23 de septiembre [RTC 1987, 144] , F. 3, y 187/1999, de 25 de octubre [RTC 1999, 187] , FF. 6 y 7, por todas), a lo que cabe añadir que los titulares del derecho que garantiza el art. 20.5 CE no lo son los destinatarios de la obra o publicación que se dice secuestrada, sino sus autores o distribuidores (ATC 79/1999, de 8 de abril [RTC 1999, 79 AUTO] , F. 3).

Igualmente ha de rechazarse la pretendida lesión del art. 25.2 CE, en relación con el art. 10 CE, porque la alusión al acceso a la cultura y al desarrollo integral de la personalidad por parte de los internos en centros penitenciarios, así como a su reeducación y reinserción social, no constituyen derechos subjetivos protegibles a través del recurso de amparo, sino mandatos de orientación dirigidos a los poderes públicos que, en el caso de la Administración penitenciaria y los órganos judiciales, pueden condicionar la interpretación y aplicación de la normativa penitenciaria, pero que por sí mismos no pueden sustentar demandas de amparo constitucional (por todas, SSTC 19/1988, de 16 de febrero [RTC 1988, 19] , F. 9; 150/1991, de 4 julio [RTC 1991, 150] , F. 4; 55/1996, de 28 de marzo [RTC 1996, 55] , F. 4; 234/1997, de 18 de diciembre [RTC 1997, 234] , F. 7; y 88/1998, de 21 de abril [RTC 1998, 88] , F. 3).

2 La delimitación del objeto del presente recurso de amparo que acaba de hacerse, lejos de reconstruir la demanda de amparo, permite reconducir su resolución al problema que subyace realmente a la misma y que ha presidido el debate suscitado en la vía previa. Se trata, en definitiva, de pronunciarse sobre la legitimidad constitucional de una medida concreta, la retención de tres números de la revista «Kale Gorria» por parte del centro penitenciario en que está interno el recurrente, que incide negativamente en el derecho fundamental de éste a recibir información [art. 20.1 d) CE (RCL 1978, 2836)]. La condición de preso del recurrente o la naturaleza y gravedad de los delitos por los que ha sido condenado no permiten poner en duda que el mismo sea titular del derecho a recibir información, pues, con las modulaciones y matices que sean consecuencia de lo dispuesto en la naturaleza de la relación de especial sujeción existente entre la Administración penitenciaria y los internos y la peculiaridad del marco normativo constitucional derivado del art. 25.2 CE, las personas recluidas en centros penitenciarios gozan de los derechos fundamentales previstos en el capítulo segundo del título I de la

Constitución, a excepción de los constitucionalmente restringidos, es decir, de aquéllos que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la Ley penitenciaria (por todas, SSTC 57/1994, de 28 de febrero [RTC 1994, 57] , F. 6.a; 170/1996, de 29 de octubre [RTC 1996, 170] , F. 4; y 27/2001, de 29 de enero [RTC 2001, 27] , F. 3). Desde tal perspectiva, pues, han de ser analizadas las vulneraciones que achaca el recurrente a las resoluciones administrativas e, indirectamente, a los órganos judiciales.

Por otro lado, también cabe advertir que el requisito de la veracidad de la información a que se refiere el art. 20.1 d) CE tampoco permite cuestionar la incidencia de este precepto en el presente caso, por la sencilla razón de que la veracidad de la información se refiere al emisor de la información y no a su receptor o destinatario.

Hechas las precisiones que anteceden, se trata ahora de determinar si la retención de los números 1, 2 y 3 de la revista «Kale Gorria» por parte del centro penitenciario ha vulnerado el derecho del recurrente a recibir información [art. 20.1 d) CE], lo que exige analizar si dicha medida tiene cobertura legal, ha sido suficientemente motivada y resulta idónea, necesaria y proporcionada para alcanzar la finalidad perseguida por la misma (por todas, SSTC 207/1996, de 16 de diciembre [RTC 1996, 207] , F. 4, y 123/1997, de 1 de julio [RTC 1997, 123] , F. 4).

3 Aunque en algún momento de la vía judicial previa ha existido confusión respecto a la base legal concreta que da cobertura a la retención de la revista, es lo cierto que esta medida se encuentra formalmente amparada por el art. 58 de la Ley Orgánica General Penitenciaria (LOGP) (RCL 1979, 2382) , a cuyo tenor «Los internos tienen derecho a disponer de libros, periódicos y revistas de libre circulación en el exterior, con las limitaciones que, en casos concretos, aconsejen las exigencias del tratamiento individualizado, previa resolución motivada del equipo de observación y tratamiento del establecimiento». Lo dispuesto en el citado precepto legal se reitera en su desarrollo reglamentario, contenido en el art. 128.1 del Reglamento Penitenciario (RP) (RCL 1996, 521, 1522) que añade que el interno podrá acudir en queja ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria contra la resolución del centro penitenciario que establezca limitaciones a dicho derecho. Además el art. 128.2 RP precisa que no se autorizará en ningún caso la tenencia de publicaciones que carezcan de depósito legal o de pie de imprenta (con excepción de las editadas en el propio centro penitenciario), «así como las que atenten a la seguridad y buen orden del establecimiento». En la medida en que la remisión del art. 25.2 CE (RCL 1978, 2836) a la Ley penitenciaria, cuya regulación atiende a las características, tan singulares, de la propia relación especial de sujeción a que están sometidos los presos, impide hablar de reserva absoluta de jurisdicción en relación con medidas restrictivas de los derechos fundamentales como la aquí analizada, es evidente que el centro penitenciario responsable de la medida de retención de la revista podía adoptarla formalmente amparándose en el art. 58 LOGP, desarrollado por el art. 128 RP.

Por otra parte, las irregularidades procedimentales aducidas por el recurrente, relativas a la inexistencia de la resolución motivada previa a que se refieren el art. 58 LOGP y el art. 128 RP, carecen de relevancia constitucional en el presente caso, teniendo en cuenta el carácter necesariamente cautelar de la retención de los efectos contenidos en los paquetes dirigidos a los presos. En este sentido, cabe señalar, por un lado, que las normas que disciplinan la recepción de tales paquetes (arts. 50 y 51 RP)

contemplan la posibilidad de que el centro penitenciario no autorice la entrada de objetos contenidos en su interior siempre que puedan suponer un peligro para la seguridad o la ordenada convivencia del centro, sin que ello requiera ningún informe previo. Pero además, en el presente caso ha quedado acreditado que un día después de la retención de la revista ahora reclamada el director del centro penitenciario comunicó al recurrente que dicha medida se produjo «por razones de seguridad», razones que no fueron concretadas en este momento, pero que, como se razonará a continuación, pueden considerarse complementadas por el informe remitido por dicho director al Juez de Vigilancia Penitenciaria.

4 Descartado que la retención de la revista haya supuesto una vulneración de las exigencias derivadas del principio de legalidad, el segundo requisito que debe ser analizado es el de su motivación a la luz del principio de proporcionalidad. El deber de motivación de las resoluciones judiciales limitativas de los derechos fundamentales no encuentra su fundamento constitucional en la genérica obligación de motivación de todas las resoluciones judiciales que resulta del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1, en relación con el art. 120.3 CE [RCL 1978, 2836]), ni se satisface, pues, con cualquier forma de motivación que permita conocer la ratio decidendi de la resolución judicial. La exigencia de motivación aquí es ante todo un requisito formal de la regla de proporcionalidad, según el cual en las resoluciones limitativas de los derechos fundamentales debe el órgano jurisdiccional plasmar el juicio de ponderación entre el derecho fundamental afectado y el interés constitucionalmente protegido y perseguido, del cual se evidencie la necesidad de la adopción de la medida.

La fundamentación constitucional de este principio a partir del concreto derecho fundamental afectado y la simultánea vinculación de las exigencias de motivación de cualquier medida restrictiva al propio derecho restringido nos han permitido poner de manifiesto la ya mencionada conexión entre la motivación de dicha medida y las posibilidades de su control jurisdiccional. En coherencia con ello, y dado que el recurrente fundamenta su pretensión no en la ausencia de motivación de las resoluciones judiciales recurridas, sino en su insuficiencia desde un punto de vista constitucional, ambos elementos deben ser analizados conjuntamente. Teniendo en cuenta, sin embargo, que el origen del recurso de amparo se encuentra en la medida de retención adoptada por el establecimiento penitenciario en que está cumpliendo condena el recurrente, el análisis de esta dimensión formal del principio de proporcionalidad debe realizarse teniendo en cuenta los diversos pronunciamientos habidos en relación con su motivación.

5 Como hemos señalado en anteriores ocasiones (por todas, SSTC 55/1996, de 28 de marzo [RTC 1996, 55], F. 7, y 161/1997, de 2 de octubre [RTC 1997, 161], F. 10), el prius lógico del principio de proporcionalidad radica en la finalidad de la medida controlada. Sólo a partir de la identificación y licitud constitucional de la misma es posible, en efecto, analizar si dicha medida restringe proporcionalmente o no el derecho fundamental afectado. En el caso que nos ocupa, no cabe hacer ninguna objeción a la finalidad perseguida por la dirección del centro penitenciario al retener el ejemplar de la revista que ha dado lugar al presente recurso. Tal y como se explicita en la diligencia de notificación firmada por el director del centro penitenciario que obra en las actuaciones, son «razones de seguridad» las que motivaron dicha medida. Aunque el art. 58 LOGP (RCL 1979, 2382) únicamente alude a las «exigencias del tratamiento

individualizado» como fundamento de las limitaciones al derecho de acceso de los internos a las publicaciones que cuentan con depósito legal y son de libre circulación en el exterior, es evidente que el régimen disciplinario a que están sometidos los presos, que se encuentra directamente conectado con la peculiaridad específica de la regulación constitucional y legal de la situación de sujeción especial que caracteriza su relación con la Administración penitenciaria (SSTC 57/1994, de 28 de febrero [RTC 1994, 57] , F. 6.a; 170/1996, de 29 de octubre [RTC 1996, 170] , F. 4; y 27/2001, de 29 de enero [RTC 2001, 27] , F. 3, entre otras muchas), contempla la seguridad interna como uno de sus objetivos principales (art. 41.1 de la propia LOGP). De ahí que el art. 128.2 RP (RCL 1996, 521, 1522) , en desarrollo del referido precepto legal, sí se refiera a la prohibición de que los internos tengan a su disposición publicaciones (incluso si cuentan con depósito legal) que «atenten contra la seguridad y buen orden del establecimiento» penitenciario. En consecuencia, la medida de retención de revista que se cuestiona no resulta objetable desde el punto de vista del principio de legalidad, pues resulta incuestionable que la seguridad del centro y, por tanto, del personal que presta servicios en el mismo y, en su caso, de los restantes internos, constituye un objetivo constitucionalmente no sólo legítimo, sino incluso justificado en el contexto de la relación especial de sujeción que preside la actuación de la Administración penitenciaria, así como de la propia dimensión positiva del art. 15 CE (RCL 1978, 2836) .

Por otra parte, como se apunta en el Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria que resuelve el recurso de queja contra la medida de retención de la revista, las anteriores consideraciones sobre los objetivos generales del régimen penitenciario nos llevan a afirmar que la medida aquí analizada también tenía como finalidad la de contribuir al tratamiento individualizado del recurrente (art. 58 LOGP) y, en definitiva, a su reeducación y reinserción social (art. 25.2 CE). Si bien lo que se discute en este punto es si dicha medida resulta proporcionada, no puede dejar de reconocerse que, como en el caso de la seguridad y buen orden del establecimiento penitenciario, este segundo objetivo no sólo es constitucionalmente legítimo, sino también necesario. Pretender, en efecto, favorecer la reinserción del recluso no permitiéndole el acceso a publicaciones cuya lectura pudiera provocar en el ánimo del interno una justificación o enaltecimiento de las actividades delictivas por las que fue condenado, o, al menos, dificultar su distanciamiento de las mismas, resulta una finalidad irreprochable en términos de constitucionalidad.

En efecto, la precedente consideración, predicable en relación con cualquier actividad delictiva, resulta especialmente aplicable en el caso de delitos relacionados con el terrorismo. No sólo porque, como señalamos tempranamente (STC 199/1987, de 16 de diciembre [RTC 1987, 199] , FF. 4 y 2) «el terrorismo constituye una manifestación delictiva de especial gravedad, que pretende instaurar el terror en la sociedad y alterar el orden constitucional democrático», de cuya existencia ha sido consciente el propio constituyente a través del art. 55.2 CE, sino porque se trata de un fenómeno basado en la legitimación del terror y en su carácter sistemático, reiterado y organizado, cuya realidad tiene una larga historia en nuestro país, como hemos recordado en la STC 5/2004, de 16 de enero (RTC 2004, 5) .

6 Entrando ya en el análisis de la proporcionalidad de la medida cuestionada en el presente recurso de amparo, debemos recordar que hemos destacado (por todas, SSTC 66/1995, de 8 de mayo [RTC 1995, 66] , F. 5; 207/1996, de 16 de diciembre [RTC 1996,

207] , F. 4; 37/1998, de 17 de febrero [RTC 1998, 37] , F. 8; y 186/2000, de 10 de julio [RTC 2000, 186] , F. 6) que para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es preciso constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: si tal medida es adecuada para conseguir el objetivo perseguido (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de no existir otra medida igualmente idónea para la consecución del propósito pretendido que sea menos gravosa que la impugnada (juicio de necesidad); y, por último, si se trata de una medida que resulta ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto). La concurrencia de estos tres requisitos debe verificarse respecto de la concreta medida de retención de revista impugnada y a la luz de las razones alegadas para fundamentarla y de las características del contexto del fenómeno terrorista que está en su origen.

7 Por lo que respecta a la idoneidad de la medida impugnada, no cabe duda que la retención de una revista susceptible de poner en peligro la seguridad del centro penitenciario, de los trabajadores del mismo o el tratamiento individualizado de su destinatario constituye en principio un medio adecuado para conseguir esta finalidad. En el presente caso, sin embargo, lo que se discute es si la retención de la revista «Kale Gorria» resulta idónea teniendo en cuenta la motivación alegada por el centro penitenciario y por los órganos judiciales que han confirmado la legitimidad de dicha medida.

Tanto el recurrente como el Ministerio Fiscal sostienen que la motivación de la medida de retención resulta insuficiente por escueta e indeterminada. Y así, ciertamente, la diligencia de notificación dirigida al recurrente se limita a invocar genéricamente «razones de seguridad» sin mayores precisiones. Sin embargo, el informe del director del centro penitenciario emitido a solicitud del Juez de Vigilancia Penitenciaria contiene ya una doble motivación: por un lado, se remite a la comunicación realizada por Coordinación de seguridad penitenciaria el 19 de septiembre de 2001, en la que se informaba que la revista «Kale Gorria» puede considerarse sucesora de la publicación «Ardi Beltza», que dirigiera un periodista vinculado con la banda terrorista ETA, y que fue clausurada por un Juez de la Audiencia Nacional el día 27 de abril de 2001; y, por otro, a la comunicación de Coordinación de seguridad penitenciaria en el sentido que «revisado el contenido de los números 1 y 2 de la citada revista... no se considera conveniente por razones de seguridad su entrega a los internos destinatarios». Por su parte, los Autos del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria impugnados confirman la legitimidad de la medida de retención, mencionando su idoneidad tanto por razones de tratamiento como por razones de seguridad y buen orden del centro penitenciario, mientras que el Auto de la Audiencia Provincial de Palencia desestimatorio del recurso de apelación también invoca el «contenido y significación» de la revista retenida, así como su conexión con la revista «Ardi Beltza» para señalar que «resulta evidente... que no parece oportuno por elementales razones de seguridad y buen orden de un establecimiento penitenciario» que se permita la libre circulación de la misma en el centro.

Es cierto que en ningún momento las resoluciones impugnadas se pronuncian sobre los contenidos específicos de la revista retenida en relación con los motivos concretos que justifican la adopción de la medida (tratamiento del interno y seguridad y buen orden del establecimiento penitenciario), pero no puede dejar por ello de reconocerse que las

ya mencionadas particularidades del fenómeno terrorista, sobre todo su carácter organizado y estable, así como la práctica contrastada en el pasado de enviar mensajes cifrados a los presos de la banda terrorista a la que pertenece el recurrente o de alentar comportamientos concertados de resistencia en el interior de las prisiones, permite considerar idónea una medida como la impugnada a los efectos de garantizar la seguridad en el centro penitenciario y el tratamiento individualizado del recurrente. Parafraseando lo que hemos señalado, entre otras, en la STC 106/2001, de 23 de abril (RTC 2001, 106) , F. 4, en el ámbito del secreto de las comunicaciones de internos condenados por delitos de terrorismo, «en supuestos como el presente, en los que es de general conocimiento que la organización a la que pertenece el demandante de amparo es especialmente peligrosa para la seguridad del centro penitenciario, ya que en numerosas ocasiones ha atentado contra la seguridad de las prisiones y la vida y libertad de sus funcionarios y trabajadores», no puede considerarse inidónea una medida como la aquí impugnada.

Como señala el Abogado del Estado, pretender una motivación más precisa, que revelase qué expresiones o artículos concretos de la revista ponen en peligro la seguridad del centro (o afectan negativamente al tratamiento del interno), además de que podría resultar imposible en alguna hipótesis (v. gr., en caso de mensajes encubiertos), resultaría contradictoria con la propia finalidad limitativa de la divulgación de la publicación entre los internos, pues una motivación como la que se pretende, que implica calificar los contenidos de la revista, implica necesariamente su divulgación y conlleva la frustración de la finalidad perseguida por los arts. 58 LOGP (RCL 1979, 2382) y 128 RP (RCL 1996, 521, 1522) . En este contexto, las menciones contenidas en el informe del centro penitenciario en relación con los precedentes de la revista (en especial su conexión con la revista «Ardi Beltza», clausurada por orden judicial), deben considerarse suficientes a los efectos del juicio de idoneidad, puesto que revelan la existencia de riesgo potencial para la seguridad y buen orden del centro penitenciario, así como para el tratamiento del interno, que puede ser evitado a través de la adopción de la medida impugnada.

Según hemos señalado en ocasiones anteriores, en supuestos como el presente la necesaria individualización de la motivación puede entenderse cumplida cuando implícita o explícitamente se hace alusión a una característica de su destinatario, como es su pertenencia a una organización terrorista que de forma reiterada ha llevado a cabo acciones que ponen en peligro la seguridad y el buen orden de los establecimientos penitenciarios. En efecto, «el dato de la pertenencia a una concreta organización de la que consta que ha atentado reiteradamente contra la seguridad de las prisiones y contra la vida y la libertad de sus funcionarios supone, en este caso, una individualización suficiente de las circunstancias que justifican la medida, ya que se conoce suficientemente el rasgo concreto de esta organización que en efecto puede poner en peligro la seguridad y el buen orden del centro. Como se ha dicho anteriormente, individualizar las circunstancias que explican por qué la medida es necesaria para alcanzar el fin legítimo que se propone no significa que deban concretarse unas circunstancias exclusivas y excluyentes del penado. Estas circunstancias justificativas las puede compartir con los miembros de un determinado grupo y cuando, como en el presente caso, esto es así, basta para justificar la medida hacer referencia explícita, o implícita pero incontrovertible, a esta circunstancia común al grupo en cuanto le es aplicable individualmente. No se justifica, pues, la intervención por el tipo de delito

cometido, ni por la pertenencia a un grupo delictivo, ni siquiera por la pertenencia a un grupo terrorista, sino, más concretamente, porque ese grupo ha llevado y continúa llevando a cabo acciones concretas que efectivamente ponen en peligro la seguridad y el orden en los centros. Se individualiza, pues, la circunstancia común a los miembros del grupo que justifica la medida al concurrir en uno de sus componentes» (SSTC 200/1997, de 24 de noviembre [RTC 1997, 200] , F. 5; 141/1999, de 22 de julio [RTC 1999, 141] , F. 6; y 106/2001, de 23 de abril [RTC 2001, 106] , F. 8).

8 Del mismo modo ha de entenderse cumplido el juicio de necesidad, esto es, la inexistencia de medidas alternativas que sean igualmente idóneas para conseguir el objetivo propuesto, pero que resulten menos gravosas para el derecho fundamental restringido, en este caso el derecho a recibir información. Y es que, en efecto, al margen de que no se ha alegado nada al respecto, resulta difícil imaginar una medida alternativa a la cuestionada, teniendo en cuenta que la revista en cuestión fue enviada por los familiares del recurrente en el paquete de ropa que periódicamente pueden hacerle llegar de acuerdo con la legislación penitenciaria. De este modo, o se retiene la revista o no se retiene. *Tertium non datur*.

9 Reconocidas la idoneidad y la necesidad de la medida impugnada a los efectos de alcanzar la finalidad perseguida por la misma, es preciso analizar su proporcionalidad en sentido estricto, esto es, determinar si resulta ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.

Pues bien, a la luz de las circunstancias concurrentes en el presente caso ha de concluirse que la medida de retención de un número concreto de una revista no sólo tiene cobertura legal (arts. 58 LOGP [RCL 1979, 2382] y 128 RP [RCL 1996, 521, 1522]) y responde a finalidades constitucionalmente legítimas, es idónea para cumplir dichos propósitos y necesaria, sino que también resulta equilibrada, por lo que no puede apreciarse que haya sido lesionado del derecho del recurrente, interno en un centro penitenciario, a recibir libremente información [art. 20.1.d CE (RCL 1978, 2836)].

Como se ha señalado anteriormente, los objetivos perseguidos por el centro penitenciario al retener la revista «Kale Gorria» (proteger la seguridad y buen orden del centro penitenciario y contribuir al tratamiento individualizado del recurrente) son no sólo constitucionalmente legítimos, sino también obligados. No debe olvidarse que el recurrente cumple condena por la comisión de delitos relacionados con el terrorismo de la banda ETA, fenómeno de incuestionable gravedad «cuya realidad se remonta más de treinta años en el pasado, y en el que la legitimación del terror siempre se ha buscado por sus artífices desde el principio de equivalencia entre la naturaleza de las fuerzas enfrentadas, presentándose como única salida para la resolución de un pretendido conflicto histórico, inasequible a los procedimientos del Derecho», como advertimos en STC 5/2004, de 16 de enero (RTC 2004, 5) , F. 18.

Que la medida de retención afecte a una revista de circulación legal contra la que en ningún momento se han abierto diligencias por su posible ilicitud penal no es óbice, en contra de lo sostenido por el recurrente y por el Ministerio Fiscal, para que la medida cuestionada deba considerarse en este caso como ajustada al principio de proporcionalidad en sentido estricto, toda vez que dadas las especiales características

del fenómeno terrorista y, como se ha señalado anteriormente, el hecho que en el pasado se haya constatado que publicaciones legales pueden ser utilizadas para enviar mensajes encubiertos, para alentar comportamientos concertados en el ámbito de los centros penitenciarios o incluso para señalar objetivos terroristas justifica que no resulte exigible explicar pormenorizadamente qué contenidos concretos de los números de la revista «Kale Gorria» retenidos al recurrente son susceptibles de poner en peligro las finalidades constitucionalmente legítimas que se pretenden conseguir con dicha medida.

10 En suma, en el presente caso la restricción del derecho a recibir libremente información, consistente en la retención de unos números concretos de una determinada revista a un interno perteneciente a una organización terrorista que ha tenido y tiene, entre otros repudiables objetivos, el de atentar contra la vida y la libertad de los funcionarios de prisiones, como hemos constatado expresamente (SSTC 200/1997, de 24 de noviembre [RTC 1997, 200] , F. 5; 141/1999, de 22 de julio [RTC 1999, 141] , F. 6; y 106/2001, de 23 de abril [RTC 2001, 106] , F. 8, antes citadas), aparece como justificada para la preservación de derechos fundamentales y valores dignos de protección constitucional, como son los derechos a la vida e integridad física de otras personas (art. 15 CE [RCL 1978, 2836]) y a la libertad personal (art. 17.1 CE), así como el tratamiento de los recursos en orden a su reeducación y reinserción social (art. 25.2 CE) y la preservación de la seguridad y buen orden del establecimiento penitenciario (art. 58 LOGP [RCL 1979, 2382]), en cuanto que razonablemente cabe entender que los números de la revista retenidos por el centro penitenciario podían contener subrepticamente alguna información, dato, instrucción o mensaje destinado al demandante o a otros internos, que comprometiesen directa o indirectamente los referidos derechos fundamentales y valores dignos de protección constitucional, por lo que debe rechazarse la pretendida lesión del derecho fundamental garantizado por el art. 20.1 d) CE.

FALLO

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

Ha decidido

Denegar el amparo solicitado por don Jon Koldo A. B.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a dieciséis de enero de dos mil seis.-María Emilia Casas Baamonde.-Javier Delgado Barrio.-Roberto García-Calvo y Montiel.-Jorge Rey-Zapata Pérez.-Manuel Aragón Reyes.-Pablo Pérez Tremps.-Firmado y rubricado.

AS 2006\427

Sentencia Tribunal Superior de Justicia Cataluña núm. 9368/2005 (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 2 diciembre

Jurisdicción: Social

Recurso de Suplicación núm. 6386/2005.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Miquel Angel Falguera i Baró.

LIBERTAD SINDICAL: contenido esencial: derecho de información: alcance; lesión del derecho: imposibilidad de utilizar los servicios telemáticos (correo electrónico) instalados por la empresa para transmitir información sindical. SINDICATOS: información a los trabajadores: medios: correo electrónico de la empresa: condiciones para su ejercicio: la comunicación no podrá perturbar la actividad normal de la empresa, tratándose del empleo de un medio de comunicación electrónico, creado como herramienta de la producción, no podrá perjudicarse el uso específico empresarial preordenado para el mismo y su utilización no podrá ocasionar gravámenes adicionales para el empleador.

El TSJ estima el recurso de suplicación interpuesto por Unión Sindical Obrera de Cataluña contra Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 32 de Barcelona, de fecha 02-02-2005, en autos promovidos sobre tutela de la libertad sindical, que queda revocada en el sentido que se indica en la fundamentación jurídica.

Texto:

Barcelona, 2 de desembre de 2005.

La Sala Social del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, formada pels magistrats esmentats

més amunt,

EN NOM DEL REI

ha dictat la següent

SENTÈNCIA NÚM. 9368/2005

En el recurs de suplicació interposat per Unión Sindical Obrera de Cataluña a la sentència del Jutjat Social 32 Barcelona de data 2 de febrer de 2005 dictada en el procediment núm. 1/2005 en el qual

s'ha recorregut contra la part. Correos y Telégrafos, SAE. i -Ministerio Fiscal-, ha actuat com a ponent Il·lm. Sr. Miguel Angel Falguera Baró.

ANTECEDENTS DE FET

PRIMER En data 03.01.05 va arribar al Jutjat Social esmentat una demanda sobre Tutela de drets fonamentals, en la qual l'actor al·lega els fets i fonaments de dret que va considerar procedents i acabava demanant que es dictés una sentència d'acord amb el que es demanava. Admesa la demanda a tràmit i celebrat el judici, es va dictar la sentència en data 2 de febrer de 2005, que contenia la decisió següent:

«Que desestimando la demanda origen de las presentes actuaciones, promovida por Sindicato, Unión Sindical Obrera de Catalunya (USOC) contra la entidad Correos y Telégrafos, SAE, con intervención del Ministerio Fiscal, sobre tutela del derecho

fundamental de la libertad sindical y el derecho a la no discriminación, DEBO ABSOLVER y ABSUELVO a Correos y Telégrafos, SAE, de las pretensiones declarativas y de condena frente a ellas ejercitadas en la presente demanda».

Segon. En aquesta sentència es declaren com a provats els fets següents:

I.-Unió Sindical Obrera de Catalunya (USOC) es una sección sindical que tiene representación en el Comité de Empresa de Barcelona, de la empresa Correos y Telégrafos, SAE., tras la celebración de las últimas elecciones sindicales en el año 2003. A dichas elecciones sindicales el Sindicato USOC se presentó en asociación con el SIPcte, obteniendo un total de 278 votos, lo que se tradujo en la obtención de 5 representantes, (documento nº1 de la actora, y nº 2, 3, y 4 de la demandada).

II.-El Sindicato, Unió Sindical Obrera de Catalunya (USOC), junto con SIPcte, remitió en fechas 10 de diciembre de 2004 y 26 de enero de 2005, sendas cartas al Director Territorial de Zona V en Barcelona de la empresa demandada, solicitándole que se permitiera en acceso de los sindicatos a la intranet de Correos y Telégrafos, cesando la actitud de discriminación continuada que entendían que existía por parte de la Dirección. Dichas peticiones ya las había efectuado, el sindicato, verbalmente a la dirección de la empresa, (documentos nº2 y 3 de la actora, y testifical practicada en juicio)

III.-No se ha emitido contestación a las solicitudes de la demandante por parte de la empresa demandada Correos y Telégrafos, SAE. (hecho no controvertido).

IV.-Ninguna central sindical con representación en la Jefatura Provincial de Barcelona dispone de acceso a intranet, (documento nº5 de la demandada y testifical practicada a instancias de la actora).

V.-La empresa dispone de convenio colectivo propio, Convenio colectivo 2003-2004, publicado en el BOE nº 38, de fecha 13 de febrero de 2003 (LEG 2003, 369) .

TERCER Contra aquesta sentència la part. actora va interposar un recurs de suplicació, que va formalitzar dins del termini. Es va donar trasllat a la part. contrària que el va impugnar. Es van elevar les actuacions a aquest Tribunal i es va formar aquest rotlle.

FONAMENTS DE DRET

PRIMER El sindicat actor interposà en el seu moment demanda de tutela de drets fonamentals, denunciant la vulneració del seu dret a la llibertat sindical, atès que malgrat els requeriments efectuats, no se li reconeixia l'accés a l'intranet empresarial per tal d'informar als treballadors, pel que es sol·licitava que es declarés la nul·litat radical de la conducta de l'empresa, el cessament immediat de la dita conducta, es reconegués el dit dret i se'l indemnitzés per danys i perjudicis amb 1000 euros

La sentència d'instància ha desestimat la dita pretensió, per considerar que no existeix obligació legal per part. de l'empresa de dotar als sindicats dels dits medis o accés a la xarxa informàtica, atès que l' art. 8 LOLS (RCL 1985, 1980) no preveu

aquesta possibilitat i tenint present que la resta de sindicats amb presència tampoc no gaudeix de l'esmentat dret

Contra el dit pronunciament s'alça ara en suplicació el sindicat actor, a través d'un únic motiu que empara en allò previst en els articles 7 i 129 CE (RCL 1978, 2836) , 8, 15, 61 i 64 TRLET (RCL 1995, 997) , el Conveni 135 de l' OIT (RCL 1974, 1341) i els arts. 6, 8 i 10 LOLS

SEGON La determinació de si els sindicats poden tenir accés als nous medis electrònics per tal de difondre la seva informació, ha estat objecte d'un llarg debat doctrinal, com ho palesa l'oscil·lant doctrina de suplicació recaiguda en els darrers anys en la matèria. O, també, la pròpia doctrina cassacional que ha abordat l'esmentada qüestió. Probablement el conflicte més conegut en la matèria és que el finalitzà en via jurisdiccional en la STS de 26.11.2001 (RJ 2002, 3270) que, en un supòsit amb alguna similitud al que aquí analitzem determinà que «Ni la sentència recurrida, ni el demandante, derivan el posible derecho del Sindicato a la utilización del servidor informático de la demandada, de una adquisición por el uso pacífico durante el período en que fue meramente tolerado, mientras no produjo trastornos en el funcionamiento de las comunicaciones internas de la empresa. Y, descartada la adquisición del derecho por el consentimiento de su ejercicio, es lo cierto que no hay norma jurídica alguna que conceda al Sindicato el derecho a utilizar los medios informáticos del Banco para realizar la comunicación con sus afiliados y con las Secciones sindicales. Como puso de relieve la sentencia que se recurre, la utilización del sistema que hoy se niega podrá ser objeto de negociación colectiva o acuerdo de cualquier tipo, pero, mientras no se obtenga, la utilización deberá ser expresamente consentida por la demandada. El artículo 8 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical 11/1985 de 2 de agosto (RCL 1985, 1980) , consagra el derecho de los afiliados a recibir la información que les remita su sindicato, mas no establece que sea la empresa la que deba facilitar los medios materiales para llevarla a cabo».

És aquesta essencialment la doctrina que segueix la instància, en considerar que no existeix en el actual marc normatiu -sense perjudici d'una possible i desitjable modificació legislativa- una obligació actual de prestar els elements informàtics que són de la seva propietat per tal de que els sindicats informin als seus afiliats i als treballadors en general.

TERCER Tanmateix, però, aquesta hermenèutica ha patit un essencial canvi d'orientació a partir de la recent Sentència del Tribunal Constitucional de 7 de novembre de passat (RTC 2005, 281) .

La dita sentència reflexiona en els seus fonaments jurídics si la conducta empresarial que impedeix la remissió de correus electrònics als treballadors de la mercantil afectada, a través de la imposició de filtres on-line és contrària al dret a la llibertat sindical. A aquests efectes, el pronunciament ve a efectuar la tradicional reflexió introductòria sobre el contingut essencial i el contingut addicional de dita dret, indicant - amb cita dels antecedents de les SSTC 132/2000 (RTC 2000, 132) i 269/2000 (RTC 2000, 269) - que també són font de continguts de l'esmentat dret les decisions unilaterals de l'empresari. S'indica, no obstant això, que en aquest últim cas concorre una nota diferenciadora respecte al contingut addicional en sentit estricte: la possibilitat que l'empresari supprimeixi les millores o drets prèviament concedits, encara que aquesta

supressió no està exempta de limitacions constitucionals i de posterior control, encara sorgint de l'autonomia individual.

Després d'aquesta constatació, el TC es veu abocat en la seva lògica expositiva a definir el marc constitucional del dret a la informació sindical, «ex» art. 28.1 CE (RCL 1978, 2836) Com consideració inicial (i amb cita de la STC 94/1995 [RTC 1995, 94]) s'afirma que «como expresión de la acción sindical, el derecho a informar a los representados, afiliados o no, forma parte del contenido esencial del derecho fundamental, puesto que la transmisión de noticias de interés sindical, 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» Aquest dret té diverses concrecions legals, com és de veure en l'art. 8.1 b) i c) LOLS (RCL 1985, 1980) , amb els límits i requisits establerts en aquesta norma orgànica i la doctrina constitucional que se cita, significat la imposició de determinades càrrega o servituds a l'ocupador.

Aquesta consideració general comporta la següent reflexió de fons: està obligada l'empresa a facilitar els mitjans materials pretesos (el seu sistema de correu electrònic) per a portar a terme aquesta funció, en absència d'obligació legal o d'acord entre les parts sobre ella? La pregunta aboca necessàriament a l' art. 8 LOLS (i, per tant, al contingut addicional «ad hoc») Doncs bé, el TC afirma categòricament, d'entrada, que no pot derivar-se en forma directa de l'apartat 2 d'aquest article (singulament, per tant, l'anomenat «tauler d'anuncis virtual» respecte a tots els treballadors) el dret a la comunicació sindical on-line, sense que la seva funció constitucional li permeti entrar en les valoracions interpretatives fetes pels òrgans judicials. I, en aquest sentit, s'afirma: «una lectura semejante del precepto legal para definir las obligaciones empresariales no se traduciría tanto en el derecho de uso sindical de un sistema de correo electrónico preexistente cuanto implicaría, antes aún, un derecho incondicionado de las organizaciones sindicales citadas en el art. 8.2 LOLS a la creación de la herramienta de comunicación a cargo de la Empresa para una finalidad sindical. Frente a ello, visto que el tenor literal de la norma permite una interpretación como la realizada en la Sentencia recurrida, y siendo patente que el flujo de la información puede transcurrir por otros cauces, no dependiendo la posibilidad de su existencia y efectividad de la utilización de esos instrumentos, la interpretación extensiva del precepto que se propone no representa la única que salvaguarda el derecho fundamental, resultando posible otra distinta, como la realizada por la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo».

És més, aquesta lògica interpretativa restrictiva no és contrària al dret a la llibertat sindical ni tan solament en relació a l' art. 8.1 c) LOLS (RCL 1985, 1980) , que reconeix el dret de comunicació entre l'afiliat i el sindicat, sense referència a cap suport material: «incluso con tal planteamiento, la hipótesis de la configuración de la considerada como una obligación o carga empresarial de puesta a disposición de un medio de comunicación concreto (el sistema de correo electrónico) habría de pasar por una mayor concreción legislativa, que no podría calificarse sino como contenido adicional del derecho fundamental, en tanto que, si el derecho a recibir información es contenido esencial de la libertad sindical, el establecimiento de una carga singular que obligue al empresario a asegurar un determinado sistema telemático que lo permita no forma parte del mismo. Ni de la norma se desprende inequívocamente esa obligación de la empresa, ni una interpretación de ese estilo puede fundarse en que la garantía de la comunicación

depende de ello, toda vez que el ejercicio eficaz del derecho continúa siendo reconocible aunque los sindicatos no tengan acceso a todos y cada uno de los medios de transmisión que pueden favorecer el flujo de la información que remitan a sus afiliados».

La reflexió final del TC en aquesta qüestió no pot deixar de ser més categòrica (potser excessivament categòrica, al nostre judici): «no cabe entender, consecuentemente, que exista una obligación legal de facilitar la transmisión de información sindical a los trabajadores, afiliados o no, a través de un sistema de correo electrónico con cargo al empleador. Las empresas, dicho en otras palabras, no están obligadas a dotarse de esa infraestructura informática para uso sindical» No existeix, per tant, una interpretació contrària al contingut essencial de simple legalitat en el previ pronunciament.

No obstant això, és aquí quan la dita sentència dóna el gran salt doctrinal, d'una cabdal importància per al nostre sistema de relacions col·lectives, afirmant: «no se trata de que la empresa tenga que asumir el gravamen de asegurar y disponer para uso sindical de ese medio de comunicación, sino de determinar si la falta de obligación empresarial en orden a facilitar tal infraestructura informática implica, a su vez, la facultad del empleador de impedir un uso sindical útil para la función representativa en la empresa una vez que el sistema está creado y en funcionamiento» D'aquesta manera, el raonament passa de l'anàlisi del contingut addicional (legal) del dret al contingut essencial, mentre que els actes negatius limitadors del dret a la informació sindical són contraris a l'art. 28.1 CE (RCL 1978, 2836) : «en esos planos del contenido esencial del derecho fundamental se debate la problemática de los límites del derecho a la información sindical, o incluso la vigencia misma de éste si su ejercicio pretende conducirse empleando medios empresariales ya existentes pero no exigidos por una norma para uso sindical».

Apareix en aquest marc un obvi conflicte entre els interessos de l'empresari (funcionament normal de l'organització productiva i dret a la propietat) i els del sindicat (autotutela col·lectiva respecte al dret a la informació sindical). En la seva següent reflexió el TC intenta situar els paràmetres constitucionals d'aquest conflicte d'interessos; i ho fa en relació a tres consideracions, a saber: a) els possibles elements negatius sobre el dret a la informació: «El flujo de la información sindical resultará objetivamente perjudicado si el empleo de los instrumentos prácticos o medios materiales que pueden favorecerla es obstruido»; b) l'element subjectiu de responsabilitat empresarial: «La garantía del contenido esencial del derecho fundamental, consistente en evitar el establecimiento de dificultades a su ejercicio más allá de lo razonable, no es ajena al empresario, en la medida en que la actividad sindical se desarrolle en el seno de su organización productiva»; i c) Les obligacions que per a l'empresari es deriven: «Tenga o no un deber de colaboración en la promoción del derecho fundamental que venimos considerando conforme a la Ley, los pactos o sus posibles concesiones previas, el empresario tiene en todo caso una obligación de no obstaculizar injustificada o arbitrariamente el ejercicio de dicho derecho».

Per tant, el fet que no existeixi obligació legal de posar els mitjans de necessaris no pot comportar una limitació del dret a la informació sindical. I, d'aquesta manera: «no resulta compatible con la efectividad del derecho fundamental una negativa a la puesta a

disposición de los instrumentos de transmisión de información existentes en la empresa que resulten aptos y cuyo empleo sindical pueda armonizarse con la finalidad para la que hayan sido creados, lo que sucederá cuando la negativa constituya una mera resistencia que no encuentre justificación en razones productivas o en la legítima oposición a asumir obligaciones específicas y gravosas no impuestas al empresario, pues en esa hipótesis de acción meramente negativa el acto de resistencia únicamente daría como resultado la obstaculización del ejercicio fluido, eficiente y actualizado de las funciones representativas, sin ocasionar, en cambio, provecho alguno» Per tant: «Una consideración diversa olvidaría el marco en el que tiene lugar la acción sindical en esos casos (la Empresa), marginaría la función de contrapoder que tiene el sindicato en la defensa de los intereses de los trabajadores en ese espacio empresarial, que la Constitución promueve, y, en definitiva, lejos de respetar el derecho fundamental, dificultaría su efectividad más allá de lo razonable, lesionando con ello su contenido esencial».

Aquesta hermenèutica no constituïx un obstacle a l'exercici del dret a la propietat privada. I això per diversos motius. En primer lloc perquè «la propiedad no resulta en ningún modo desatendida por la utilización sindical de ese tipo de instrumentos empresariales, ya que su uso no la modifica», com es deriva del fet que no perd l'empresari la titularitat d'aquests instruments. Però el TC va més enllà, assenyalant una sèrie de reflexions de fons sobre l'ús social de la propietat en el nostre sistema social: «el margen de libertad de que goza el empresario en el marco de una economía liberal se ha reducido por razón de la protección de intereses colectivos de diversa índole, y que la progresiva incorporación de finalidades sociales relacionadas con el uso o aprovechamiento de los distintos tipos de bienes sobre los que el derecho de propiedad puede recaer ha producido una diversificación de la institución dominical en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas reguladas con un significado y alcance diversos». Per a prosseguir: «De ahí que se venga reconociendo con general aceptación doctrinal y jurisprudencial la flexibilidad o plasticidad actual del dominio, que se manifiesta en la existencia de diferentes tipos de propiedades dotadas de estatutos jurídicos diversos, de acuerdo con la naturaleza de los bienes sobre los que cada derecho de propiedad recae. La Constitución (RCL 1978, 2836) , en suma, no ha recogido una concepción abstracta del derecho de propiedad como mero ámbito subjetivo de libre disposición o señorío sobre el bien objeto del dominio reservado a su titular, sometido únicamente en su ejercicio a las limitaciones generales que las Leyes impongan para salvaguardar los legítimos derechos o intereses de terceros o del interés general. Y ello hasta el extremo de que, no sólo la utilidad individual, sino también la función social, definen inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes».

Això no comporta, lògicament, un dret universal del sindicat a la informació, amb imposició de servituds exorbitants a l'ocupador. El propi TC, en una funció quasi legislativa, determina quins són els límits del dret a la informació sindical a través de mitjans preexistents en l'empresa i eficaces per a la comunicació, però no requerits legalment ni pactats, ni creats per a un ús sindical, si bé afegint que haurà d'haurà de realitzar-se una interpretació específica en cada cas. Els límits que indica són:

a) No afectació negativa de l'activitat normal de l'empresa, afirmant-se: «En ese sentido, sin perjuicio del examen particular de las circunstancias específicas de cada

caso, no es posible estimar por defecto que la recepción de mensajes en la dirección informática del trabajador en horario de trabajo produzca dicha perturbación. Llegar a esa conclusión permitiría también, por ejemplo, excluir la recepción de correo ordinario del sindicato en el puesto de trabajo, y, llevado al extremo el planteamiento de hipótesis posibles, podría situar a la empresa en un espacio incomunicado. Por lo demás nada impide la lectura de los mensajes al finalizar la jornada o en las pausas existentes».

b) No afectació negativa del propi instrument electrònic empresarial: «Tratándose del empleo de un medio de comunicación electrónico, creado como herramienta de la producción, no podrá perjudicarse el uso específico empresarial preordenado para el mismo, 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 aquests efectes es reconeix la possibilitat que l'empresa dicti els seus propis criteris d'ús: «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».

c) No afectació negativa amb vista als costos econòmics

D'aquesta manera «sobre el empresario pesa el deber de mantener al sindicato en el goce pacífico de los instrumentos aptos para su acción sindical siempre que tales medios existan, su utilización no perjudique la finalidad para la que fueron creados por la empresa y se respeten los límites y reglas de uso [enunciados), cuyo cumplimiento deberá examinarse en cada caso. En tales condiciones no puede negarse la puesta a disposición, ni puede unilateralmente privarse a los sindicatos de su empleo, debiendo acudir al auxilio judicial si con ocasión de su utilización el sindicato llega a incurrir en excesos u ocasionar perjuicios, a fin de que aquéllos sean atajados y éstos, en su caso, compensados».

QUART La Sala fa seva la interpretació doctrinal continguda en dit pronunciament, i no únicament per aplicació del mandat imperatiu de l' art. 5.1 LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635) , sinó també per compartir els elements substantius allà contemplats.

En aquest marc, escau estimar la demanda, atès que no consta un perjudici a l'activitat empresarial, declarat que la conducta impeditiva de la demandada d'accés a l'intranet per a difondre la seva informació sindical ha vulnerat el seu dret a la llibertat sindical, ordenant el cessament immediat de la dita conducta i reconeixent al sindicat actor el seu dret a poder informar a través del dit instrument electrònic als seus afiliats i als treballadors de la demandada en general, sempre que no es perjudiqui la finalitat productiva de l'esmentat Intranet corporatiu, no s'afecti negativament l'activitat normal de l'empresa, no s'afecti negativament el funcionament del dit instrument electrònic i el seu ús no comporti despeses econòmiques per a l'empresa, sense perjudici del dret de la demandada de dictar normes d'utilització del dit instrument per a les esmentades finalitats d'informació sindical. Tanmateix, però, hem de rebutjar el rescabament de danys i perjudicis sol·licitat, atès que ni consta els perjudicis que aquesta negativa empresarial ha comportat, ni pot derivar-se de la mateixa una voluntat obstructiva i volitiva limitadora del dret, atès el buit legal i doctrinal fins ara existent.

Vistos els preceptes legals esmentats, els seus concordants i demés disposicions

DECIDIM

Que hem d'estimar i estimen el recurs de suplicació interposat per la Unió Sindical Obrera de Catalunya contra la sentència dictada pel jutjat del social número 32 dels de Barcelona en data 2 de febrer de 2005, recaiguda en actuacions 1/2005 i, en conseqüència, hem de revocar i revoquem la dita resolució i, amb estimació de la demanda formulada pel dit actor contra Correos y Telégrafos, SAE amb la intervenció del Ministeri Fiscal en demanda de tutela de drets fonamentals, hem d e declarar i declarem que la conducta impeditiva de la demandada d'accés a l'intranet per a difondre la informació sindical de l'actora ha vulnerat el seu dret a la llibertat sindical, ordenant el cessament immediat de la dita conducta i reconeixent al sindicat actor el seu dret a poder informar a través del dit instrument electrònic als seus afiliats i als treballadors de la demandada en general, sempre que no es perjudiqui la finalitat productiva de l'esmentat Intranet corporatiu, no s'afecti negativament l'activitat normal de l'empresa, no s'afecti negativament el funcionament del dit instrument electrònic i el seu ús no comporti despeses econòmiques per a l'empresa, sense perjudici del dret de la demandada de dictar normes d'utilització del dit instrument per a les esmentades finalitats d'informació sindical, desestimant la pretensió de que es determini rescabament per danys i perjudicis pels motius exposats.

Contra aquesta sentència es pot interposar recurs de cassació per a la unificació de la doctrina, que haurà de preparar-se davant aquesta Sala en els deu dies següents a la seva notificació, amb els requisits previstos en els números 2 i 3 de l'art. 219 de la Llei de Procediment Laboral (RCL 1995, 1144, 1563)

Notifiqueu aquesta sentència a les parts i a la Fiscalia del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, i lliuris testimoni que restarà unit al rotllo corresponent, incorporant-se l'original al corresponent llibre de sentències.

Així ho pronunciem, ho manem i ho signem.

PUBLICACIÓ. Avui, el Magistrat ponent ha llegit i publicat la sentència. En dono fe.

TEDH 2005\111

Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos Estrasburgo (Gran Sala), de 19 octubre 2005

Jurisdicción: Protección Europea de Derechos Humanos

Demanda núm. 32555/1996.

DERECHO A UN PROCESO EQUITATIVO: Exclusión: militar británico que sufre una lesión corporal imputable al servicio, no tiene derecho a proceder judicialmente para pedir responsabilidad civil a la corona, sino a un régimen de pensiones basado en la culpa, debiendo servir el certificado del ministro únicamente para confirmar la imputabilidad de la lesión al servicio y facilitar el acceso a dicho régimen: la legislación interna no reconoce al demandante un derecho que hiciese aplicar el art. 6.1 del Convenio: violación inexistente.PROTECCION DE LA PROPIEDAD: Limitaciones:

demanda por negligencia: solicitud de indemnización a militar por la exposición a productos químicos tóxicos: el crédito alegado carece de fundamento en derecho interno: violación inexistente. DERECHO AL RESPETO DE LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR: Vida privada y familiar: medidas de protección: exposición durante unas pruebas a productos químicos tóxicos: divulgación de información: situación de ansiedad y preocupación en el participante por las consecuencias para su salud: incumplimiento de las autoridades de la obligación positiva de ofrecer al demandante un procedimiento efectivo y accesible que le permitiese acceder al conjunto de informaciones pertinentes y apropiadas y evaluar así todo el riesgo al que pudo ser expuesto: violación existente. LIBERTAD DE EXPRESION Y DE INFORMACION: Ambito: libertad a recibir información: pruebas con productos químicos tóxicos: falta de información al participante por el Gobierno de los riesgos: no puede entenderse como imposición a un Estado de obligaciones positivas de obtención y difusión, «motu proprio», de informaciones: violación inexistente.

Demanda de ciudadano británico contra el Reino Unido presentada ante la Comisión el 31-01-1996 por las consecuencias de su exposición durante unas pruebas militares a productos químicos tóxicos. Violación de los arts. 6.1 y 8 Convenio y 1 del Protocolo núm. 1: inexistencia; Violación del art. 8 del Convenio: existencia: estimación parcial de la demanda.

Texto:

En el asunto Roche contra Reino Unido,

El Tribunal europeo de Derechos Humanos, constituido en una Gran Sala compuesta por los siguientes Jueces señores L. Wildhaber, Presidente, C. L. Rozakis, J. P. Costa, G. Ress, L. Caflisch, L. Loucaides, I. Cabral Barreto, P. Lorenzen, J. Casadevall, B. Zupancic, J. Hedigan, A. B. Baka, S. Pavlovski, K. Traja, Sir Nicolas Bratza, señoras V. Stráznická, W. Tomasi, así como el señor T. L. Early, Secretario adjunto de la Gran Sala,

Tras haber deliberado en privado los días 20 de octubre de 2004 y 7 de septiembre de 2005,

Dicta la siguiente

SENTENCIA

Procedimiento

1 El asunto tiene su origen en una demanda (núm. 32555/1996) dirigida contra el Reino Unido de Gran Bretaña y de Irlanda del Norte, que un ciudadano británico, el señor Thomas Michael Roche («el demandante»), presentó ante la Comisión europea de Derechos Humanos («la Comisión»), en virtud del antiguo artículo 25 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (RCL 1979, 2421) («el Convenio»), el 31 de enero de 1996.

2 El demandante, al que se concedió la justicia gratuita, está representado ante el Tribunal por el señor J. Welch, abogado de Liberty, organización no gubernamental de defensa de las libertades públicas con sede en Londres. El Gobierno británico («el

Gobierno») está representado por sus sucesivos agentes, los señores C. Whomersley y J. Grainger, ambos del Ministerio de Asuntos Exteriores y de la Commonwealth.

3 El demandante alega que padece las consecuencias de su exposición, durante las pruebas efectuadas en 1962 y 1963 en el cuartel de Porton Down, a productos químicos tóxicos. Se queja, en esencia, en el marco de los artículos 8 y 10, de no haber tenido un acceso suficiente a las informaciones sobre estos ensayos y, en el terreno del artículo 6.1, de haber sido privado de un acceso adecuado a un tribunal debido al certificado emitido por el Ministro, en virtud de la Ley de 1947 sobre procedimientos relativos a la Corona. Sobre esta última cuestión, invoca asimismo el artículo 1 del Protocolo núm. 1, así como los artículos 13 y 14 del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572) .

4 En octubre de 1997, la Comisión comunicó la demanda. Ésta fue aplazada en septiembre de 1998 en espera del resultado del procedimiento interno.

5 La demanda fue remitida al Tribunal el 1 de noviembre de 1998, fecha en la que entró en vigor el Protocolo núm. 11 del Convenio (RCL 1998, 1562, 2300) (artículo 5.2 del Protocolo núm. 11).

6 Se asignó el caso a la Sección Tercera del Tribunal. Tras decidir en enero de 2001 reanudar el examen del asunto, el 23 de mayo de 2002 la Sala constituida en Sección (compuesta por los señores G. Ress, I. Cabral Barreto, P. Kuris, B. Zupancic, J. Redigan, K. Traja, Sir Nicolas Bratza, así como el señor V. Berger, Secretario de Sección) admitió las quejas expuestas en el apartado 3 supra. El 25 de marzo de 2004, la Sala (con la misma composición pero sin el señor G. Ress. y con el señor M. Caflisch) declinó su competencia a favor de la Gran Sala, a lo que no se opuso ninguna de las partes (artículos 30 del Convenio [RCL 1999, 1190, 1572] y 72 del Reglamento).

7 Se dispuso la composición de la Gran Sala conforme a las disposiciones de los artículos 27.2 y 27.3 del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572) y 24 del Reglamento (Posteriormente, el señor Costa se inhibió, sustituyéndole el primer Juez suplente, señor Maruste, en virtud del artículo 24.3 del Reglamento).

8 Tanto el demandante como el Gobierno presentaron un escrito sobre el fondo del asunto. Cada una de las partes respondió al escrito de la otra parte en los debates que se desarrollaron en público en el Palacio de Derechos Humanos de Estrasburgo, el 20 de octubre de 2005 (artículo 59.3 del Reglamento).

Comparecieron:

-por el Gobierno: los señores J. Grainger, agente, J. Eadie, S. Cave, G. Regan, asesores;

-por el demandante: el señor R. Gordon, Q. C., la señora J. Stratford, el señor F. Pilbrow, abogados, el señor J. Welch, la señora J. Drane, solicitors y la señora V. Wakefield, asesora.

El Tribunal escuchó a los señores Gordon y Eadie en sus declaraciones, así como en sus respuestas a las preguntas planteadas por los Jueces.

Hechos

I Circunstancias del caso

9 El demandante nació en 1938 y reside actualmente en Lancashire.

10 En 1953, a la edad de quince años, entró en el Ejército británico. Sirvió en los «Royal Engineers» de febrero de 1954 a abril de 1968, fecha en la regresó a la vida civil por razones que no tienen relación con la presente demanda.

En 1981, los médicos le diagnosticaron una hipertensión y un asma de comienzo tardío; en 1989, constataron que padecía hipertensión arterial y una bronconeumonía crónica obstructiva («BNCO»). Dejó de trabajar alrededor de 1992 y se le declaró incapacitado laboral.

A Las pruebas efectuadas en Porton Down

11 El establecimiento de defensa química y biológica de Porton Down («Porton Down») se creó durante la Primera Guerra mundial; se trataba de llevar a cabo investigaciones sobre armas químicas para mejorar la protección de las Fuerzas Armadas británicas contra este tipo de armas. Las investigaciones incluían ensayos que permitían estudiar el efecto de los gases en el ser humano y en los animales. Los militares que participaban en las pruebas percibían un sueldo suplementario.

12 El demandante tomó parte en este tipo de experimentos en Porton Down. Si bien existe controversia en cuanto a si estaba presente en 1962, no se discute por el contrario que sí estuviese en julio de 1963. Su historial médico del ejército no hace mención alguna de ninguna prueba practicada en Porton Down.

1 Las pruebas efectuadas en Porton Down en 1962

13 El demandante expone lo siguiente. En la primavera de 1962, fue invitado a acudir a Porton Down; a su llegada, se le sometió a un reconocimiento médico; en tres o cuatro ocasiones se le pidió que entrase en una habitación cerrada herméticamente y sin ventilación, donde se le hizo sentarse en una silla, a la que le ataron; durante un intervalo de unas seis horas, aplicaron gotas de gas mostaza en unos trozos de tela que le fijaron a la piel; se le indicó que si tenía mala suerte podría sentir dolor o una molestia temporal, pero fuera de eso no se le advirtió -al menos de forma adecuada- de las eventuales repercusiones de estas pruebas en su salud; unas vez finalizados los ensayos, regresó a su unidad; no se le sometió a ningún otro reconocimiento médico tras su estancia en Porton Down. Para probar que participó en las pruebas de 1962 se apoya en una nota y un documento de 13 de noviembre de 1989 (apartado 24 infra), así como en las conclusiones formuladas al respecto el 14 de enero de 2004 por el Comité de recursos de pensiones (Pensions Appeal Tribunal -[«el PAT»]- apartado 63 infra).

14 Sin desmentir la tesis del demandante a este respecto, el Gobierno señala algunos puntos que parecen ponerla en tela de juicio: ante todo, el registro recapitulativo y el registro alfabético no indican la presencia del interesado en Porton Down en 1962,

sino únicamente en 1963; no hay absolutamente ninguna prueba escrita sobre los ensayos de 1962, mientras que algunos documentos atestiguan las pruebas practicadas al demandante en 1963; por último, para admitir que el señor Roche había tomado parte en las pruebas de 1962, el PAT se basa exclusivamente en los recuerdos del interesado.

2 Las pruebas efectuadas en Porton Down en 1963

15 La prueba sobre el gas neurotóxico (conocido por el nombre de «agente G» o incluso «GF») viene descrita en los expedientes pertinentes como una «exposición a una inspiración única de GF» (exposure to single breath GF). El demandante ha declarado lo siguiente: antes de la prueba, se le aseguró que el experimento «no haría daño ni a una mosca»; se le colocó en una cabina herméticamente cerrada con tabiques de cristal y que contenía una máscara que le fue colocada en la boca y la nariz, posteriormente se verificó que la máscara estaba bien puesta y la habitación herméticamente cerrada; se le informó por altavoz de que el experimento iba a comenzar y que debía respirar normalmente; sintió una contracción muscular inmediata a nivel del pecho y de los pulmones, que desapareció al finalizar la prueba; durante las veinticuatro horas siguientes, le tomaron muestras de sangre a intervalos regulares. En opinión del Gobierno, se introdujo vapor de GF diluido en una «cámara de gas» y, como el nombre de la prueba indica, los voluntarios inspiraron una sola vez (la dosis de GF estaba calculada) por un tubo conectado a dicha cámara y retuvieron la respiración durante dos segundos antes de expirar.

16 La otra prueba, efectuada con gas mostaza, viene descrita en los documentos con la mención « H sensitivity and penetration». En opinión del demandante, las modalidades eran idénticas a las de 1962.

El Gobierno añade las siguientes precisiones: el experimento debía permitir probar la eficacia de la ropa de protección y se desarrollaba en dos fases. La primera parte era una prueba tendente a determinar la sensibilidad de una persona al gas mostaza; para ello, se le aplicaba una solución diluida de este gas en el alto del brazo. Si después de veinticuatro horas el sujeto presentaba una pequeña marca roja, era declarado demasiado sensible y su participación terminaba ahí. Si, por el contrario, no era manifiestamente sensible, la segunda parte de la experiencia consistía en verter una gota de solución diluida de gas mostaza en tres muestras de ropa de protección que dejaban sobre el cuerpo del sujeto; la piel bajo la ropa era examinada al cabo de seis horas, y luego de veinticuatro horas. Los participantes eran reconocidos antes y después de las pruebas. Las habitaciones estaban bien ventiladas, las dosis eran muy ligeras y sin peligro, y las pruebas eran cuidadosamente preparadas y vigiladas.

B La búsqueda por el demandante de los expedientes pertinentes

17 A partir de 1981, el demandante fue tratado de una molestia respiratoria y de hipertensión arterial. En 1987, estos problemas se agravaron sensiblemente. Se puso entonces a buscar los expedientes de Porton Down que le afectaban. Según sus propias palabras, recurrió, por un lado, a la vía «médica» y, por otro, a la vía «política».

1 La vía «médica»

18 A finales de 1987, en respuesta a una solicitud del médico del señor Roche, el Ministerio de Defensa (Ministry of Defence-el «MOD») le facilitó, bajo «secreto médico», el historial médico militar del demandante. Este historial no hace mención de las pruebas practicadas al interesado en Porton Down.

19 Por carta de 14 de noviembre de 1989, Porton Down respondió a otra solicitud de información del médico. Enviada también bajo «secreto médico», esta carta confirmaba que le demandante había participado en los ensayos sobre el gas GF realizados en julio de 1963. El experimento había estado precedido y seguido de un reconocimiento médico completo, que no había revelado nada anormal. La carta evocaba igualmente (de forma errónea, tal y como apareció más tarde - apartado 36 infra) siete análisis de sangre efectuados tras la prueba con el gas GF, así como los resultados de dichos análisis y atestiguaba que el interesado había sido sometido también a «un caudalímetro de flujo máximo», a «pruebas de retención de aire», a un estudio de penetrabilidad en la ropa (se trata aparentemente, si bien no se indica expresamente, de las pruebas sobre el gas mostaza) y a una batería de test de personalidad. El balance de estas pruebas no figuraba en la carta, a la que no se adjuntaba ningún documento que corroborase su contenido. Por el sello colocado por el médico en la carta, se deduce que éste había decidido decir a su paciente que todo era normal; no obstante, en 1994 el señor Roche le persuadió para que se la mostrase.

20 Por carta fechada el 14 de diciembre de 1989, un perito asesor informó al médico del demandante que dudaba de que el asma del interesado estuviese causada por su exposición al gas neurotóxico. Iban a practicarse otras pruebas.

21 Por carta de 5 de diciembre de 1994 y dirigida al demandante, el doctor H. (profesor de toxicología medioambiental en la Universidad de Leeds, que la justicia designó posteriormente como perito en el procedimiento ante el PAT - apartados 42 a 68 infra) subrayó que era necesario un expediente completo y detallado para poder juzgar los efectos en el tiempo de la participación en las pruebas, y que habría sido útil un estudio epidemiológico a largo plazo, bien para establecer que tenía consecuencias duraderas o, por el contrario, para tranquilizar a las personas que habían participado en los ensayos. En su carta de 10 de julio de 1996, el doctor H. reiteró su dictamen sobre la necesidad de tal estudio.

22 Una nota interna de Porton Down, fechada el 24 de noviembre de 1997, señalaba la inexactitud de algunas cifras relativas a los análisis de sangre que habían sido comunicadas en la carta enviada al médico del demandante el 14 de noviembre de 1989. Asimismo, la nota revelaba que la forma en que el interesado había descrito las pruebas coincidía más o menos con los procedimientos seguidos en los años 60. Si bien no existían lagunas flagrantes en los expedientes de dicha época, no podía sin embargo afirmarse que estuviesen completos: era posible que el señor Roche hubiese estado presente en 1962 y que se hubiese omitido su nombre o estuviese mal registrado debido a un error de escritura.

2 La vía «política»

23 Entre otras acciones, el demandante hizo en Porton Down una sentada asociada a una huelga de hambre, dio una conferencia de prensa en la Cámara de los comunes y solicitó a los diputados que planteasen preguntas parlamentarias.

24 Del 11 al 14 de noviembre de 1989, hizo una huelga de hambre en el exterior de Porton Down. El 13 de noviembre de 1989 se entrevistó con el secretario de Porton Down. En una nota de ese mismo día, este último señalaba que la descripción de las pruebas efectuada por el señor Roche era suficientemente sólida para indicar que había estado presente, y recomendaba que se prosiguiese investigando en los archivos. Ese mismo día, escribió en una nota que la forma en la que el demandante había relatado sus visitas a Porton Down en 1962 y 1963 hacía pensar que el interesado sí había servido como voluntario en ambas ocasiones. Este episodio desembocó en el envío al médico del demandante de la carta de 14 de noviembre de 1989 (apartado 19 supra).

25 En enero de 1994, el demandante creó la Asociación de voluntarios de Porton Down cuyo objeto era obtener reconocimiento e indemnización para las personas que habían participado en las pruebas. Actualmente esta asociación cuenta con más de 300 afiliados.

26 Por carta de 26 de enero de 1994, el director de Porton Down respondió, a petición del Ministro de Defensa, a una serie de preguntas formuladas por un diputado sobre los experimentos en materia de armamento químico y biológico. En su carta, describía el desarrollo de las pruebas, indicaba que los participantes se sometían a un reconocimiento médico antes y después de los ensayos y que se les volvía a llamar «de vez en cuando» para ser sometidos a controles. Señalaba que nada probaba que los participantes hubiesen padecido una degradación de su salud como consecuencia de las pruebas. El 22 de junio de 1994, el director confirmó la política constante del MOD consistente en comunicar bajo «secreto médico» el historial médico militar de un veterano al médico del interesado. En una carta de 7 de marzo de 1995 (en respuesta a una pregunta parlamentaria planteada al Ministro de Defensa) señaló asimismo que las pruebas no incluían ningún plan de seguimiento sistemático de los participantes a largo plazo: si se efectuaron controles con posterioridad a los ensayos fue únicamente de forma aislada y esporádica.

27 El 2 de febrero de 1994, el demandante escribió al MOD para solicitar una copia de su historial médico y de los informes sobre las pruebas en cuestión. La respuesta de Porton Down fechada el 9 de marzo de 1994 recordaba que la práctica seguida por el MOD consistía en comunicar los documentos bajo «secreto médico»; el médico del interesado había recibido información de esta forma en 1989. La carta indicaba: «su propio médico es totalmente libre de decidir la cantidad -más o menos elevada- de información que va a darle». Otras solicitudes del señor Roche dieron lugar a una respuesta similar de Porton Down, contenida en una carta de 20 de abril de 1994.

28 El 12 de diciembre de 1994, Lord HenLey declaró ante la Cámara de los Lores que el MOD continuaría enviando a los veteranos a su médico y comunicando, si procedía, los historiales médicos. Se facilitaba información a los médicos para permitirles establecer un verdadero diagnóstico y «si procedía se comunicaba la información». Lord HenLey repitió que nada en los últimos años permitía decir que los veteranos hubiesen padecido problemas de salud ligados a su participación en las pruebas.

29 En respuesta a una serie de preguntas parlamentarias formuladas al Ministro de Defensa en cuanto a la necesidad de una encuesta pública, el representante del Gobierno declaró, el 28 de febrero de 1995, que ningún elemento permitía establecer que en el curso de los pasados cuatro decenios ningún ex participante en las pruebas hubiese sufrido en el ámbito de la salud un perjuicio duradero. El 4 de abril y el 2 de mayo de 1995, cuando se le preguntaba acerca del lanzamiento de un estudio sobre los efectos duraderos en la salud de la exposición a sustancias químicas y biológicas, el Ministro de Defensa dio al Parlamento unas respuestas análogas evocando la ausencia de pruebas relativas a un eventual perjuicio sufrido por los ex participantes.

30 El 25 de abril de 1995, el demandante y el portavoz del Partido laborista encargado de las cuestiones de defensa participaron en una conferencia de prensa sobre los voluntarios de Porton Down y las exigencias de éstos.

31 Tras entrevistarse con el demandante, el Ministro de Defensa le escribió el 2 de diciembre de 1997. En su carta, evocaba el temor del interesado -compartido por otros ex participantes- de que no se divulgasen ciertas informaciones. Confirmaba que no había nada de eso y que esta preocupación se debía al hecho de que la gestión de los archivos no era «en absoluto tan minuciosa» como se esperaría actualmente. En lo sucesivo, todos los voluntarios podrían consultar los datos referentes a ellos que se conservaban en Porton Down, y se tomarían medidas con vistas a la desclasificación de los informes, de forma que las informaciones fuesen más accesibles.

El Ministro adjuntaba a su carta una copia de los documentos relativos a las pruebas: a) el registro alfabético en el que se consignaba la presencia del demandante en Porton Down del 13 al 19 de julio de 1963; b) el registro recapitulativo que evocaba los dos ensayos (GF y gas mostaza) practicados al interesado y mencionaba los procesos de seguimiento a aplicarle (radiografía pulmonar, pruebas con ayuda de un caudalímetro de flujo máximo, cuestionario «x 3 x alcohol», pruebas de retención de aire y análisis de sangre); c) un informe titulado «Efectos en el hombre de la inhalación de GF», que describía el experimento consistente en efectuar una única inspiración de GF y analizaba los resultados de las pruebas realizadas a cincuenta y seis participantes, entre ellas aquella a la que se había prestado el demandante. Se indicaba que estos documentos estaban a disposición de todo ex participante que los solicitase. Se trataría de los primeros documentos obtenidos por el señor Roche sobre su participación en los ensayos.

La carta señalaba asimismo que numerosos informes sobre los trabajos de investigación relativos al GF ya habían sido objeto de una publicación no restringida o se encontraban en la Oficina de archivos públicos (Public Records Office). Iba a proseguir el examen de todos los expedientes a divulgar y figuraba adjunta a la carta una lista de todos los estudios pertinentes publicados entre 1957 y 1987. Hasta esa fecha ningún elemento llevaba a pensar que un ex voluntario hubiese sufrido una degradación duradera de su salud. Sin embargo, teniendo en cuenta las dificultades de orden práctico a las que se enfrentaba el ejercicio, no se llevó a cabo entonces, ni después, un estudio completo, independiente y prolongado sobre las consecuencias para la salud de la participación en las pruebas.

32 En una carta de 31 de agosto de 1999 enviada al PAT, el establecimiento de Porton Down indicaba que sí conocía al señor Roche, ya que había recibido numerosas comunicaciones que procedían de él así como de algunos diputados.

33 Por carta de 3 de mayo de 2001, Porton Down informó al demandante del descubrimiento de antiguos cuadernos de laboratorio que contenían informaciones sobre las pruebas de 1963: uno de ellos contenía algunas precisiones anteriormente no disponibles a propósito de las pruebas de gas mostaza en tejidos. Se había encontrado también una radiografía pulmonar antes de la exposición, así como la ficha correspondiente a la misma. Se invitaba al interesado a contactar con Porton Down si deseaba ver estas piezas u obtener copia de ellas.

C Documentos presentados por el Gobierno en el marco de la presente demanda

34 Además de los documentos adjuntos a la carta del Ministro de 2 de diciembre de 1997, se han presentado al Tribunal las siguientes piezas.

1 Documentos adjuntos a las alegaciones de 9 de marzo de 1998

35 El Gobierno ha indicado que los únicos documentos pertinentes encontrados eran los siguientes: a) un extracto de un dossier de laboratorio que presenta los resultados del test de personalidad y de inteligencia; b) extractos de informes de laboratorio relativos a unos análisis de sangre ligados a la prueba GF, de los que se desprende que el demandante se sometió a siete tomas de sangre; c) una explicación del balance de los análisis de sangre relacionados con la prueba GF.

2 Documentos adjuntos a las alegaciones de 5 de abril de 2001

36 El Gobierno ha rectificado sus anteriores explicaciones acerca de las siete tomas de sangre previamente mencionadas (apartado 19 supra); una de ellas se efectuó el 13 de julio de 1963, otra antes de la exposición del demandante al gas GF, y las otras cinco posteriormente. El Gobierno ha corregido igualmente otros errores relativos a las informaciones facilitadas en sus anteriores alegaciones sobre las pruebas en cuestión; concretamente ha puntualizado lo siguiente: «la referencia a "25 miligramos de GF [vapor por kilogramo de masa corporal]" parece ser un error tipográfico. En realidad, las dosis calculadas de GF iban de 0,16 a 2,84 microgramos por kilogramo de masa corporal». Asimismo, el Gobierno ha comunicado algunos documentos descubiertos recientemente en nuevas investigaciones: a) la radiografía pulmonar del demandante antes de la exposición y la ficha de información correspondiente (apartado 33 supra); b) un informe de agosto de 1942 que describe el desarrollo de las pruebas de sensibilidad al gas mostaza que lleva el título siguiente: «Método empleado en las experiencias fisiológicas realizadas en seres humanos en [Porton Down]»; c) extractos de un cuaderno de laboratorio titulado «Pruebas en prendas de ropa exterior: el gas mostaza sobre el ser humano» de mediados de julio de 1963 y que hace referencia al demandante.

D Las acciones ejercitadas por el demandante a nivel interno

1 La solicitud de una pensión militar

37 El 10 de junio de 1991, el señor Roche solicitó una pensión militar por «hipertensión/problemas respiratorios» causados por las pruebas de Porton Down (y también por la radiación sufrida en los ensayos nucleares realizados en la Isla Christmas). El Ministerio de Asuntos Sociales obtuvo copia de los historiales médicos (militar y civil) del demandante, así como un informe de su médico confirmando que padecía hipertensión, BPCO y asma de comienzo tardío. El 28 de enero de 1992 el Ministro rechazó la solicitud de pensión porque no se había demostrado ninguna relación causa-efecto entre las pruebas y las afecciones en cuestión. El demandante no interpuso recurso en esta fase.

2 Certificado emitido en virtud del artículo 10 de la Ley de 1947 sobre procedimientos relativos a la Corona (Crown Proceedings Act)(«la Ley de 1947»)

38 En 1994, el señor Roche consultó a unos solicitors y obtuvo asistencia jurídica con vistas a una demanda judicial. Por carta de 14 de noviembre de 1994 dirigida al Ministro, los solicitors del demandante amenazaron con incoar una demanda concretamente por falta, lesión corporal e incumplimiento de una obligación legal por parte del MOD; exigían la comunicación de todos los documentos médicos y de laboratorio de que dispusiese el Ministro o Porton Down sobre los ciclos de las pruebas de 1962 y 1963, a falta de lo cual su cliente acudiría al High Court al objeto de obtener su comunicación previa. A principios de enero de 1995, se produjo un encuentro «sin compromiso» entre los representantes del demandante y los del MOD; posteriormente, por carta de 5 de junio de 1995, los primeros solicitaron al MOD que precisase si se había emitido un certificado en virtud del artículo 10 de la Ley de 1947 («certificado en virtud del artículo 10»).

39 En una carta de 4 de julio de 1995, dirigida a los solicitors del señor Roche, el servicio de solicitudes del MOD escribió lo siguiente:

«La Agencia de pensiones de guerra [War Pensions Agency] nos ha informado de que una bronquitis aguda (1963), una lesión de rodilla y la pérdida de audición serían consideradas imputables al servicio y que se emitiría un certificado en virtud del artículo 10. Las demás afecciones por las que [el demandante] ha solicitado una pensión de guerra no han sido juzgadas imputables al servicio».

40 El 3 de agosto de 1995, el Ministro firmó, en virtud del artículo 10, un certificado que decía así:

«En la medida en que el perjuicio personal sufrido por el [demandante] se debe a algo que padece por el hecho de haber servido en el seno del ejército entre el 16 de febrero de 1954 y el 2 de abril de 1968, certifico por la presente que ese algo ha sido considerado imputable al servicio a efectos del derecho a una indemnización recogido en la disposición de 1983 relativa a las pensiones de invalidez y de supervivientes del personal de las fuerzas aéreas, navales y terrestres, etc. (The Naval, Military and Air Forces etc. [Disablement and Death] Service Pensions Order 1983, que trata sobre la invalidez y el fallecimiento de los miembros del ejército».

41 El 8 de agosto de 1995, el Treasury Solicitor (Procurador General de su Majestad) envió una copia de este certificado a los representantes del demandante.

3 El Comité de recursos de pensiones (Pensions Appeals Tribunal «el PAT»)

42 Tras la Sentencia del Tribunal de Derechos Humanos en el asunto McGinLey y Egan contra Reino Unido (Sentencia de 9 junio 1998, Repertorio de sentencias y resoluciones 1998-III) y de la divulgación de algunos documentos por el Gobierno en su escrito de alegaciones de 9 de marzo de 1998 relativo al caso, el demandante solicitó el aplazamiento de la presente demanda al objeto de poder ejercitar un recurso ante el PAT y, concretamente, solicitar la comunicación de documentos en virtud del artículo 6 del Reglamento del Comité de recursos de pensiones adoptado en 1980 para Inglaterra y el País de Gales («Reglamento del PAT»). La presente demanda fue pues aplazada.

43 El 1 de junio de 1998, el señor Roche presentó un recurso ante el PAT. Como la Agencia de pensiones de guerra (War Pensions Agency - «WPA», órgano especializado del Ministerio de Asuntos Sociales) precisó que era necesario un formulario complementario, el interesado volvió a presentar su recurso el 8 de noviembre del mismo año.

44 En febrero de 1999, el demandante recibió el informe del asunto. Obtuvo dos prórrogas del plazo que le había sido impuesto para la presentación de su réplica a este informe (al objeto de obtener el dictamen de un experto en patología química sobre los documentos ya divulgados y sobre aquellos que procedería asimismo solicitar en el marco del recurso ante el PAT, y examinar las nuevas alegaciones del Gobierno presentadas en la presente demanda) y precisó que iba a formular una solicitud en virtud del artículo 6.1 del Reglamento del PAT.

45 El 30 de julio de 1999, la WPA recibió su respuesta, así como una carta que señalaba que esta respuesta incluía una solicitud de divulgación de documentos fundamentada en el artículo 6.1 del Reglamento del PAT: el párrafo 18 de la respuesta presentaba una lista de diecisiete categorías de documentos reclamados por el interesado en virtud de la disposición en cuestión.

46 El 10 de agosto de 1999, la WPA respondió que se estaban efectuando investigaciones al objeto de obtener el conjunto de informaciones requeridas en virtud del artículo 6.1 del Reglamento del PAT. En cuanto recibiese estas informaciones, la WPA solicitaría al presidente del PAT autorización para divulgarlas.

47 Ese mismo día, la WPA escribió a Porton Down adjuntando copia de la solicitud del señor Roche fundamentada en el artículo 6 y solicitando que se le facilitasen las informaciones lo antes posible para que el presidente del PAT pudiese dar su conformidad.

48 El 14 de marzo y el 13 de abril de 2000, la WPA transmitió al interesado y al PAT, respectivamente, la cláusula adicional al informe del asunto (que incluía elementos médicos complementarios).

49 El 3 de agosto de 2000, el presidente del PAT respondió a una pregunta del demandante indicando que su asunto no había sido inscrito en el turno de causas porque se estaba a la espera de otras pruebas escritas así como de la respuesta del Ministro.

Señalaba, no obstante, que como la solicitud fundamentada en el artículo 6 del Reglamento del PAT no debía haber sido formulada en la réplica del demandante al informe del asunto, la solicitud en cuestión acababa de descubrirse. El señor Roche era invitado a confirmar que deseaba que se considerase el apartado 18 de su réplica como solicitud en virtud del artículo 6; si este fuese el caso, el presidente le rogaba que facilitase todas las alegaciones que pudiesen ayudarlo a estudiar la pertinencia de los documentos para las cuestiones a examinar en el marco del recurso. El demandante debía asimismo designar el servicio administrativo que debía ser objeto de un mandamiento en virtud del artículo 6.

50 El 9 de noviembre de 2000, el señor Roche confirmó al presidente del PAT que el apartado 18 de su réplica constituía su demanda fundada en el artículo 6, presentando unas alegaciones detalladas sobre los puntos indicados por el presidente.

51 En una carta de 13 de noviembre de 2000, el presidente del PAT rogaba al demandante que presentase un proyecto de mandamiento y compareciese en la vista consagrada a esta cuestión; temía en efecto que el texto de algunos pasajes de la solicitud fundamentada en el artículo 6 pudiese parecer ambiguo y poco claro. El interesado presentó un proyecto de mandamiento (enumerando en esencia los documentos ya mencionados en el apartado 18 de su réplica).

52 Por decisión de 1 de febrero de 2001, el presidente de el PAT requirió al Ministro, en aplicación del artículo 6.1 del Reglamento del PAT, que divulgara los documentos que figuraban en la lista, debido a que «probablemente presenta[ban] un interés para las cuestiones a resolver en el marco del recurso».

53 El 6 de julio de 2001, el Ministro respondió al mandamiento del presidente del PAT. Su respuesta llevaba la mención de «secreto médico» y hacía referencia a los documentos que el Gobierno ya había presentado al Tribunal (apartados 34-36 supra). El Ministro no estaba en condiciones de dar una respuesta definitiva a la solicitud relativa a la quinta categoría de documentos requeridos (a saber «todo informe científico o médico, publicado o redactado para uso interno en Porton Down, el MOD u otros servicios u órganos administrativos, y referentes a estudios o experimentos realizados a voluntarios en Porton Down entre 1957 y 1968 y que son similares o están relacionados con estudios o experimentos en los que participó [el demandante]»). Se emprendió un estudio exhaustivo y minucioso pero que constituía un largo proceso. Numerosos documentos identificados como potencialmente pertinentes para la solicitud estaban clasificados de secretos. El Ministro había solicitado que se examinase de urgencia la posibilidad de desclasificar estos documentos; una vez regulada la cuestión, daría al PAT una respuesta completa. Asimismo, facilitaría diversas explicaciones en cuanto a las piezas que el Gobierno ya había presentado ante el Tribunal, así como precisiones sobre las fechas en las que el señor Roche había aparentemente participado en las pruebas, los niveles de exposición al gas y diversos títulos y abreviaturas que figuran en los documentos divulgados. Al margen de las presentadas ante el Tribunal, las únicas piezas comunicadas al PAT eran las hojas de servicio del demandante así como extractos del salario que mostraban que se había pagado una cantidad al señor Roche por su presencia en Porton Down durante una semana de julio de 1963.

54 El 25 de julio de 2001, se transmitió la carta del MOD al demandante. El 19 de julio de 2002, este último escribió al PAT una carta en la que presentaba sus excusas por no haber respondido y explicaba las razones de este retraso.

55 El 23 de agosto de 2002, el MOD comunicó bajo pliego unos documentos pertenecientes a la quinta categoría (descrita anteriormente), a saber dos informes titulados respectivamente «Factibilidad del estudio de seguimiento de la salud de los voluntarios de [Porton Down]» y «La exposición al GB por inspiración única». Se había expurgado de estos dos documentos algunos nombres de personas. El primer informe reconocía que los archivos conservados en Porton Down hasta finales de los años 70 consistían generalmente en la mención del nombre, la matrícula y la edad de los participantes en la fecha de los ensayos, y que estos archivos no eran «suficientes para permitir la realización de un estudio de carácter mórbido o de mortalidad completo». Era posible un estudio sobre las personas que habían participado en las pruebas después de 1976, pero «su utilidad era muy limitada y no [podía] servir sino para mostrar el interés de [Porton Down] en los eventuales problemas de salud de los voluntarios a largo plazo». Este informe concluía que un estudio de seguimiento completo sobre el conjunto de voluntarios era «irrealizable». El catálogo de la biblioteca de Porton Down mencionaba también un documento titulado «Informes exclusivos sobre la exposición precoz de voluntarios al GD [metilfluorofosfonato de pinacolina, conocido como «soman»] así como al GF y al DM [difenciloroarsina, conocida como «adamsite»]; sin embargo, no había podido encontrarse ningún ejemplar de este documento. El MOD adjuntaba igualmente una carta de 20 de agosto de 2002 que certificaba que nueve documentos requeridos se presentaban en «forma de informes o notas de servicio» y que, en consecuencia, no serían divulgados (artículo 6.1 del Reglamento del PAT).

56 Se fijó una vista para el 3 de octubre de 2002. El 27 de septiembre, el demandante se vio obligado a solicitar un aplazamiento, ya que su abogado le había informado de que debían hacerse más preguntas al doctor H. El 30 de septiembre de 2002, el PAT rechazó la solicitud de aplazamiento considerando poco probable que el doctor H. pudiera o quisiera establecer un informe.

57 El 2 de octubre de 2002, el MOD escribió al PAT y al señor Roche. Si bien había certificado anteriormente que nueve documentos no eran divulgables (en la carta de 23 de agosto de 2002 - apartado 55 supra), siete de ellos sí eran a partir de ahora accesibles. El MOD había «tenido la ocasión de volver a examinar los documentos (...) al objeto de determinar si podían ser objeto de una divulgación voluntaria (...), y para verificar que todo aquello que pueda divulgarse lo ha sido y garantizar al [PAT] una apertura y una asistencia óptimas». Algunos documentos divulgados habían sido censurados con el fin de proteger la identidad de los miembros del personal afectados y suprimir la información no pertinente. Dos documentos seguían sin ser divulgables: el primero parecía «no contener ningún elemento relativo» a las pruebas a las que se sometió el demandante y, en todo caso, «contenía informaciones que por razones de seguridad seguían siendo sensibles y no se prestaban a una divulgación voluntaria»; en cuanto al segundo, su comunicación era tributaria de la autorización de los Estados Unidos de América.

58 La vista tuvo lugar el 3 de octubre de 2002. Apoyado por la Oficina de veteranos (Veterans' Agency - la «VA», órgano que sucedió a la WPA), el demandante solicitó un

aplazamiento. En su decisión, pronunciada el 7 de octubre de 2002, el PAT se expresó así:

«El [PAT] considera muy lamentable que esta solicitud haya resultado necesaria debido a que los abogados [del demandante] no han examinado a tiempo unos documentos divulgados hace más de un año.

Sin embargo, puesto que parece que la [VA] carece de documentación y el demandante está confuso sobre la cuestión de si desea también invocar la hipertensión en su recurso, hemos decidido finalmente conceder el aplazamiento.

Es de lamentar que se desperdicien así los recursos de una jurisdicción. Para evitar que esto vuelva a producirse, el Comité ejercerá cierto control sobre la progresión del recurso».

El PAT debía verificar ante el MOD el estatus de ciertos documentos clasificados como secretos y los límites dentro de los que podían hacerse públicos, y requerir al MOD que asegurase, para el 21 de octubre de 2002, la divulgación de nuevos documentos. El MOD, la VA y el demandante debían, para el 18 de noviembre de 2002, indicar al PAT las cuestiones y los documentos que deseaban fuesen estudiados por el doctor H. El PAT añadiría sus propias preguntas y sometería un cuestionario compuesto al doctor H., el cual en respuesta informaría de ello al PAT. Asimismo, el demandante debía aclarar antes del 28 de octubre de 2002 su postura en cuanto a la eventual invocación de su problema de hipertensión.

59 El 21 de octubre de 2002, el MOD comunicó al PAT tres documentos excluidos de la lista de documentos secretos. En una carta de 8 de noviembre de 2002, el PAT transmitió al demandante las piezas en cuestión, acompañadas de la advertencia de que el MOD había divulgado estos documentos a efectos del recurso y que ninguna información contenida en los mismos debía utilizarse para otros fines sin el aval del MOD. Por carta de 25 de octubre de 2002, el señor Roche confirmó que iba a incluir la hipertensión en su recurso, explicó las razones de su confusión y solicitó una prórroga del plazo al objeto de presentar su recurso en este sentido. El 5 de diciembre de 2002, se presentó en el PAT un formulario de recurso «por hipertensión».

60 El 3 de diciembre de 2002, el PAT envió al doctor H. una carta a la que se figuraban adjuntos los documentos hasta entonces comunicados por el MOD, así como dos series de preguntas (preparadas por el demandante y el médico miembro del PAT). El 19 de febrero de 2003, el doctor H. envió su informe al PAT. Como el demandante señaló que el doctor H. había omitido las preguntas del PAT, este último respondió a las mismas en un informe complementario de 14 de mayo de 2003 dirigido bajo pliego al PAT.

61 A través de un documento fechado el 14 de octubre de 2003, el MOD presentó sus comentarios sobre los informes del doctor H. El 16 de octubre de 2003, la VA añadió una cláusula al informe del asunto.

62 La vista consagrada al examen del recurso ante el PAT se celebró el 23 de octubre de 2003. Pese a la tardanza de su presentación, el PAT aceptó conocer de la

queja relativa a la hipertensión, pero cuando resultó que la VA no había analizado los documentos presentados por el demandante en apoyo de su recurso, concedió al MOD, no sin reticencia, un aplazamiento para dar a la VA el tiempo «de estudiar convenientemente todos los elementos de prueba y redactar un dictamen médico motivado». Rechazó, por el contrario, el aspecto del recurso relativo a la BPCO.

63 El 14 de enero de 2004, el PAT emitió su decisión escrita. En cuanto a los hechos, admitía que el señor Roche había sido sometido a unas pruebas con gas mostaza «en un momento dado en 1962, así como a los ensayos -comprobados- de julio de 1963», incluso si las hojas de servicio del demandante y los informes de investigación no hacían constar las pruebas de 1962. Consideró «inquietantes» las «dificultades» halladas por el interesado en obtener los documentos presentados ante él. Añadía lo siguiente:

«1. Consideramos probado que, tras las pruebas llevadas a cabo en 1962 y en 1963, el contacto cutáneo con el gas mostaza no ha tenido ningún efecto duradero en el sistema respiratorio [del demandante].

2. Consideramos probado que al [demandante] no se le administraron sino dosis bajas de gas mostaza y de gas GF, que no podían entrañar sino una exposición mínima, por escape gaseoso, al gas mostaza y una reacción limitada y transitoria al gas GF. Aunque no haya documentos sobre las dosis, se sabe que las pruebas con gas mostaza perseguían probar la eficacia de las ropas militares en caso de exposición a dicho gas; no se trataba realmente de pruebas sobre el gas. Además, tras la muerte accidental de una persona en Porton Down, en 1953, se habían establecido unas garantías para que los voluntarios no fuesen expuestos sino a dosis exentas de riesgo.

3. Se desprende claramente de los elementos de prueba que al [demandante] no se le administraron en ninguna de las dos pruebas unas dosis que pudiesen tener unos efectos duraderos similares a los descritos en los trabajos de investigación. El [perito del PAT], por ejemplo, admitiendo que puede descubrirse un vínculo favorable a nuevas investigaciones que pasen por un estudio de seguimiento a largo plazo, concluye que nada permite establecer una relación entre la exposición [del demandante] a uno u otro de los gases y su estado de salud actual. Aprobamos su conclusión según la cual, vista la liviandad de las dosis y de las reacciones inmediatamente observadas en [el demandante], se descarta la hipótesis de una relación entre las pruebas y las afecciones invocadas.

4. Nos apoyamos muy particularmente en el dictamen pericial [del doctor H.]. El especialista ha analizado los datos específicos a tener en cuenta en el caso [del demandante] y cotejado estos datos con las afecciones invocadas. Si los trabajos de investigación en los que se basa [el demandante] presentan cierto interés en el plano probatorio, tienen sin embargo un carácter muy general y especulativo. Es por ello que concedemos preferencia a las pruebas y conclusiones formuladas en los informes [del doctor H.]».

El PAT admitió que, desde un punto de vista jurídico, era suficiente con demostrar que el acontecimiento probado acaecido en el marco del ejército había jugado un papel

causal en el estado de salud del demandante, incluso si otros factores habían podido contribuir a éste. No obstante, precisó lo siguiente:

«2. Consideramos que la ausencia de eventuales elementos en otras pruebas de seguimiento no es suficiente para que una prueba sea fiable.

3. Consideramos que existen pruebas fiables en cuanto a las pruebas de Porton Down a las que se prestó [el demandante]. No obstante, estos elementos de prueba tienden más bien a apoyar el punto de vista según el cual no existe en efecto ninguna relación entre las pruebas en cuestión y el estado de salud actual [del demandante]. No se cumple, por lo tanto, la condición de la duda razonable.

4. Ningún elemento fiable deja suponer la existencia de una relación causa-efecto entre las pruebas -tanto de gas mostaza como de gas GF- y el estado de salud invocado.

5. La opinión [del perito del PAT] según la cual "no puede excluirse la posibilidad" de una relación entre la exposición al gas GF y/o al gas mostaza y el estado de salud invocado no cumple la condición de la "duda razonable". Además [el perito] "descarta" la exposición al GF como causa y estima "poco probable" que el gas mostaza lo sea.

6. Por último [el abogado del demandante] nos invita a admitir el recurso por motivos que pueden resumirse como de "equidad general". Ahora bien, el [PAT] no tiene el poder legislativo o discrecional necesario para obrar de esta forma. El [PAT] rechaza también el recurso en lo que atañe a la [BPCO]».

64 El 4 de febrero de 2004, el señor Roche solicitó al PAT la autorización para dirigirse al High Court (sobre la cuestión de la BPCO) y la suspensión del recurso relativo a la hipertensión que seguía pendiente ante el PAT. El 26 de abril de 2004, se denegó la autorización; el PAT notificó su decisión motivada el 28 de abril de 2004.

65 El 11 de mayo de 2004, el señor Roche pidió autorización para incoar recurso ante el High Court. La autorización le fue concedida el 13 de julio de 2004.

66 El 10 de agosto se presentaron el recurso del demandante y el esquema de su argumento. Se fijó el examen del mismo para el 7 de octubre de 2004.

67 El 8 de octubre de 2004, el High Court admitió el recurso y remitió la causa al PAT para un nuevo examen.

68 El 7 de marzo de 2005, se celebró una vista ante el PAT. Ésta ordenó el examen conjunto de los aspectos relativos a la hipertensión y la BPCO, así como el intercambio, antes del 18 de abril de 2005, de todo nuevo documento pertinente para el recurso. En esta última fecha, el Treasury Solicitor precisó que, debido a su limitado interés, la mayor parte de estos documentos (entre ellos dos actas de reuniones que, según el artículo 6, podían no ser divulgados) no eran de obligada comunicación, que todos habían sido desclasificados y pertenecían en adelante a la categoría «desclasificados» y que el MOD haría todo lo posible para presentar los anexos evocados en ciertos documentos.

E Servicios de información y estudios sanitarios

69 En 1998 las Fuerzas Armadas crearon un servicio encargado de atender las demandas de información provenientes de ex participantes en las pruebas de Porton Down («el dispositivo de 1998»). El folleto de información editado al efecto indica que un ex participante puede solicitar documentos relativos a las pruebas que le afecten y elementos complementarios sobre los procedimientos propiamente dichos, que se facilita al solicitante una síntesis y que, si desea acudir a Porton Down, puede ir y llevarse copias de los documentos en cuestión. El folleto señala asimismo que desde 1942 existen archivos razonablemente completos, pero que las personas afectadas deben comprender que los expedientes antiguos son a menudo muy someros, que la forma en que entonces se mantenían los archivos no corresponde a los criterios actuales y que, en ocasiones, la presencia de una persona puede incluso no haber sido consignada. El folleto afirma igualmente que ningún participante se ha vuelto a encontrar mal después de las pruebas de Porton Down.

70 En 2001, el MOD lanzó el Programa de evaluación del estado de salud de los voluntarios de Porton Down, a través del cual se trataba de hacer una encuesta sobre los problemas de salud de las personas que habían participado en las pruebas. El estudio aludía a 111 ex participantes pero no constaba de grupo de muestra. Desembocó en la publicación, en abril de 2004, de un informe titulado «Constataciones clínicas relativas a 111 ex voluntarios de Porton Down». Éste señala que más de 20.000 personas participaron en las pruebas desde la creación en 1916 de Porton Down, que 3.000 de ellas se prestaron a los ensayos con gases neurotóxicos y 6.000 a pruebas con gas mostaza, habiendo sido expuestos algunos militares a los dos tipos de gas. Concluía:

«En el plano clínico, no se ha descubierto ningún elemento que apoye la hipótesis según la cual la participación en Porton Down tendría efectos nocivos duraderos en la salud u originaría patologías inhabituales respecto a las observadas en la misma franja de edad en el seno de la población general».

71 En julio de 2002, el MOD financió un «proyecto piloto inicial de investigación» sobre la mortalidad y la frecuencia del cáncer entre los ex participantes en las pruebas de Porton Down. En este marco, se comparó a 500 ex participantes con un grupo de muestra de otros 500 militares, y se decidió emprender un amplio estudio epidemiológico. Iniciado a mediados de 2003, debía durar unos dos años.

72 Tras la desaparición del señor Maddison, soldado del Ejército del Aire fallecido en mayo de 1953 tras haber sido expuesto al gas sarín (agente neurotóxico, llamado también «gas GB», similar al GF), un coronel llevó a cabo una encuesta judicial, concluyendo con la constatación de «muerte accidental». Se presentó una demanda con vistas a la apertura de una nueva investigación judicial, debido concretamente a que el coronel había presentado elementos incompletos; en noviembre de 2002, el Tribunal de apelación ordenó una nueva investigación. Ésta finalizó el 15 de noviembre de 2004; el Jurado concluyó que la causa de la muerte del señor Maddison era «la aplicación de un agente neurotóxico en el marco de un experimento no terapéutico». Parece que actualmente está en curso un procedimiento de control jurisdiccional.

Alrededor de 2004-2005, una organización no gubernamental («los veteranos de Porton Down») descubrió en las investigaciones efectuadas en la Oficina de archivos

públicos dos cartas fechadas en mayo y agosto de 1953; éstas contenían dictámenes jurídicos del Treasury Solicitor a la intención del MOD relativos al asunto Maddison y al artículo 10 de la Ley de 1947. El 7 de febrero de 2005, la organización en cuestión envió estos documentos al servicio del MOD encargado de los veteranos y de las cuestiones de salud vinculadas al pasado. La carta fechada en agosto de 1953 contenía el pasaje siguiente:

«Cuando inicialmente se me sometió el asunto, examiné la pertinencia del artículo 10 de la Ley de 1947 sobre los procedimientos relativos a la Corona y llegué a la conclusión de que esta disposición no se aplicaba. A la vista de las informaciones de que dispongo, sigo opinando lo mismo. El apartado 1 de este artículo, que trata de las lesiones corporales causadas por actos de los miembros de las Fuerzas Armadas, no puede aplicarse ya que -según lo que he creído comprender- el gas GB fue administrado al señor Maddison por personal civil y no por ningún miembro de las Fuerzas Armadas. El apartado 2 parece también inaplicable. Dispone que el personal de las Fuerzas Armadas no puede entablar civilmente una acción judicial contra la Corona por fallecimiento o lesión corporal debida a un accidente del que haya sido víctima un miembro de las Fuerzas Armadas de la Corona «debido a la naturaleza o al estado del equipamiento o de un material utilizado por las Fuerzas Armadas de la Corona». Según mi interpretación de los hechos de la causa, el gas GB no puede considerarse en ningún caso un «material utilizado por las Fuerzas Armadas», ya que se trata de una sustancia puramente experimental que nunca ha sido utilizada por las Fuerzas Armadas. El artículo 10 de la Ley de 1947 no exonera pues a la Corona o al Ministro de su responsabilidad».

II Legislación y práctica internas aplicables

A Posibilidades para los militares de actuar civilmente contra la Corona

1 La situación antes de 1947

73 En virtud de una norma bien establecida del derecho consuetudinario inglés, no se podía en ningún caso indagar acerca de la responsabilidad civil de la Corona.

74 No obstante, existían diversos elementos que servían de contrapeso a esta norma. Era posible actuar contra un militar culpable, y si éste había actuado en el ejercicio de sus funciones, la Corona asumía invariablemente la responsabilidad del pago de toda indemnización concedida. Cuando el individuo autor del perjuicio no podía ser identificado, se designaba un demandado al objeto de permitir que el procedimiento siguiese su curso. Asimismo, a partir de 1919, un militar herido en acto de servicio durante la guerra tenía derecho a una pensión de invalidez y su esposa podía también percibir una pensión. Posteriormente, estos derechos se extendieron a la invalidez y muerte causadas por un perjuicio imputable a cualquier forma de servicio en el seno de las Fuerzas Armadas (en tiempo de guerra o de paz). Una de las características de estos regímenes sucesivos es que el derecho a pensión no estaba subordinado al establecimiento de una falta de la Corona.

75 Debido a las críticas que suscitaba la posición de la Corona como parte, se consideró en los años 20 una legislación que tuviese por efecto que la Corona fuese responsable civil. En 1924, un comité de redacción recibió el mandato de elaborar un

proyecto de Ley previendo concretamente la posibilidad de ejercitar contra la Corona una acción de responsabilidad civil. Bajo el título «Derechos materiales», el punto 11 del proyecto de Ley presentado en 1927 (que nunca se aprobó) indicaba: «Sin perjuicio de las disposiciones de la presente Ley y pese a toda norma de derecho en sentido contrario se podrá indagar acerca de la responsabilidad civil de la Corona». Figuraba en el artículo 29.1 g) una atemperación a esta disposición, que enunciaba:

«Salvo indicación expresa en contrario en la presente Ley, nada en ésta:

(...) g) autoriza a un miembro de las Fuerzas Armadas de la Corona a ejercitar una acción contra la Corona por cualquier cuestión relativa a, derivada de o relacionada con la disciplina o las funciones de las Fuerzas Armadas o las reglas referentes a las mismas, o la ejecución o pretendida ejecución de esta disciplina, estas funciones y estas reglas por un miembro de las Fuerzas Armadas, o sobre otras cuestiones ligadas o accesorias a una de las cuestiones anteriormente citadas (...).

2 La Ley de 1947 sobre los procedimientos relativos a la Corona (Crown Proceedings Act - «la Ley de 1947»)

76 La Ley de 1947 aportó unos cambios considerables -de orden material y procesal- en cuanto a la posibilidad de ejercitar una acción contra la Corona.

77 Esta Ley consta de cuatro partes: la primera se titula «Disposiciones materiales» (artículos 1 a 12), la segunda «Competencia y procedimiento», la tercera «Sentencia y ejecución», y la cuarta «Cuestiones diversas».

78 El artículo 1 dispone que la demanda contra la Corona es preceptiva y no está subordinada a una acción (petition of right) sancionada por Real decreto.

79 El artículo 2 de la Ley de 1947 dispone:

«2. Responsabilidad civil de la Corona

1) Sin perjuicio de las disposiciones de la presente Ley, la Corona está sometida al conjunto de responsabilidades civiles a la que estaría sujeta si fuese un particular mayor de edad dotado de plena capacidad:

a) en los delitos civiles cometidos por sus empleados o funcionarios;

b) en todo incumplimiento de las obligaciones que, en el derecho consuetudinario inglés, correspondan a una persona hacia sus empleados o sus funcionarios por el hecho de ser su empleador; y

c) en todo incumplimiento de las obligaciones que el derecho consuetudinario inglés vincula a la propiedad, la ocupación, la posesión o el control de los bienes; quedando claro que no puede entablarse un procedimiento contra la Corona en virtud del párrafo a) del presente apartado por un acto u omisión de un empleado o funcionario de la Corona a menos que, si no fuese por esta Ley, el acto u omisión en cuestión constituya un

motivo de acción de responsabilidad contra el empleado o el funcionario en cuestión o contra su sucesión».

80 Los miembros de las Fuerzas Armadas debían ser objeto de un trato distinto. Si fallecían o se lesionaban en el ejercicio de sus funciones, no podía demandarse a la Corona una vez que el Ministro hubiese certificado que el fallecimiento o la lesión corporal en cuestión se consideraban imputables al servicio a los efectos del derecho a una pensión de guerra. De esta forma, el artículo 10 de la Ley de 1947, titulado «Disposiciones relativas a las Fuerzas Armadas» decía lo siguiente:

«1. Ninguna falta u omisión por un miembro de las Fuerzas Armadas de la Corona en el ejercicio de sus funciones podrá comprometer su responsabilidad civil ni la de la Corona en caso de fallecimiento de otra persona, o de lesiones corporales sufridas por otra persona, si en el momento de los hechos el interesado era miembro de las Fuerzas Armadas de la Corona:

a) Si en la época de los hechos la víctima como miembro de las Fuerzas Armadas de la Corona o, sin servir como tal, se encontraba en un terreno, edificio, bordo de un buque, avión o vehículo utilizado en ese momento por las Fuerzas Armadas de la Corona; y

b) Si el [Ministro] certifica que la cosa sufrida por la víctima ha sido o será considerado imputable al servicio a los efectos del derecho a una indemnización previsto por el Royal Warrant, un decreto ministerial o una ordenanza real relativa a la invalidez o el fallecimiento de los miembros del ejército del que forma parte, quedando claro que este párrafo no exime a un miembro de este ejército de su responsabilidad civil en los casos en los que un tribunal constate que el acto o la omisión no está ligado al cumplimiento de las tareas que le corresponden como miembro del ejército.

2. No podrá entablarse ninguna acción de responsabilidad civil contra la Corona por un fallecimiento o unas lesiones corporales debidas a la cosa sufrida por un miembro de las Fuerzas Armadas de la Corona:

a) Si esta cosa es la consecuencia de la naturaleza o el estado del terreno, del edificio, del buque, del avión o del vehículo en el sentido citado anteriormente, o de la naturaleza o del estado de un equipamiento o un material utilizado por las Fuerzas Armadas de la Corona; y

b) Si el [Ministro] emite el certificado citado en el párrafo precedente. Asimismo, ningún acto u omisión de un oficial de la Corona compromete su responsabilidad civil por un fallecimiento o unas lesiones corporales cuando este fallecimiento o estas lesiones corporales se deben a una cosa sufrida por un miembro de las Fuerzas Armadas de la Corona y se cumplen en cuanto a esta cosa las condiciones anteriormente mencionadas.

3. (...) [El Ministro], si constata concluido:

a) Que en una circunstancia concreta una persona estaba o no de servicio en calidad de miembro de las Fuerzas Armadas de la Corona; o

b) Que en un momento concreto un terreno, un edificio, un buque, un avión, un vehículo, un equipamiento o un material eran o no utilizados por las Fuerzas Armadas,

podrá emitir un atestado certificando este hecho; a efectos del presente artículo, dicho certificado tiene valor de prueba en cuanto al hecho que certifica».

Las palabras «sin perjuicio de las disposiciones de la presente Ley» contenidas en el artículo 2 de la Ley tenían por efecto subordinar este artículo a las disposiciones del artículo 10.

3 La Ley de 1987 sobre los procedimientos relativos a la Corona (Fuerzas Armadas) (Crown Proceedings (Armed Forces) Act 1987 - «la Ley de 1987»)

81 La excepción formulada en el artículo 10 de la Ley de 1947 fue suprimida por la Ley de 1987. Esta derogación no tenía carácter retroactivo. Así, a partir de 1987, una acción de responsabilidad civil entablada por un miembro de las Fuerzas Armadas (o su sucesión) por fallecimiento o lesión corporal por una causa que se sitúa en un período anterior a 1987 no puede seguir su curso una vez que el Ministro ha emitido el certificado pertinente. Las razones por las cuales no se dotó a la Ley de un efecto retroactivo fueron expuestas de esta forma por el diputado que presentó el proyecto de Ley (Hansard, HC, 13 febrero 1987, col. 572).

«Los sucesivos Gobiernos se oponen en principio a la adopción de Leyes retroactivas, a fortiori si se trata de imponer una responsabilidad retroactiva a otra persona. En segundo lugar, sería manifiestamente injusto imponer una responsabilidad retroactiva a un militar por actos pertenecientes al pasado, incluso si la Corona, su empleadora, debiese cubrirle. Ello implicaría que una persona supuestamente culpable de negligencia sea obligada a rendir cuentas ante la justicia años después de haber cometido el acto que, en la época, no comprometía su responsabilidad según la legislación. Tal inconveniente milita contra la idea de una legislación retroactiva. En tercer lugar (...) en la tramitación de las quejas antiguas ¿Dónde se establecería el límite para ser justo y equitativo respecto al conjunto de demandantes? ¿Cómo establecer un umbral de exigencia lógico por debajo del cual el MOD y los tribunales se negarían a examinar las demandas? ¿Cómo se podría dar satisfacción a las personas cuya demanda cayese en el lado malo de esta línea arbitraria? ¿Cómo se supone que el [MOD], y en definitiva los tribunales, valorarían los asuntos antiguos en los que ya no se dispone de unas pruebas escritas o unos testigos indispensables?»

Son estas unas preguntas de orden práctico para las que desgraciadamente no hay respuestas preparadas. Es por lo que pienso que el único trámite razonable es derogar el artículo 10 a partir de la fecha de la promulgación de la Ley».

4 La Ley de 1980 sobre la prescripción (Limitation Act 1980)

82 El artículo 11 de esta Ley dispone que toda demanda de indemnización por lesión corporal deberá presentarse dentro de un plazo de tres años a partir de que se produzca el motivo para actuar.

B El asunto Matthews contra Ministerio de defensa

83 El señor Matthews había servido en la marina entre 1955 y 1968. Quejándose de haber sufrido, en el ejercicio de sus funciones militares, una lesión corporal debida a su exposición a fibras y polvo de amianto, entabló en 2001 contra el MOD una acción de responsabilidad civil directa e indirecta (por ser miembros del ejército) por negligencia e incumplimiento de obligaciones legales.

1 El High Court - [2002] EWHC 13 (QB) (22 enero 2002)

84 Sobre la cuestión previa de si se podía demandar al MOD teniendo en cuenta el artículo 10 de la Ley de 1947, el High Court consideró esta disposición incompatible con el artículo 6.1 del Convenio.

85 Al determinar si el artículo 10 se consideraba una restricción procesal o material de los derechos del interesado, el High Court consideró que la cuestión llevaba a preguntarse si un certificado en virtud del artículo 10 tenía por efecto suprimir no solamente el derecho para el señor Matthews de presentar una demanda de indemnización, sino también su derecho primordial derivado del deber de vigilancia (duty of care) de la Corona:

«Si, tras aprobarse la Ley de 1947, él gozaba del derecho primordial de no ser expuesto al amianto en unas circunstancias que constituyesen una falta o un incumplimiento de una obligación legal, el artículo 10 ha suprimido pura y simplemente su derecho secundario a solicitar reparación de su violación, y esta privación no es sino una barrera procesal al ejercicio de su derecho secundario a elegir interponer un recurso por vulneración de su derecho primordial».

Para concluir que el artículo 10 se consideraba un obstáculo procesal al ejercicio de un derecho de acción de responsabilidad existente y que, en consecuencia, se aplicaba el artículo 6, el High Court se apoyó concretamente en los asuntos *Tinnelly & Sons Ltd* y otros y *McElduff* y otros contra Reino Unido (Sentencia de 10 julio 1998, Repertorio 1998-IV) y *Fogarty* contra Reino Unido ([GS], núm. 37112/1997, TEDH 2001-XI).

86 La restricción debía pues someterse al criterio de la proporcionalidad. El High Court concluyó, a este respecto, que los inconvenientes de un régimen de pensiones eran tales que el acceso a éste era un precio «excesiva e incluso intolerablemente» alto a pagar para no tener que probar la falta, que a fin de cuentas no podía aplicarse sino en los casos en los que suscitase dudas la cuestión de la falta de la parte contraria. El High Court se declaró asimismo no convencido de que la decisión de derogar la Ley de 1947 sin carácter retroactivo fuese una medida proporcionada ya que una constatación de responsabilidad debido a una conducta que, en el momento de los hechos, no constituía un motivo de responsabilidad era una solución mucho menos perniciosa que la consistente en negar una indemnización adecuada a una persona lesionada a consecuencia de una negligencia.

2 El Tribunal de apelación - [2002] EWCA Civ 773 (29 mayo 2002)

87 El Tribunal de apelación admitió el recurso del MOD. Consideró que el artículo 10 producía unos efectos materiales y no procesales, y que el High Court se había basado erróneamente en el asunto Fogarty anteriormente mencionado. El Master of the Rolls declaró lo siguiente:

«La exigencia contenida en el artículo 10 -que hace de un certificado del Ministro una condición necesaria para rechazar el motivo de acción de un demandante- es inhabitual y difícil de analizar; no puede considerarse simplemente una opción que permite bloquear la demanda mediante una barrera procesal».

88 El Tribunal de apelación rechazó la objeción del MOD -basada en la Sentencia Pellegrin contra Francia (TEDH 1999, 65) ([GS], núm. 28541/1995, TEDH 1999-VIII) y la Sentencia R. contra Bélgica (núm. 33919/1996, 27 febrero 2001 [TEDH 2001, 123]), más reciente- relativa a la aplicabilidad del artículo 6.1. Consideró que el asunto Pellegrin trataba únicamente de «litigios planteados por los funcionarios del Estado acerca de sus condiciones de servicio», mientras que el asunto ante él hacía referencia al artículo 10 de la Ley de 1947 y sus efectos en una acción de responsabilidad dirigida contra el MOD.

3 La Cámara de los Lores - [2003] UKHL 4

89 El demandante presentó ante la Cámara de los Lores un recurso en el que alegaba que el Tribunal de apelación había ignorado un principio claro establecido en el asunto Fogarty. El MOD abandonó el argumento basado en la Sentencia Pellegrin.

90 La Cámara de los Lores (compuesta por Lord Bingham of Cornhill, Lord Hoffmann, Lord Hope of Craighead, Lord Millett y Lord Walker of Gestingthorpe) inadmitió el recurso por unanimidad. Consideró que el mantenimiento de la distinción entre restricciones procesales y restricciones materiales al acceso a un tribunal, era necesaria debido a que el artículo 6 afectaba a la equidad del procedimiento y a la integridad del sistema judicial de un Estado, y no al contenido material del derecho interno. Reconoció, sin embargo, que establecer una línea de demarcación entre lo material y lo procesal era un ejercicio delicado, ya que la jurisprudencia resultante del Convenio daba testimonio de cierta dificultad al respecto. Basándose, por un lado, en el texto del artículo 10 de la Ley de 1947, el contexto histórico en el que se inscribía, la intención del legislador y la manera en que concretamente funcionaba esta disposición y, por otro lado, en un análisis completo de la jurisprudencia resultante del Convenio y los principios aplicables, la Cámara de los Lores concluyó que el artículo 10 mantenía la ausencia de responsabilidad civil de la Corona respecto a los militares por las lesiones corporales imputables al servicio y facilitaba la obtención, por estas personas, de una pensión no fundamentada en la noción de culpa, eliminando la necesidad de probar la imputabilidad. El artículo 10 se consideraba pues una limitación material de la responsabilidad civil de la Corona hacia los militares por las lesiones corporales sufridas durante el servicio, a la que no se aplicaba el artículo 6.1.

91 Tras analizar la jurisprudencia resultante del Convenio, Lord Bingham señaló que, cualquiera que fuese la dificultad en desmarcar las restricciones procesales de las restricciones materiales a un derecho concreto reconocido por la legislación interna, el análisis preciso de los derechos materiales del demandante en virtud de la legislación interna era, sin embargo, una primera etapa esencial para determinar si esta persona

tenía, según el sentido autónomo que el Convenio atribuye a esta expresión, un «derecho de carácter civil» que hiciese aplicable el artículo 6.

Recordando después la evolución histórica del artículo 10, Lord Bingham consideró que estaba claro que el legislador no había tenido la intención de conferir un derecho material a solicitar indemnización. Consideró que raras eran las normas de derecho consuetudinario inglés que son más constantes y más absolutas que las que excluyen toda acción de responsabilidad contra la Corona, añadiendo que desde el momento en que no existía ningún perjuicio del que pudiera quejarse un demandante (aplicación del adagio en virtud del cual el rey no puede hacer daño), no era posible la reparación por la vía de una demanda judicial no era posible. Las demandas -calificadas de «demandas exentas»- contra la Corona al objeto de obtener una indemnización, entre otras cosas, por las lesiones corporales sufridas por un miembro de las Fuerzas Armadas durante el servicio eran «absolutamente excluidas». Cuando se presentaron en los años 20 los proyectos de reforma, no se propuso ningún motivo de acción para las «demandas exentas». Cuando en 1947 se presentó en el Parlamento el proyecto de Ley sobre los procedimientos relativos a la Corona, el texto preveía una vez más que las demandas exentas fuesen «absolutamente excluidas»; en cuanto a las demandas que reunían las condiciones requeridas, debían dar lugar a una indemnización en forma de pensión no fundamentada en la noción de culpa.

Cuando la Cámara de los comunes modificó, al margen de todo contencioso, lo que iba a convertirse en el artículo 10.1, la intención no era cambiar la «idea maestra de la disposición tal y como había sido redactada anteriormente». El objeto del nuevo procedimiento de certificación era «facilitar la obtención de una pensión para las personas privadas de legitimidad para actuar en derecho consuetudinario inglés, suprimiendo la necesidad de probar la imputabilidad, condición esencial a la concesión de una pensión». Si la emisión de un certificado, en virtud del artículo 10.3, tenía un carácter discrecional, como lo mostraba la fórmula «puede emitir», no podía decirse lo mismo de la emisión de un certificado fundamentada en el artículo 10.1 b), vistos los términos empleados en esta disposición. La finalidad manifiesta de ésta era que el Ministro emitiese un certificado cuando se reuniesen las condiciones. Esta era, por otro lado, la práctica invariable de los ministros que se sucedieron en el curso de los cuarenta años siguientes. Incluso si los términos empleados habían cambiado a lo largo de los años, los tribunales ingleses seguían considerando que el artículo 10.1 excluía toda demanda en derecho consuetudinario inglés. De hecho, era el «carácter absoluto de la imposibilidad enunciada por el artículo 10.1» (combinada con la diferencia que se había incrementado entre la cuantía de una pensión y la de una indemnización solicitada en el marco del derecho consuetudinario inglés) que había alimentado la solicitud de derogación del artículo 10 y que había desembocado en la Ley de 1987. Para determinar si el artículo 10.1 imponía una barrera procesal o negaba un derecho material, había que tener en cuenta la realidad concreta; a este respecto, la práctica de los ministros había sido «uniforme e invariable», de forma que cualquier profesional habría dicho al señor Matthews que «forzosamente iba a emitirse» un certificado en virtud del artículo 10. Lord Bingham consideró que el asunto Fogarty se distinguía «categóricamente» del asunto Matthews entonces examinado y concluyó, por motivos muy similares a los expuestos por el Tribunal de apelación y por Lord Walker (ver infra), que procedía inadmitir el recurso.

92 En cuanto a la distinción entre las restricciones materiales y las restricciones procesales a un recurso judicial, Lord Walker hizo un análisis completo de la jurisprudencia que resulta del Convenio, y puso de manifiesto lo que él consideraba eran incoherencias en esta jurisprudencia y las dificultades de aplicación resultantes de la misma:

«127. La distinción entre barreras materiales y barreras procesales a un recurso judicial es ampliamente evocada en la jurisprudencia de Estrasburgo relativa al artículo 6.1; sin embargo, en los asuntos en cuestión no destaca una línea clara y única. Esto apenas sorprende. Si bien esta distinción se capta fácilmente en los casos extremos, se presta mucho más a debate si está próxima a la línea de demarcación, más aún cuando los diferentes sistemas jurídicos no la sitúan en el mismo lugar (...).

130. He tenido ya la ocasión de hacer referencia a varios de los grandes asuntos juzgados en Estrasburgo, pero es interesante ver cómo desde la sentencia principal dictada en 1975 en el asunto Golder han aparecido dos líneas contrastadas. Algunos asuntos subrayan la importancia de evitar cualquier restricción arbitraria o desproporcionada al acceso de un litigante a un tribunal, independientemente de la cuestión de si la restricción merece, por su propia naturaleza, la calificación de procesal; otros asuntos conceden importancia a la distinción entre fondo y procedimiento.

131. El primer asunto a señalar es el asunto Ashingdane contra Reino Unido (...). El apartado 1 del artículo 141 [de la Ley de 1959 sobre la salud mental] imponía unas restricciones materiales a los derechos de ejercitar una acción del demandante (exigiendo la mala fe o la negligencia) y el apartado 2 imponía una restricción procesal (la necesidad de obtener la autorización del High Court para ejercitar una acción). La Comisión (...) suscribió la opinión de las partes según la cual "poco importa[ba] que el impedimento sea de carácter sustancial o procesal. Basta con decir que el artículo 141 es un obstáculo infranqueable que restringe efectivamente las posibilidades de presentar una demanda de indemnización del interesado". Consideró, no obstante, que las restricciones en cuestión no habían sido arbitrarias ni irrazonables, ya que su finalidad era proteger al personal hospitalario contra las demandas infundadas o vejatorias. El Tribunal (...) adoptó un punto de vista similar.

132. En el asunto Pinder contra Reino Unido (...) (del que los asuntos Ketterick y Dyer no difieren mucho), la Comisión estimó (...) que el artículo 10 de la Ley de 1947 había reemplazado el derecho a presentar una demanda de indemnización por un sistema de concesión de pensiones no basado en la idea de culpa, y que ello había privado al demandante de un derecho de carácter civil: "De ello se deduce que el Estado no está obligado a justificar, contrariamente a lo que sostiene el demandante, una inmunidad inscrita en su Código civil alegando una necesidad social urgente". Sin embargo, la Comisión hizo referencia a continuación (...) a su informe relativo al asunto Ashingdane declarando: "Estos principios se aplican no solamente a un impedimento de carácter procesal, como una norma de incompetencia de los tribunales, como en el asunto Ashingdane, sino también a una exención material de responsabilidad como la del caso que nos ocupa. La cuestión que se plantea pues en el presente contexto es la de si el artículo 10 de la Ley de 1947 limita arbitrariamente la demanda civil del interesado".

133. La Comisión consideró que el artículo 10 no era arbitrario ni desproporcionado (...).

134. En el asunto Powell y Rayner contra Reino Unido (...), se trataba del efecto del artículo 76.1 de la Ley de 1982 relativa a la aviación civil en las personas que se quejaban del ruido de los aviones que se acercaban a tierra o despegaban del aeropuerto de Heathrow. Esta disposición descarta la responsabilidad del explotador en caso de demanda por perturbación en la posesión o molestias, desde el momento en que se prueba que el avión volaba a una altura razonable teniendo en cuenta las circunstancias y que su vuelo no vulneraba las disposiciones de la Ley en cuestión o de una disposición adoptada en virtud de la misma. El Tribunal europeo de Derechos Humanos rechazó unánimemente la queja de los demandantes basada en el artículo 6.1, basándose simplemente en el hecho de que los demandantes no podían pretenderse titulares de un derecho a indemnización consagrado por la legislación inglesa. Descartó asimismo un argumento subsidiario según el cual la facultad residual de actuar de los demandantes (en los casos no excluidos por el artículo 76.1) era ilusoria.

135. El Tribunal siguió en el asunto Fayed contra Reino Unido (...) un trámite mucho menos directo. (...) En la parte consagrada a los principios aplicables, se expresó (...) así: "Que una persona tenga, en el plano interno, una pretensión que pueda dar lugar a una acción en justicia puede depender no solamente del contenido material, hablando con propiedad, del derecho de carácter civil en cuestión definido por la legislación interna, sino también de la existencia de barreras procesales (procedural bars) que impidan o limiten las posibilidades de someter a un tribunal una potencial querrela. En esta última categoría de casos, el artículo 6.1 puede aplicarse hasta cierto punto. Desde luego los órganos del Convenio no pueden crear, a través de la interpretación del artículo 6.1, un derecho material de carácter civil sin base legal alguna en el Estado en cuestión. Sin embargo, que un Estado, por ejemplo, pueda sin reservas o sin control de los órganos del Convenio substraer a la competencia de los tribunales toda una serie de acciones civiles o exonerar de toda responsabilidad civil de grandes grupos o categorías de personas, no se concilia con la preeminencia del derecho en una sociedad democrática ni con el principio fundamental que subtiende el artículo 6.1 las reivindicaciones civiles deben poder ser sometidas al Juez".

136. Es difícil decir cuál es el alcance de esta última frase. El Tribunal evocaba posteriormente (...) la distinción entre restricciones materiales y restricciones procesales: "No siempre es fácil distinguir las limitaciones procesales y las limitaciones materiales a un derecho reconocido por la legislación interna. Expresar la limitación desde el punto de vista del derecho o del recurso con el que hay que acompañar a éste, no es a veces sino una cuestión de técnica legislativa". El Tribunal no fue más allá tratando de resolver este problema, porque en todo caso tendría que haber examinado las cuestiones del fin legítimo y de la proporcionalidad a efectos del artículo 8 (respeto de la vida privada) aunque no se le hubiese planteado ninguna queja en virtud de este artículo en el asunto en cuestión.

137. En Stubbings contra Reino Unido (...) y Tinnelly & Sons Ltd contra Reino Unido (...), el Tribunal indagó si eran justificables unas restricciones determinadas al acceso a un tribunal (las contenidas respectivamente en el artículo 2 de la Ley de 1980 sobre la prescripción y en el artículo 42 de la Ley de 1976 sobre la igualdad en materia de empleo

en Irlanda del Norte [Fair Employment (Northern Ireland) Act 1976], sin referirse expresamente a la distinción entre barreras materiales y barreras procesales. En *Waite y Kennedy contra Alemania* (...), la Comisión (...) calificó la inmunidad de simple barrera procesal que requería al respecto una justificación. El Tribunal se pronunció de igual forma (...) otorgando un peso importante al hecho de que se ofreciese a los demandantes otras vías de derecho no especificadas.

138. Los dos asuntos más recientes son de una importancia particular. En *Z contra Reino Unido* (...), el Tribunal (...) juzgó que no había habido violación del artículo 6.1 debido a la decisión de los Lores en el asunto *X. contra Bedfordshire County Council* (1995, 2 AC 633). Éste trataba de la responsabilidad de una autoridad local frente a unos menores que habían sufrido negligencia y abusos durante cinco años y cuyo sufrimiento era conocido por esta autoridad (no se había dictado ningún auto acordando la guarda de los niños). (...) Toda la parte de la sentencia del Tribunal consagrada al artículo 6.1 (...) merece ser estudiada con atención, pero su sustancia se desprende [del pasaje siguiente]: (...) "el Tribunal concluye que la imposibilidad para los recurrentes de demandar a la autoridad local deriva no de una inmunidad sino de unos principios aplicables que rigen el derecho de acción material en la legislación interna. No hubo limitación al acceso a un tribunal del orden de la incriminada en el asunto *Ashingdane*". La mayoría del Tribunal precisó claramente en su razonamiento que su decisión en el asunto *Osman* se basaba en una concepción errónea de la falta del derecho inglés.

139. Evoquemos para terminar el asunto *Fogarty contra Reino Unido* (...), resuelto unos seis meses después de *Z* por un tribunal que comprendía varios de los jueces (algunos en la minoría) que habían juzgado el asunto *Z*. El Tribunal retomó textualmente (...) el pasaje de *Fayed* citado anteriormente. Rechazó (...) el motivo de defensa del Reino Unido según el cual, debido al ejercicio de la inmunidad de los Estados, la demandante carecía de derecho material en el plano interno. El Tribunal concedió cierta importancia al hecho de que los Estados Unidos tuviesen la facultad de renunciar a la inmunidad (la sentencia dice de hecho que podían "escoge[r] no solicitar[la]"), viendo en ello una indicación del carácter procesal de la barrera en cuestión. Concluyó, sin embargo, en estos términos: "No se puede (...), de forma general, considerar como una restricción desproporcionada al derecho de acceso a un tribunal, tal y como lo consagra el artículo 6.1, unas medidas tomadas por la Alta Parte Contratante que reflejan unos principios de Derecho internacional generalmente reconocidos en materia de inmunidad de los Estados. Del mismo modo que el derecho de acceso a un tribunal es inherente a la garantía del proceso justo que concede este artículo, algunas restricciones al acceso también deben considerarse inherente a éste; ejemplo de ello son las limitaciones generalmente admitidas por la comunidad de naciones como derivadas de la doctrina de la inmunidad de los Estados". (...)

140. En un esfuerzo por borrar las incoherencias de la jurisprudencia de Estrasburgo, sería tentador suponer que las observaciones generales y bastante especulativas del Tribunal en *Fayed* (que no sirvieron de fundamento en su sentencia) representaban una desviación que, en *Z*, resultó ser un punto muerto. Sin embargo, esta explicación se enfrenta inmediatamente a una dificultad: en *Fogarty*, seis meses después de *Z*, el Tribunal (constituido en gran parte por los mismos jueces) escogió repetir palabra por palabra las observaciones formuladas en *Fayed*. La sombra incierta de *Osman* sigue planeando en este ámbito del derecho.

141. Sin embargo, [el abogado del señor Matthews] admite que para obtener una sentencia favorable debe convencerlos de que el artículo 10 de la Ley de 1947 constituye una barrera procesal. Considera que ello equivale a persuadirlos de que su cliente tenía en el momento de entablar su procedimiento un motivo para actuar contra el [MOD], y que dicho motivo se suprimió (o invalidó) por la invocación, por el [MOD], del procedimiento basado en el artículo 10. En su opinión, este hecho no puede distinguirse de la invocación por el Gobierno de los Estados Unidos (en Fogarty) del motivo de defensa relativo a la inmunidad de los Estados (o, más concretamente, de su decisión de no renunciar a la inmunidad del Estado): tanto en un caso como en el otro, el abogado se apoya en una barrera procesal para suprimir un derecho material que era válido cuando se entabló el procedimiento.

142. Considero que [el abogado del señor Matthews] tiene motivos para hacer esta concesión. Aunque sea difícil trazar la línea de demarcación entre fondo y procedimiento, el carácter general de la distinción está claro en principio, y también está claro que el artículo 6 se interesa en principio en la equidad del procedimiento y la integridad del sistema judicial de un Estado, y no en el contenido material de la legislación interna. La idea de que un Estado opte por un sistema de indemnización no basado en la culpa para ciertos perjuicios que podrían de otro modo dar lugar a acciones de responsabilidad no es contrario al artículo 6.1, como declaró la Comisión en el asunto Dyer (...) (en un informe que trataba específicamente del artículo 10 de la Ley de 1947 y al que ha hecho referencia con aprobación el Tribunal en varios asuntos posteriores).

143. Teniendo en cuenta las circunstancias, el argumento [del señor Matthews] se confunde prácticamente con el mero hecho de que el interesado tuviese un motivo para actuar cuando presentó su formulario de recurso, y que su acción no podía rechazarse por estar condenada al fracaso a menos que el Ministro emitiera un certificado en virtud del artículo 10. El Tribunal europeo de los Derechos Humanos no se interesa, sin embargo, por las apariencias ni por el vocabulario empleado, sino por la realidad (Van Droogenbroeck contra Bélgica (...)). El argumento [del señor Matthews] ignora la realidad. No discute que, en la práctica, el Ministro emita un certificado cada vez que procede hacerlo (en los planos jurídico y práctico). No goza de una libertad tan grande como un gobierno extranjero llamado a decidir si procede o no renunciar a la inmunidad del Estado (lo que puede no practicarse por anticipado, en particular en los asuntos de empleo políticamente sensibles). En Fogarty, la decisión de renunciar o no a la inmunidad sí era una decisión referente a una barrera procesal, pero no estoy totalmente convencido de que exista un paralelo con el presente caso. El hecho es que el artículo 10 de la Ley de 1947 sustituyó la demanda de indemnización por un sistema de indemnización no basado en la culpa en muchos asuntos anteriores a 1987, y que esta sustitución continúa actualmente aplicándose en los asuntos de perjuicios latentes sufridos con anterioridad a 1987. Se trataba, y sigue tratándose, de una cuestión de derecho material, y el hecho de que se previese la emisión de un certificado oficial (para evitar o al menos reducir en lo posible el riesgo de incoherencia entre las decisiones sobre la causalidad) no cambia nada. El artículo 10.1 b), considerado aisladamente, es una disposición que trata de proteger a las personas que tengan una queja contra el [MOD]. Apruebo el análisis de Lord Bingham sobre la evolución histórica de la Ley de 1947 y las conclusiones que de ello saca.

144. En estas condiciones, no considero útil ni deseable tratar de determinar si el artículo 10, evaluado como barrera procesal, responde a la exigencia de la proporcionalidad. Unos argumentos serios militarían tanto en un sentido como en el otro, y puesto que no es necesario que nos pronunciemos sobre este punto, prefiero no hacerlo».

93 Lord Hoffmann suscribió el razonamiento y las conclusiones de Lord Walker, a las que añadió algunas observaciones. Señaló que el abogado del señor Matthews (que es el abogado del señor Roche en este caso) admitía que si la Ley de 1947 afirmaba simplemente que los militares no tenían ningún derecho a presentar una acción en justicia, no era contraria al artículo 6. El señor Matthews alegaba, sin embargo, que la estructura de la Ley de 1947 era tal que, hasta la emisión de un certificado en virtud del artículo 10, había tenido un derecho de carácter civil (un motivo para ejercitar una acción de responsabilidad civil); si no se hubiese emitido ningún certificado, habría podido ejercitar su acción ante los tribunales; en consecuencia, el artículo 10 otorgaba al Ministro la facultad discrecional de parar en seco la acción del demandante e impedirle acceder a los tribunales. Lord Hoffmann señaló asimismo que si las disposiciones del artículo 10.1 b) y 10.2 b) tenían por objeto conferir al Ministro un poder discrecional de «abatirse sobre las personas que tienen quejas contra la Corona e impedir que las sometan a los tribunales», habría suscrito el argumento del demandante, ya que tal injerencia del Ejecutivo es contraria a la preeminencia del derecho y al principio de la separación de poderes. Ahora bien, al igual que Lord Bingham, cuyo análisis histórico hacía suyo, consideraba que evidentemente el artículo 10 delimitaba el motivo de acción material y que el certificado previsto por esta disposición no era sino una confirmación de obligado cumplimiento efectuada por el Ministro del carácter «imputable al servicio» de un perjuicio a efectos de la concesión de una pensión, contrapartida de la imposibilidad de presentar una demanda de indemnización. Lord Hoffmann precisó que él también estimaba que el asunto Matthews se distinguía del asunto Tinnelly (en la medida en que no había injerencia del Ejecutivo en las funciones del Poder judicial) y del asunto Fogarty (teniendo en cuenta el hecho de que en este último el gobierno extranjero en cuestión podía escoger someterse o no a la competencia de una jurisdicción).

94 Lord Hope analizó por su parte de forma bastante precisa la jurisprudencia y los principios que se desprenden del Convenio, la génesis de la Ley de 1947, el texto y el funcionamiento del artículo 10, así como el sistema de certificado previsto por el artículo 10. Se expresó así:

«72. El contexto general surge del hecho de que el artículo 10 proviene de la misma parte [I] de la Ley que el artículo 2. Este último, que enuncia los principios fundamentales de la responsabilidad civil de la Corona, se considera explícitamente que se aplica "sin perjuicio de las disposiciones de la presente Ley". El artículo 10 forma parte integrante del régimen general de responsabilidad descrito en la parte I de la Ley. Todo esto era nuevo. Ninguna de las disposiciones de esta parte -que preservaba la inmunidad de la Corona en ciertas hipótesis-, no podía considerarse, en el momento de la aprobación de la Ley, que retiraba a nadie el derecho a actuar que gozaba anteriormente.

73. En cuanto al artículo 10 en sí mismo (...), se basa en el principio de que si se formula una queja en virtud del artículo 2 de la Ley, el Ministro debe, a partir de los hechos, forjarse una opinión sobre la cuestión de si el asunto está cubierto por la

inmunidad. El Ministro está obligado a resolver. No puede afirmar que existe inmunidad sin establecer una declaración en forma de certificado redactada según las formas prescritas. No puede por ello, como Ministro responsable de la administración del sistema de pensiones de guerra, discutir la cuestión de si la cosa sufrida es imputable al servicio a efectos del derecho a una indemnización en el marco de dicho sistema. Se trata de una cuestión de derecho material. Este dispositivo forma parte integrante de la reforma global instaurada por la Ley de 1947. Los demandantes no han perdido nada de lo que tenían anteriormente. Por el contrario, el artículo 10 fue incluido en el sistema de la Ley en su beneficio».

Aprobando sin reservas los motivos expuestos por Lord Walker, Lord Hope concluyó que el artículo 10 constituía una restricción material del derecho a comprometer la responsabilidad civil de la Corona.

95 Lord Millett también analizó detalladamente la jurisprudencia del Tribunal, el contexto histórico y el texto del artículo 10, y la finalidad a atribuir, en consecuencia, al certificado previsto por el artículo 10. Se expresó de esta forma:

«Cuando el militar en cuestión presentaba una demanda por daños y perjuicios contra la Corona, se planteaba inmediatamente la cuestión de si había sufrido la lesión corporal en unas circunstancias que concedían al interesado un derecho a pensión, ya que si tal era el caso la Corona no estaba obligada a indemnizar. A veces, el Ministro había admitido ya -o el Comité había ya considerado- que cualquiera que fuese la causa de la lesión corporal invocada por el interesado, esta causa era imputable al servicio en el seno de las Fuerzas Armadas de la Corona. El Ministro emitía entonces un certificado al efecto y el asunto era archivado debido a que carecía de motivo para actuar.

(...) En tales circunstancias, el Ministro no era libre de conceder o denegar el certificado. Era invitado a certificar la existencia de una situación que eliminaba cualquier posibilidad de éxito del procedimiento. Como servidor del Estado, tenía el deber de establecer los hechos y certificar o no en consecuencia».

Lord Millett consideró que estaba claro que el certificado en virtud del artículo 10 no operaba como una barrera procesal que impidiese a un militar obtener una resolución judicial sobre su derecho de carácter civil. En cuanto al asunto Fogarty, precisó que, contrariamente a sus colegas, estimaba que las inmunidades invocadas por los Estados de conformidad con las normas generalmente admitidas del Derecho Internacional, escapaban totalmente al campo de aplicación del artículo 6. Por las razones expuestas por cada uno de los otros Lores -con las que estaba de acuerdo-, concluyó también con la inadmisión del recurso.

C Las pensiones militares

1 Las condiciones de concesión de una pensión militar

96 Las normas a las cuales obedece actualmente el pago de las pensiones militares en el caso, entre otros, de enfermedades y lesiones corporales imputables al servicio están recogidas en la disposición de 1983 relativa a las pensiones de invalidez y de supervivientes del personal de las fuerzas aéreas, navales y terrestres, etc. (The Naval,

Military and Air Forces etc. [Disablement and Death] Service Pensions Order 1983- «la disposición relativa a las pensiones»).

97 La condición básica que rige la concesión de una pensión es que la invalidez o el fallecimiento «se deba al servicio» (artículo 3 de la disposición relativa a las personas). Por «invalidez» se entiende «una lesión o un daño físico o psíquico o una pérdida de las facultades físicas o intelectuales». Cuando se formula una demanda más de siete años después del cese del servicio, se considerará que la invalidez o la muerte «se debe al servicio» si su causa está en una lesión que, o bien es imputable a un período de servicio posterior al 2 de septiembre de 1939, o bien existía antes o se declaró durante el período en cuestión, habiéndola agravado el servicio de forma duradera.

98 La disposición relativa a las pensiones prevé que cuando, sobre la base de pruebas fiables, existe una duda razonable en cuanto al hecho de si se cumplen las condiciones arriba mencionadas, esta duda debe beneficiar al demandante (artículos 5.4).

2 El procedimiento de solicitud de pensión y los recursos

99 El sistema de pago de las pensiones es administrado por un órgano especializado del Ministerio de Asuntos sociales, a saber la Agencia de los veteranos («VA»), que sucedió a la Oficina de las pensiones de guerra («WPA»). Desde el momento en que se recibe una solicitud, la VA obtiene del MOD las hojas de servicio (incluidos los historiales médicos) del solicitante y, con ayuda de unas pruebas médicas complementarias si procede, establece si el interesado padece una invalidez imputable al servicio. Es el Ministro de Asuntos sociales el que, sobre la base de esta valoración, decide si ha lugar a conceder una pensión militar.

100 Todo solicitante al que el Ministro niegue una pensión de guerra puede apelar al PAT (ver la Ley de 1943 sobre el Comité de recursos de pensiones), en virtud del reglamento de dicho órgano que se compone de un jurista, un médico y un militar o ex militar del mismo sexo y del mismo rango que el demandante.

101 La VA presenta al PAT un «informe del caso» (Statement of Case) que incluye una copia de la hoja de servicio (incluidos el historial médico) del demandante, los documentos médicos posteriores e informes (incluidos los preparados a petición del médico de la VA), así como una declaración exponiendo brevemente los motivos por los cuales el Ministro ha rechazado la solicitud. El interesado puede responder a dicho informe y/o presentar pruebas complementarias. Se organiza entonces una vista. El PAT vuelve a examinar el expediente de forma que el solicitante no tenga que demostrar que el Ministro se ha equivocado. Posteriormente se puede presentar un recurso ante el High Court sobre una cuestión de derecho, previa autorización del PAT o del propio High Court.

3 Divulgación de documentos en los procedimientos ante el PAT

102 Titulado «Divulgación de documentos e informes oficiales», el artículo 6 del Reglamento del PAT dice así:

«6.1. Cuando, por necesidades de su recurso, una persona desee obtener la divulgación de un documento cualquiera o de una parte de un documento cualquiera del que tenga razones para creer que se encuentra en poder de un órgano administrativo, podrá en cualquier momento, en un plazo de seis semanas después de habersele enviado el expediente del caso, solicitar del presidente la divulgación del documento o de la parte del documento en cuestión, y si el presidente considera que este documento o parte del documento presenta un interés para una cuestión a resolver en el marco del recurso, podrá ordenar al órgano administrativo que lo divulgue (si está en su poder) de la manera y en las condiciones que juzgue apropiadas. (...)

2. A partir de la recepción de este mandamiento, el Ministro o el secretario de Estado del que dependa el servicio administrativo en cuestión o la persona capacitada por él a este efecto, podrá certificar al presidente:

a) que es contrario al interés público divulgar íntegramente o en parte el documento afectado por el mandamiento; o

b) que por razones de seguridad, la totalidad o la parte del documento en cuestión no puede ser divulgada, y ello de la manera que sea;

En caso de emitirse un certificado en el sentido del párrafo a) que antecede, el Presidente dará al Comité de recursos las instrucciones necesarias para impedir o restringir la divulgación pública del documento o de la parte del documento, según el caso, y en caso de emisión de un certificado en el sentido del párrafo b) que antecede, el Presidente solicitará al Comité de recursos que examine si la causa del autor del recurso corre el riesgo de sufrir perjuicio en caso de no divulgación del documento o de una parte de él y si lo estima, aplaze el examen del recurso hasta el momento en que la necesidad de una no divulgación por motivos de seguridad deje de existir».

D La Ley de 1990 sobre el acceso a los historiales médicos (Access. To health records Act - «la Ley de 1990»)

103 Antes de 1991, un historial médico (de carácter civil o militar) no era comunicado sino bajo «secreto médico». Correspondía al médico decidir si el conocimiento de su historial correspondía al interés superior del paciente. La Ley de 1990, que entró en vigor el 1 de noviembre de 1991, enuncia los derechos de los particulares relativos al acceso, concretamente, a sus historiales médicos (militares o civiles). Se aplica únicamente a los documentos establecidos tras la fecha de su entrada en vigor y a los «relativos a los cuidados dispensados al solicitante».

Fundamentos de derecho

III Sobre la violación del artículo 6.1 del Convenio

104 El demandante se queja de no haber podido, a causa del artículo 10 de la Ley de 1947 sobre los procedimientos relativos a la Corona («la Ley de 1947»), acceder a un tribunal, en el sentido del artículo 6.1 del Convenio, que dispone:

«Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente (...) por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá (...) los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil (...)».

A Argumentos del demandante

105 El demandante considera que la cuestión esencial, puesta de relieve por la jurisprudencia en sus comienzos (concretamente por las Sentencias Golder contra Reino Unido de 21 febrero 1975 [TEDH 1975, 1] , serie A núm. 18 y Ashingdane contra Reino Unido de 28 mayo 1985 [TEDH 1985, 7] , serie A núm. 93), es la protección constitucional de los tribunales internos contra toda influencia del Ejecutivo y la toma de un poder arbitrario por parte del Estado. Las decisiones adoptadas por la Comisión en los asuntos Ketterick, Pinder y Dyer (Ketterick contra Reino Unido, núm. 9803/1982, Decisión de 15 de octubre de 1982, sin publicar; Pinder contra Reino Unido, núm. 10096/1982, Decisión de 9 de octubre de 1984, sin publicar; Dyer contra Reino Unido, núm. 10475/1983, Decisión de 9 de octubre de 1984, Decisiones e informes 39, pg. 246) y la Sentencia dictada por el Tribunal el 21 de septiembre de 1994 en el asunto Fayed contra Reino Unido Sentencia dictada por el Tribunal el 21 de septiembre de 1994 en el asunto Fayed contra Reino Unido (TEDH 1994, 30) (serie A núm. 294-B, ap. 65) reconocerían esta garantía constitucional fundamental.

En consecuencia, independientemente de la cuestión de si el artículo 10 de la Ley de 1947 debe calificarse de restricción material o de limitación procesal al derecho de acceso del demandante a un tribunal, el apartado 65 de la Sentencia Fayed (tal y como se cita en la Sentencia Fogarty [TEDH 2001, 762] anteriormente mencionada) significaría que esta restricción debe someterse al criterio de la proporcionalidad. Lord Walker, miembro de la Cámara de los Lores, reconoció en el asunto Matthews la dificultad en sostener que el principio que se desprende de la Sentencia Fayed se modificó en la Sentencia Z y otros contra Reino Unido (TEDH 2001, 332) ([GS], núm. 29392/1995, TEDH 2001-V), y el demandante estima por su parte que esta última no contiene ningún elemento que esté en contradicción con la decisión Dyer o la Sentencia Fayed.

106 A título subsidiario, sostiene que el artículo 10 constituye una medida procesal que restringe su acceso a un tribunal en lo referente a un derecho de carácter civil.

Afirma que él tenía un «derecho de carácter civil» (motivo de demanda reconocido por el derecho interno), en el sentido del artículo 6.1 del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572) , y que este derecho se había suprimido con la emisión de un certificado en virtud del artículo 10. Señala que la noción de derecho de carácter civil que figura en el Convenio tiene -con mucha razón en su opinión- un carácter autónomo en el seno del Convenio y no es pues tributaria de las calificaciones del derecho interno. Ahora bien, en el asunto Matthews, la Cámara de los Lores no examinó la cuestión de la existencia de un «derecho de carácter civil» sino en referencia a la legislación interna. Existe sin duda una contradicción no resuelta entre, por un lado, el principio según el cual la expresión «derechos de carácter civil» tiene un sentido autónomo y, por otro lado, el principio según el cual el artículo 6 no se aplica sino a los litigios sobre los derechos de carácter civil, que estén, al menos de forma defendible, reconocidos en derecho interno. La solución consistiría en considerar que la legislación interna permite responder a la

cuestión de si un derecho tiene una «base legal» en esta legislación y no a la cuestión de la propia existencia de un derecho de carácter civil. En consecuencia, el hecho de que el demandante tuviese, hasta la emisión del certificado en virtud del artículo 10, un motivo para presentar una demanda civil reconocido en la legislación interna, bastaría para justificar la conclusión de que poseía un «derecho de carácter civil» a los efectos del artículo 6 del Convenio.

Sin discutir el análisis histórico efectuado por Lord Bingham en el asunto Matthews, el demandante alega debe asimismo tenerse en cuenta la manera en que concretamente funciona el artículo 10. Afirma que hasta que el Ministro, ejerciendo su poder discrecional, no emitió un certificado en virtud del artículo 10, él tenía un motivo para actuar. Es la existencia de este poder discrecional la que, en su opinión, distingue su caso del asunto Z y otros y lo hace idéntico al asunto Fogarty. La potestad discrecional concedida por el artículo 10 quizás no estaba muy extendida, pero existía, y si no se ejercía persistía el motivo para actuar. De hecho, el certificado no se emitió sino nueve meses después de que se incoase el procedimiento.

107 A la luz de los documentos enviados al MOD por los veteranos de Porton Down el 7 de febrero de 2005 (apartado 72 supra) y de las alegaciones del Gobierno al respecto (apartado 115 infra), el demandante considera que lo único que procede admitir es que, como reconoce el Gobierno, el cambio en la línea de conducta del MOD en lo referente a su demanda civil no ha tenido efecto en las cuestiones o alegaciones examinadas por el Tribunal, si no es porque ha socavado el argumento del Gobierno según el cual el certificado en virtud del artículo 10 se emitía invariablemente.

108 Asimismo, el demandante rechaza la tesis, basada en la Sentencia Pellegrin previamente citada, según la cual el artículo 6 no se aplica. Señalando que el MOD no sostuvo este argumento ante la Cámara de los Lores, hace valer que los principios que se desprenden en el asunto Pellegrin no son válidos sino para los litigios «planteados por los empleados del servicio público sobre sus condiciones de servicio», tal y como lo confirmó posteriormente la Sentencia Fogarty. En la medida en que se expone que el asunto R. contra Bélgica establece una norma según la cual todo litigio entre un militar y el Ejército no se halla en el campo de aplicación del artículo 6, este argumento incompatible con la Sentencia Pellegrin, y erróneo en el principio. Si se sostuviese que la Sentencia Pellegrin enuncia una norma tan general, esta tesis sería falsa.

109 El demandante considera que la restricción que afectó a su derecho de acceso a un tribunal era desproporcionada. El High Court identificó así el fin legítimo perseguido por esta restricción: eficacia operacional y disciplina durante la formación. Ahora bien, el Parlamento consideró claramente en 1987 que ya no merecía la pena perseguir tal fin, que apenas tenía relación con la situación de una persona que se presenta voluntaria para unas pruebas, y que no existía ninguna relación lógica entre el artículo 10 y el fin que se consideraba perseguía ya que el certificado en virtud de esta disposición era amplio hasta el punto de poder aplicarse eventualmente a unas situaciones sin vínculo con dicho fin legítimo.

Incluso teniendo en cuenta la posibilidad de obtener una pensión, la restricción habría sido desproporcionada respecto al fin legítimo perseguido. Su alcance era mayor de lo necesario para lograr este fin. El sistema basado en la concesión de una pensión

es manifiestamente inadecuado y constituye un precio excesivamente elevado a pagar para no tener que probar la falta. Su derogación en 1987 reconocía el carácter fundamentalmente injusto del artículo 10 de la Ley de 1947; además, un miembro del Ejército que descubra hoy una lesión corporal sufrida antes de 1987 será tratado menos favorablemente que el que haya sufrido un perjuicio similar después de 1987.

B Los argumentos del Gobierno

110 El Gobierno se apoya en las sentencias del Tribunal de apelación y de la Cámara de los Loes en el asunto Matthews contra el Ministerio de la Defensa, evocado anteriormente. Los dos altos tribunales examinaron detalladamente la jurisprudencia del Convenio y decidieron (por unanimidad en el caso de la Cámara de los Loes) que el artículo 6 no era aplicable debido a que el artículo 10 de la Ley de 1947 era un elemento substancial de la legislación interna en materia de responsabilidad civil, que delimitaba el ámbito del derecho de carácter civil en cuestión.

111 Aunque difícil, la distinción entre disposiciones materiales y disposiciones procesales sigue siendo necesaria. Frecuentemente citado, el apartado 65 de la citada Sentencia Fayed (TEDH 1994, 30) no puede invocarse para justificar que se haga caso omiso a esta distinción, y el Tribunal de apelación y la Cámara de los Loes han explicado de forma convincente por qué debe mantenerse.

Toda creación de un tipo de categoría híbrida conduciría a ampliar el ámbito del artículo 6 más allá de su campo de aplicación normal, haciendo de una disposición que garantiza unos derechos procesales una disposición que crea unos derechos materiales, lo que iría en contra del principio bien establecido según el cual el artículo 6 no se aplica sino a los derechos de carácter civil que estén, al menos de manera defendible, reconocidos en derecho interno. Además, el Gobierno considera crucial conservar el sentido de la razón de ser del artículo 6, a saber la protección contra todo lo que pueda amenazar al Estado de Derecho y la separación adecuada de poderes (ver, Sentencia Golder [TEDH 1975, 1] , previamente citada, y la opinión de Lord Hoffman en el asunto Matthews). Una disposición que permitiese al ejecutivo ejercer un poder de apreciación de forma arbitraria para impedir que unas quejas por otro lado válidas sean resueltas por los tribunales, amenazaría el Estado de Derecho. El artículo 10 no constituye, sin embargo, ninguna amenaza de este tipo, ya que se limita a definir las circunstancias en las que un régimen de pensiones que no se basa en la culpa sustituye la posibilidad de presentar una demanda de indemnización. Además, es fundamental analizar con precisión los derechos materiales que la legislación interna garantiza al individuo, a la luz de la evolución histórica, del contexto legislativo y de la finalidad de la disposición en cuestión (como habría hecho Lord Bingham). Esta finalidad podría ser entonces evaluada en virtud de la razón de ser del artículo 6.

112 La cuestión central es pues la de la calificación (procesal o material) a dar concretamente a la restricción en cuestión. Sería esencial partir de un análisis correcto del derecho interno, y sería necesario conceder gran respeto al análisis efectuado de la restricción por los tribunales internos superiores. Convendría asimismo no sacar conclusiones tempranas de la terminología empleada. De esta forma, la utilización de la palabra «inmunidad» no es determinante, ya que el derecho interno consagra una

inmunidad de responsabilidad (limitación material) y una inmunidad diligencias judiciales (limitación procesal).

Por las razones expuestas en las sentencias dictadas en el asunto Matthews, el Gobierno considera por su parte que el artículo 10 es una restricción material. El punto de partida -que no se presta a controversia- es que, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de 1947, el derecho consuetudinario inglés no consagraba un derecho a presentar una demanda de indemnización contra la Corona: el artículo 10 no podía pues suprimir o retirar un derecho que no existía. La Ley de 1947 creó tal derecho en su artículo 2, pero acompañándolo, en su artículo 10, de una restricción en términos de la cual la imposibilidad de solicitar indemnización seguía siendo aplicable en los asuntos relativos a los militares. En resumen, el fin perseguido por el legislador a través de la Ley de 1947 era mantener el obstáculo anterior para los militares. Tanto el artículo 2 como el artículo 10 figuran en la parte I de la Ley, titulada «Disposiciones materiales», título que refleja bien la naturaleza de esta parte, que constituye un grupo de disposiciones que enuncia los principios fundamentales que rigen la responsabilidad civil de la Corona. Tanto el derecho consuetudinario inglés anterior como la Ley de 1947 constituyen normas de aplicación general que establecen los límites de la responsabilidad civil en derecho interno: se expresan en el lenguaje de las normas de derecho material, y las circunstancias que excluyen todo derecho a presentar una demanda (la excepción del artículo 10 al derecho a presentar una demanda que consagra el artículo 2) son de aplicación general y son clara y expresamente enunciadas por la Ley.

Bien comprendidas en su contexto, las disposiciones relativas al certificado no permiten concluir que un derecho a acceder a un tribunal preexistente hubiese sido suprimido en beneficio de una amplia potestad discrecional del Ejecutivo. De hecho, tal derecho nunca existió y la potestad en cuestión era limitada. Sobre este último extremo, las circunstancias que implican la supresión de todo derecho a acceder a un tribunal fueron perfectamente definidas por el Parlamento [artículos 10.1 a) y 10.2 b)], el estrecho margen de apreciación previsto por las disposiciones pertinentes contrasta con el amplio margen que confiere el artículo 10.3, y la potestad discrecional se ejercía de forma uniforme y sin excepciones. El objeto de estas disposiciones previendo la emisión de un certificado no era conferir un amplio margen de apreciación que permitiese eliminar un motivo de acción existente, sino facilitar a los militares la obtención de otra forma de indemnización -una pensión- suprimiendo la necesidad de probar la existencia de una relación causa-efecto entre el perjuicio y el servicio. Si no se emitía ningún certificado, el motivo de acción persistía, pero en virtud del artículo 2 de la Ley de 1947. En consecuencia, el procedimiento de certificación no perseguía ningún fin ni tenía ningún efecto que amenazase el estado de derecho o la separación de poderes, o que se enfrentase a la razón de ser del artículo 6.

Por estos motivos, el Gobierno sostiene que el Tribunal de apelación y la Cámara de los Loes concluyeron con mucha razón, en el asunto Matthews, que el artículo 10 era una disposición material que limitaba el ámbito del derecho de carácter civil en cuestión.

113 A título subsidiario, el Gobierno alega la no aplicabilidad del artículo 6 respecto a los principios «funcionales» enunciados en la citada Sentencia Pellegrin (TEDH 1999, 65) (apartado 66) y aplicados en el asunto R. contra Bélgica (núm. 33919/1996, 27 febrero 2001 [TEDH 2001, 123]).

114 A título más subsidiario aún, en el caso de que el artículo 6 se considerase aplicable, el Gobierno afirma que toda lesión al derecho de acceso a un tribunal del demandante sería proporcionada, teniendo en cuenta, por un lado, los riesgos, gastos y otras dificultades de que se acompaña un procedimiento incierto basado en la culpa (en el que sería particularmente difícil determinar si es justo y razonable imponer un deber de vigilancia) y, por otro lado, la certeza y la relativa eficacia de un sistema no basado en la culpa sino en las necesidades de la víctima. En 1984 incluso, la Comisión consideró que la creación de un régimen de pensiones que no se basara en la culpa constituía una solución adecuada para reemplazar el derecho a presentar una demanda por falta (ver asuntos K., Dyer y Poner, previamente citados). La circunstancia de que en 1987 el Estado decidiera que la prohibición hecha a los militares de presentar una demanda de indemnización ya no tenía razón de ser en las demandas formuladas después de esta fecha, no implica que esta prohibición fuese anteriormente inadecuada o desproporcionada.

115 Tras recibir la carta de los Veteranos de Porton Down fechada el 7 de febrero de 2005 (apartado 72 supra), el agente del Gobierno solicitó que se efectuasen de urgencia investigaciones. Al presentar dicho documento al Tribunal, el Gobierno precisó que no había sabido de la existencia de las misivas en litigio del Treasury Solicitor hasta que conoció la citada carta de 7 de febrero y que el Ministro que ocupaba el cargo en 1995 también ignoraba su existencia cuando emitió su certificado en virtud del artículo 10. El MOD tomó la decisión de principio de no «recurrir al artículo 10.1» en el marco de ciertas demandas presentadas por unos voluntarios de Porton Down, debido a que al menos algunos de los ensayos (concretamente los practicados al señor Maddison, a los que hacían referencia las cartas del Treasury Solicitor) habían sido llevados a cabo por personal civil, o bajo la dirección y el control de dicho personal, y no únicamente por militares. No se sabe con precisión quién se ocupó entonces de las pruebas efectuadas en el demandante, pero «parece que éstas fueron llevadas a cabo tanto por militares como por civiles». El MOD indicó que estaba dispuesto a considerar que al señor Roche le competía la decisión de principio anteriormente citada, pudiendo así el interesado presentar una demanda de indemnización conservando el derecho diferenciado de mantener su solicitud de pensión ante el PAT, siguiendo siendo válido, a efectos del procedimiento en cuestión, el certificado en virtud del artículo 10. El Gobierno afirma que en la época en la que se emitió el certificado, 1995, el Ministro pensaba que el artículo 10 era aplicable. Añade que hasta la reciente presentación de los dictámenes del Treasury Solicitor, tal era asimismo la convicción de su agente. De ello concluye que es posible deducir «al menos de forma defendible» que, tras la emisión del certificado en virtud del artículo 10 (en agosto de 1995), se habría desestimado la posible acción por falta entablada por el demandante. Admite, en consecuencia, que las recientes revelaciones evocadas anteriormente no privan a las cuestiones planteadas por el demandante de su pertenencia en el terreno del artículo 6.

C Valoración del Tribunal

1 Principios generales

116 El derecho de acceso a un tribunal, en el sentido del artículo 6, puesto aquí en tela de juicio fue definido en la Sentencia Golder (TEDH 1975, 1) anteriormente citada

(apartados 28-36 de esta sentencia). Haciendo referencia a los principios de la preeminencia del derecho y de la prohibición de todo derecho arbitrario que subtiende en gran parte el Convenio, el Tribunal concluyó que el derecho de acceso a un tribunal era un elemento inherente a las garantías consagradas por el artículo 6. De esta forma, el artículo 6.1 garantiza a cada uno el derecho de que un tribunal decida los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil (ver, más recientemente, Sentencia Z y otros [TEDH 2001, 332] previamente citada, ap. 91).

117 El artículo 6.1 no asegura, sin embargo, a los «derechos» (de carácter civil) ningún contenido material determinado en el orden jurídico de los Estados Contratantes: el Tribunal no puede crear, por la vía de la interpretación del artículo 6.1, un derecho material sin base legal alguna en el Estado en cuestión (Sentencia Fayed [TEDH 1994, 30] , ap. 65). Sus garantías no son válidas sino para los derechos que estén, al menos de manera defendible, reconocidos en derecho interno (ver Sentencias James y otros contra Reino Unido de 21 febrero 1986 [TEDH 1986, 2] , serie A núm. 98, Z. y otros [TEDH 2001, 332] , previamente citada, ap. 81 y las anteriormente citadas en este caso, así como McElhinney contra Irlanda [TEDH 2001, 761] [GS], núm. 31253/1996, ap. 23, TEDH 2001-XI [extractos]).

118 El demandante señala que existe cierta tensión entre, de un lado, el principio anteriormente mencionado y, de otro, el carácter autónomo que el Tribunal atribuye desde siempre a la noción de «derechos y obligaciones de carácter civil». A este respecto, vuelve a poner en tela de juicio la distinción entre una restricción que delimita el contenido material propiamente dicho del derecho de carácter civil en litigio, a la que no se aplican las garantías del artículo 6.1 (Sentencia Powell y Rayner contra Reino Unido de 21 febrero 1990 [TEDH 1990, 4] , serie A núm. 172, ap. 36 y Z. y otros [TEDH 2001, 332] , previamente citada, ap. 100), y una restricción que constituye un obstáculo procesal que impide se sometan a un tribunal unas demandas potenciales, a la que el artículo 6 puede aplicarse en cierta medida (Sentencias Tinnelly & Sons Ltd y otros [TEDH 1998, 29] y McElduff y otros contra Reino Unido, ap. 62; Al-Adsani contra Reino Unido [TEDH 2001, 763] [GS], núm. 35763/1997, aps. 48-49, TEDH 2001-XI; Fogarty contra Reino Unido [TEDH 2001, 762] , ap. 26; y McElhinney contra Irlanda [TEDH 2001, 761] , ap. 25). El demandante estima que no ha lugar a mantener esta distinción (se basa en las decisiones anteriormente mencionadas de la Comisión en los asuntos Ketterick, Pinder y Dyer, así como en el apartado 65 de la Sentencia Fayed [TEDH 1994, 30] , citado en el apartado 25 de la Sentencia Fogarty [TEDH 2001, 762]); en su opinión, toda restricción debe someterse al criterio de la proporcionalidad, ya que no se puede tolerar que los tribunales estén bajo la influencia de un poder y un control arbitrarios por parte del Ejecutivo.

119 El Tribunal no puede suscribir estos argumentos del demandante. No ve ninguna incompatibilidad entre el carácter autónomo de la calificación «de carácter civil» (ver Sentencias König contra Alemania de 28 junio 1978 [TEDH 1978, 4] , serie A núm. 27, ap. 89 y, más recientemente, Ferrazzini contra Italia [TEDH 2001, 466] [GS], núm. 44759/1998, aps. 24-31, TEDH 2001-VII) y la exigencia según la cual el demandante debe poder pretender que un «derecho» esté, al menos de manera defendible, reconocido en derecho interno (Sentencias James y otros [TEDH 1986, 2]), previamente citada, ap. 81; Lithgow y otros contra Reino Unido de 8 julio 1986 [TEDH 1986, 7] , serie A núm. 102, ap. 192; y los Santos Monasterios contra Grecia de 9

diciembre 1994 [TEDH 1994, 49] , serie A núm. 301-A, ap. 80). Además, las decisiones de la Comisión en los asuntos Ketterick, Pinder y Dyer deben leerse a la luz, concretamente, de la Sentencia Z. y otros (TEDH 2001, 332) (anteriormente citada), en particular de la afirmación que el Tribunal hace en ella de la necesidad de mantener la distinción entre lo que es de orden procesal y lo que es de orden material; por muy sutil que sea en un momento dado, esta distinción determina, sin embargo, la aplicabilidad y, si procede, el alcance de las garantías del artículo 6 del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572) . Por estas dos razones, el Tribunal recuerda el principio fundamental según el cual el artículo 6 no asegura en sí mismo ningún contenido material determinado en el orden jurídico de los Estados Contratantes (ver, entre otras, Sentencia Z. y otros, previamente citada, ap. 87).

En opinión del Tribunal, ninguna implicación contraria puede fundamentarse en el apartado 67 de la Sentencia Fayed (TEDH 1994, 30) . El hecho de que las circunstancias y las quejas de una causa puedan hacer inútil el establecimiento de una distinción entre limitaciones materiales y barreras procesales (ver, por ejemplo, Sentencia A. contra Reino Unido [JUR 2003, 50513] , núm. 35373/1997, ap. 65, TEDH 2002-X) no incide en el ámbito del artículo 6 del Convenio, el cual, en principio, no puede aplicarse a las limitaciones materiales de un derecho consagrado por la legislación interna.

120 Por tanto, para apreciar si existe un «derecho» de carácter civil y determinar cuál es la calificación (material o procesal) a dar a la restricción en cuestión, hay que tomar como punto de partida las disposiciones de la legislación interna aplicable y la interpretación que de ella hacen los tribunales internos (Sentencia Masson y Van Zon contra Países Bajos de 28 septiembre 1995 [TEDH 1995, 32] , serie A núm. 327-A, ap. 49). Cuando, además, los tribunales superiores han analizado de forma completa y convincente el carácter preciso de la restricción en litigio, basándose en la jurisprudencia aplicable del Convenio y en los principios que de él se desprenden, el Tribunal debe tener motivos muy serios para defender la opinión contraria a estos tribunales sustituyendo sus propios puntos de vista sobre una cuestión de interpretación de la legislación interna (Sentencia Z. y otros, previamente citada, ap. 101) y juzgando, al contrario que ellos, que la persona afectada podía pretender de forma defendible que poseía un derecho reconocido por la legislación interna.

121 Por último, en esta valoración, es necesario, más allá de las apariencias y del vocabulario empleado, dedicarse a circunscribir la realidad (Sentencia Van Droogenbroeck contra Bélgica de 24 junio 1982 [TEDH 1982, 3] , serie A núm. 50, ap. 38). El Tribunal no debe dejarse influir indebidamente por las técnicas legislativas empleadas (Sentencia Fayed previamente citada [TEDH 1994, 30] , ap. 67) o por la manera en el que la legislación interna califica la restricción en cuestión: como señala el Gobierno, el término frecuente de «inmunidad» designa ya una «exoneración de responsabilidad» (en principio, se trata de una limitación material), ya una «inmunidad de diligencias judiciales» (que sugiere una limitación procesal).

2 Aplicación al presente caso

122 El Tribunal toma pues como punto de partida el análisis del artículo 10 de la Ley de 1947 efectuado por la Cámara de los Lores en el asunto Matthews evocado

anteriormente y las conclusiones formuladas por el Alto Tribunal a propósito de esta disposición.

Basándose en el contexto histórico, el texto y el objetivo de la Ley de 1947, concretamente de sus artículos 2 y 10, la Cámara de los Lores concluyó que el artículo 10 no tenía como fin conceder a los militares ningún derecho material a presentar una demanda de indemnización contra la Corona, sino que mantenía la ausencia (no discutida) de responsabilidad civil de la Corona frente a los militares en las circunstancias citadas en sus propias disposiciones. Los Lores precisaron que con anterioridad a 1947 nadie tenía derecho a presentar una demanda de indemnización contra la Corona. La costumbre según la cual «el rey no puede hacer daño» significa que en derecho consuetudinario inglés no podía comprometerse la responsabilidad de la Corona. Aunque el artículo 2 de la Ley de 1947 instauró un derecho a ejercitar una acción de responsabilidad contra la Corona, fue sometido expresamente a las disposiciones del artículo 10 de la misma Ley. Éste (que al igual que el artículo 2 pertenece a la parte titulada «Disposiciones materiales» - ver la opinión de Lord Hope en el asunto Matthews en el apartado 94 supra) disponía que ningún acto u omisión por parte de un miembro de las Fuerzas Armadas de la Corona en el ejercicio de sus funciones podía comprometer su responsabilidad civil ni la de la Corona en caso de lesiones corporales sufridas por otro miembro de las Fuerzas Armadas en el ejercicio de sus funciones. En consecuencia, el artículo 10 no sustrae a la competencia de los tribunales internos una categoría de acciones previamente reconocida, ni establece una exoneración de responsabilidad respecto a dicha categoría: tal categoría de acciones nunca ha existido ni ha sido creada por la Ley de 1947. La Cámara de los Lores consideró, por lo tanto, que el artículo 10 constituía una disposición de derecho material que delimitaba los derechos de los militares en materia de demandas de indemnización contra la Corona y que, por otro lado, sustituía, mediante disposiciones de derecho material, un sistema de pensiones no basado en la culpa por un sistema que subordinaba la indemnización de las lesiones corporales sufridas durante el servicio al éxito de la acción de responsabilidad.

123 En cuanto a la cuestión de si existen serios motivos para apartarse de esta conclusión, el demandante sostiene en esencia que el certificado emitido por el Ministro en virtud del artículo 10 operaba como una restricción procesal que le impedía ejercitar un derecho a proceder judicialmente del que gozaba en virtud de la Ley de 1947 a partir del momento en que había sufrido un perjuicio importante. El Tribunal no puede admitir este argumento. Considera que el artículo 10 debe interpretarse en su contexto y teniendo en cuenta la intención y la finalidad que perseguía el legislador. Tal y como explicaron detalladamente los Lores Bingham y Hope en el asunto Matthews, el objeto del procedimiento de certificación instaurado por el artículo 10.1 b) no era modificar la idea principal del artículo 10 en su redacción inicial -a saber excluir totalmente la responsabilidad de la Corona-, sino facilitar la concesión de una pensión a un militar víctima de una lesión corporal exonerándole de la obligación de probar la imputabilidad del daño al servicio.

Asimismo, Lord Bingham subrayó que la «realidad concreta» era la siguiente: el «objetivo manifiesto» era que el certificado en virtud del artículo 10 se emitiese una vez cumplidas las condiciones aplicables; precisó que ésta había sido la práctica uniforme e invariable de los ministros que se habían sucedido a lo largo de cuarenta años, de modo que cualquier profesional habría dicho al señor Matthews que forzosamente se emitiría

un certificado (ver también la opinión de Lord Walker en el asunto Matthews, apartado 92 supra). La estrechez del margen de apreciación que confiere el artículo 10.1 b) contrastaba con la amplitud del previsto en el artículo 10.3 de la Ley de 1947. Por los motivos expuestos en el apartado 126 infra, el hecho de que el Ministro decidiese en adelante no volver a «recurrir al artículo 10.2» en relación al demandante, no cambia nada esta conclusión en lo que atañe a la estrechez del margen de apreciación de que disponía el Ministro.

El Tribunal considera que este poder discrecional concedido al Ministro por el artículo 10 es fundamentalmente diferente de la libertad sin trabas de que dispone un gobierno extranjero (cuestión sobre la que el Tribunal fue llamado a pronunciarse en el asunto Fogarty [TEDH 2001, 762]) a no renunciar a la inmunidad de Estado e impedir así que una demanda fundamentada asimismo en la legislación interna- sea examinada por un tribunal interno.

Igualmente, conviene distinguir el procedimiento de certificación previsto por el artículo 10 del procedimiento examinado por el Tribunal en el asunto Tinnelly (TEDH 1998, 29) . En éste, la Ley de 1976 sobre la igualdad en materia de empleo en Irlanda del Norte reconocía claramente el derecho a solicitar reparación de una discriminación religiosa ocurrida en el contexto de una licitación para un contrato público; el artículo 42 de la misma Ley no perseguía crear una derogación para los casos en los que el Parlamento -al aprobar un texto- hubiese considerado justificada la discriminación, sino permitir al Ministro, mediante la emisión de un certificado que constituye prueba irrefutable y en términos del cual la medida en litigio se había tomado a efectos de proteger la seguridad nacional, obstaculizar un procedimiento judicial que, por otro lado, habría estado justificado. Como dijo Lord Hoffmann en el asunto Matthews, el artículo 10 no crea las condiciones de tal injerencia del Ejecutivo en el ámbito judicial. El presente caso tiene su origen en el hecho de que el Parlamento decidiese en 1947 que en caso de lesión corporal imputable al servicio sufrida por un militar, no habría derecho a proceder judicialmente, sino a un régimen de pensiones no basado en la culpa, debiendo servir el certificado del Ministro únicamente para confirmar la imputabilidad de la lesión corporal al servicio, a facilitar pues el acceso a este régimen.

124 En consecuencia, el Tribunal no ve motivo alguno para apartarse de la conclusión unánime del Tribunal de apelación y de la Cámara de los Lores relativa al efecto en derecho interno del artículo 10. Considera que la restricción en litigio deriva de los principios que rigen el derecho material a demandar en la legislación interna (Sentencia Z. y otros [TEDH 2001, 332] , previamente citada, ap. 100). En estas condiciones, el derecho interno no reconocía al demandante un «derecho» (de carácter civil) que hiciese aplicar el artículo 6.1 del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572) (Sentencia Powell y Rayner contra Reino Unido [TEDH 1990, 4] , previamente citada, ap. 36).

Por lo tanto, no procede examinar también las alegaciones de las partes sobre la proporcionalidad de la restricción en cuestión. Asimismo, no procede estudiar el argumento del Gobierno según el cual el artículo 6 es inaplicable en virtud de las Sentencias Pellegrin (TEDH 1999, 65) y R. contra Bélgica (TEDH 2001, 123) anteriormente mencionadas.

125 El Tribunal concluye que el artículo 6 no es aplicable y, en consecuencia, no ha sido violado.

126 Por último, el Tribunal toma nota de las alegaciones de las partes en cuanto al reciente descubrimiento de las notas redactadas por el Treasury Solicitor en 1953 sobre un individuo que había participado en los ensayos (apartados 72, 107 y 115 supra). El hecho de que el Ministro haya decidido no volver a «recurrir al artículo 10.1» en ninguna demanda del señor Roche no cambia en nada la conclusión anterior relativa al artículo 10 en la causa del interesado. Esta decisión tiene simplemente por efecto disipar a favor del demandante una duda surgida recientemente (que no había sido objeto de comentarios por parte del demandante y que quedaba sin respuesta) sobre la cuestión de si el interesado pertenecía de hecho a una categoría de personas afectada por las disposiciones del artículo 10. Además, no es válida sino en un futuro, ya que el Gobierno ha confirmado que el certificado emitido en virtud del artículo 10 sigue siendo válido a efectos del procedimiento en curso ante el PAT.

El Tribunal volverá sin embargo sobre estas alegaciones en el marco del artículo 8 del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572) (ver infra).

II Sobre la violación del artículo 1 del Protocolo núm. 1 al Convenio

127 El demandante alega que el artículo 10 de la Ley de 1947 también vulneró su derecho al respeto de sus bienes, garantizado por el artículo 1 del Protocolo núm. 1 (RCL 1999, 1190, 1572) , cuyo pasaje aplicable dispone:

«Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios Generales del Derecho Internacional.

(...)».

128 Por los motivos expuestos desde el punto de vista del artículo 6, el demandante alega que hasta la emisión por el Ministro de un certificado en virtud del artículo 10, él poseía un «bien» -una demanda por negligencia contra el MOD- habiéndole privado del mismo dicho certificado de forma injustificada (Sentencia Presos Compañía Naviera, SA y otros contra Bélgica de 20 noviembre 1995 [TEDH 1995, 45] , serie A núm. 332, ap. 31). El Gobierno señala que si el artículo 1 del Protocolo núm. 1 asimila a un bien una causa de demanda establecida, cualquier acción de responsabilidad que hubiese deseado ejercitar el señor Roche ha estado siempre subordinada al artículo 10 de la Ley de 1947 y ha tenido siempre un carácter revocable. No habría habido pues injerencia en los derechos del demandante derivados del artículo 1 del Protocolo núm. 1 (RCL 1999, 1190, 1572) . De hecho, el señor Matthews (asunto Matthews contra Ministro de Defensa previamente citado) no defendió este argumento ante la Cámara de los Loes.

129 El Tribunal recuerda que un interés patrimonial de la categoría del crédito únicamente puede ser considerado un bien cuando tiene una base suficiente en Derecho interno, por ejemplo, cuando está confirmado por una jurisprudencia bien establecida de los tribunales (Sentencia Kopecký contra Eslovaquia [JUR 2003, 13841] [GS], núm. 44912/1998, ap. 52, TEDH 2004-IX). El demandante sostiene que tenía un «bien»,

formulando los mismos argumentos que los ya enunciados en apoyo de su tesis según la cual tenía un «derecho de carácter civil» en el sentido del artículo 6.1. Por los motivos anteriormente expuestos a propósito del artículo 6.1 (apartados 122-124 supra), el Tribunal considera que el crédito alegado carecía de fundamento en derecho interno. El demandante no tenía un «bien» en el sentido del artículo 1 del Protocolo núm. 1 (RCL 1999, 1190, 1572) , de forma que las garantías de esta disposición no son aplicables.

130 En consecuencia, no ha habido violación del artículo 1 del Protocolo núm. 1 al Convenio (RCL 1999, 1190, 1572) .

III Sobre la violación del artículo 14 en relación con el artículo 6 y el artículo 1 del protocolo núm. 1

131 Invocando el artículo 14 (en relación con el artículo 6 del Convenio [RCL 1999, 1190, 1572] y el artículo 1 del Protocolo núm. 1), el demandante denuncia el carácter discriminatorio, en su opinión, de la Ley de 1947. El artículo 14 dispone:

«El goce de los derechos y libertades reconocidos en el (...) Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación».

132 El demandante sostiene que, por los motivos expuestos anteriormente en el terreno del artículo 6 del Convenio y del artículo 1 del Protocolo núm. 1 (RCL 1999, 1190, 1572) , los hechos de la causa dependen del campo de aplicación de estas disposiciones. Considera haber sufrido un trato menos favorable que otras personas en una situación análoga a la suya; cita por ejemplo a los asalariados lesionados como consecuencia de una negligencia o de una imprevisión de sus empleadores y, a título subsidiario, el de los militares lesionados por actividades posteriores a 1987. Por iguales razones que las que le han llevado a encontrar injustificada la vulneración de su derecho de acceso a un tribunal, considera que esta diferencia de trato es desproporcionada. El Gobierno alega lo contrario.

133 Teniendo en cuenta sus conclusiones (apartados 124 y 129 supra) según las cuales el demandante no tenía «un derecho de carácter civil» en el sentido del artículo 6.1 ni un «bien» en el sentido del artículo 1 del Protocolo núm. 1 (RCL 1999, 1190, 1572) , no siendo aplicable ninguna de estas dos disposiciones, el Tribunal considera que el artículo 14 tampoco es aplicable (ver, entre otras, Sentencia Petrovic contra Austria de 27 marzo 1998 [TEDH 1998, 66] , Repertorio 1998-II, pg. 585, ap. 22).

134 En consecuencia, no ha habido violación del artículo 14 del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572) .

IV Sobre la violación del artículo 13 en relación con el artículo 6 y/o el artículo 1 del protocolo núm. 1

135 Desde el punto de vista del artículo 13 en relación con el artículo 6 del Convenio y el artículo 1 del Protocolo núm. 1 (RCL 1999, 1190, 1572) , el demandante se queja de no haber dispuesto de ningún recurso efectivo para corregir la prohibición,

ilegal en su opinión, de interponer una demanda o, a título subsidiario, la privación ilegal de propiedad que sufrió.

136 El Gobierno sostiene por su parte que el demandante no ha formulado ninguna queja defendible de violación del artículo 1 del Protocolo núm. 1 (RCL 1999, 1190, 1572) y, por consiguiente, ninguna queja defendible de violación del artículo 13 del Convenio, que dice así:

«Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el (...) Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales».

137 El Tribunal señala que las quejas del demandante en el terreno del artículo 6 del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572) y del artículo 1 del Protocolo núm. 1 aluden claramente a las disposiciones del artículo 10 de la Ley de 1947. Recuerda, a este respecto, que el artículo 13 no llega a exigir un recurso por el que se pueda denunciar, ante una autoridad interna, las Leyes de un Estado Contratantes contrarias como tales al Convenio (Sentencia James y otros [TEDH 1986, 2] , previamente citada, ap. 85).

138 En consecuencia, no ha habido violación del artículo 13 del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572) .

V Sobre la violación del artículo 8 del convenio

139 El demandante se queja de haber tenido un acceso insuficiente a las informaciones relativas a las pruebas que se le practicaron en Porton Down. Considera que la posibilidad para él de acceder a estas informaciones al objeto de atenuar su temor en cuanto a las pruebas presenta un vínculo suficiente con su vida privada y familiar para plantear una cuestión en virtud del artículo 8 del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572) , que dispone:

«1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar (...)

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la Ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás».

A Argumentos del demandante

140 El demandante sostiene, a título principal, que al no proporcionarle algunas informaciones relativas a su participación en las pruebas, el Estado faltó a la obligación positiva que le correspondía de respetar su vida privada y familiar.

141 Invocando esencialmente las Sentencias dictadas por el Tribunal en los asuntos Gaskin contra Reino Unido (7 julio 1989 [TEDH 1989, 16] , serie A núm. 160), Guerra y

otros contra Italia (19 febrero 1998 [TEDH 1998, 2] , Repertorio 1998-I) y McGinLey y Egan [TEDH 1998, 25] (previamente citada), considera que poseía en virtud del artículo 8 un derecho a obtener informaciones que le permitiesen comprender los riesgos y peligros a los que había sido expuesto y reaccionar a los mismos. El Estado tiene al respecto una obligación autónoma (no ligada a ningún proceso judicial u otro) de proporcionar a un individuo un medio «efectivo» y «accesible» de «solicitar la comunicación del conjunto de informaciones pertinentes y apropiadas». La necesidad para él de tener información y disponer de un medio para obtenerla surgió en 1987, cuando comenzó a solicitar la comunicación de los historiales que le afectaban, es decir, mucho antes de su apelación ante el Comité de recursos de pensiones (Pensions Appeal Tribunal- el «PAT») y al margen de dicha apelación. En todo caso, sería absurdo asociar la obligación positiva al procedimiento ante el PAT: ello equivaldría en efecto a obligar a una persona (tanto si tiene derecho o no a una pensión, o esté interesada o no en una pensión) a entablar un procedimiento contencioso y, concretamente, a solicitar una pensión y/o amenazar con interponer una demanda en virtud del artículo 2 de la Ley de 1947; a esperar que se le deniegue su solicitud de pensión en primera instancia para poder así apelar ante el PAT; y una vez ante el PAT, asumir la carga de la prueba y demostrar la pertinencia de los documentos para las cuestiones a resolver, antes de poder obtener una mandamiento de divulgación en virtud del artículo 6 del Reglamento del PAT. Esta disposición está concebida para los procedimientos contenciosos y no para el apaciguamiento de temores mediante la comunicación de informaciones: en el asunto McGinLey y Egan los demandantes no invocaron un derecho general a la información, de forma que su caso es diferente en el plano de los hechos.

142 El demandante considera que el Estado no ha garantizado su derecho a un procedimiento efectivo o accesible que le permita obtener las informaciones necesarias.

143 Con anterioridad a la entrada en vigor del dispositivo de 1998 (apartado 69 supra) y su apelación ante el PAT, luchó, al margen de todo procedimiento contencioso, para obtener las informaciones en cuestión. Las primeras informaciones divulgadas se enviaron a su médico bajo «secreto médico», de forma que ni él mismo pudo conocerlas hasta 1994. De todas formas, no fueron de ninguna utilidad ya que contenían errores, eran incompletas (no mencionaban las pruebas sobre el gas mostaza) y no iban acompañadas de documentos oficiales. Por vías extraordinarias, el demandante obtuvo en diciembre de 1997 y en marzo de 1998 la divulgación de informaciones interesantes que tenían también ciertas lagunas y, en consecuencia, no eran susceptibles de representar «el conjunto de informaciones pertinentes y apropiadas»: no se mencionaban las pruebas de 1962 y no se decía nada acerca de las pruebas sobre el gas mostaza practicadas en 1963, la autoridad divulgadora reconocía el carácter poco riguroso de los criterios que regían la constitución de los historiales (en la época) y su conservación (posteriormente), afirmaba que ya no quedaba nada por divulgar, cuando evidentemente no era así ya que ulteriormente se comunicaron otras piezas y finalmente una carta de diciembre de 1997 que contenía afirmaciones no apoyadas por los documentos oficiales.

144 El dispositivo aprobado en 1998 no aportó ningún remedio a esto ni constituyó en sí mismo un medio adecuado de obtener informaciones. Se puso en marcha más de diez años después de que el demandante hubiese comenzado a buscar información y tras la presentación de la presente demanda. Las palabras tranquilizadoras contenidas en el folleto informativo no son convincentes ya que no se basan en ningún estudio

epidemiológico; además, este folleto se limita a prometer un resumen de los historiales y a señalar la posibilidad para los interesados de acudir a Porton Down para consultar los archivos. En realidad, el dispositivo de 1998 no hace sino confirmar que no existe ningún medio adecuado y efectivo de obtener información.

145 El procedimiento entablado posteriormente sobre la base del artículo 6 tampoco remedió esta falta anterior de información; pesado, complejo y largo no es de todos modos efectivo ni accesible ya que no permite obtener sino una divulgación incompleta y a cuentagotas (la última comunicación de información data de abril de 2005).

Este procedimiento puede ser sometido a condiciones y restricciones que decide el presidente del PAT, no habilitando a este último el artículo 6 a ordenar la divulgación sino en los casos en los que es probable que [las informaciones] tenga[n] un interés para una cuestión a resolver en el marco del recurso. Además, no es sometido a ningún control efectivo: no prevé ningún plazo para la divulgación, que puede aplazarse en el tiempo. El procedimiento seguido en este caso conoció dilaciones importantes. El demandante reconoce al respecto una parte de responsabilidad e indica las razones por las que tardó en responder a la carta del PAT de 25 de julio de 2001 y en solicitar el aplazamiento de la vista de octubre de 2002. Considera, sin embargo, que estos retrasos no puede en ningún caso explicar la totalidad del retraso acusado por el procedimiento: el MOD continuó divulgando documentos tras la vista, y el aplazamiento de ésta también es imputable a la VA, que no estaba preparada a la confusión excusable que reinaba en cuanto al alcance del recurso y a la necesidad de formular unas preguntas complementarias al doctor H. La ausencia de toda posibilidad de hacer controlar el fundamento de la certificación del MOD según la cual algunas piezas eran «actas o notas de servicio» no divulgables y el poder del que gozaban las autoridades de negar la comunicación de documentos por motivos referentes a la «seguridad nacional» llevaron a la imposibilidad para el procedimiento entablado en virtud del artículo 6 de cumplir con la obligación positiva prevista en el artículo 8. El procedimiento en cuestión estuvo lleno de errores, de declaraciones contradictorias y de confesiones según las cuales algunos documentos habían desaparecido; en resumen, el proceso de divulgación no permitió sino obtener informaciones incompletas. Si los señores McGinLey y Egan hubiesen hecho uso del procedimiento previsto en el artículo 6, el Tribunal no habría podido concluir en su sentencia que esta vía no permitía ni en principio ni en la práctica cumplir con la obligación positiva de ofrecer un medio accesible y efectivo de obtener informaciones.

146 El demandante afirma asimismo que no se le transmitieron todas las «informaciones pertinentes y apropiadas». Al margen de la conclusión que puede extraerse de la combinación del carácter fraccionado de la divulgación efectuada hasta hoy y de la afirmación no fundamentada (y contradicha posteriormente) según la cual todas las informaciones que podían ser divulgadas lo habían sido, dos elementos atestiguarían que no se le comunicaron todos los documentos pertinentes y apropiados.

En primer lugar, se produjeron en la constitución y el mantenimiento de los historiales unas lagunas inaceptables que hacían de entrada imposible el cumplimiento de la obligación positiva prevista en el artículo 8. En segundo lugar, hasta una época reciente, el Gobierno se ha negado a efectuar un estudio de seguimiento a largo plazo, única manera eficaz de facilitar información. Al demandante no le convencen los

argumentos y la conclusión que figuran en el informe sobre la factibilidad de un estudio de este tipo (apartado 55 supra); en cuanto a la evaluación emprendida recientemente (apartado 70 supra) sigue sin haber finalizado y plantea además la cuestión de saber por qué no se ha llevado a cabo anteriormente.

147 En cuanto a la proporcionalidad de la actitud del Estado, el demandante señala que el Gobierno no alega los imperativos de la seguridad nacional sino una justificación más limitada, a saber «el secreto médico». Admite que una no divulgación así motivada puede corresponder a un fin legítimo (el interés de los profesionales sanitarios que mantienen los historiales médicos y, por ende, el interés de los pacientes), pero duda de que estas consideraciones puedan aplicarse en el presente caso, desde el momento en que las únicas personas que tenían algo que ganar si los científicos de Porton Down se expresaban libremente eran los propios científicos. En todo caso, el argumento del secreto médico ha sido abandonado no solamente de forma general (en 1991, con la entrada en vigor de la Ley de 1990 sobre el acceso a los historiales médicos), sino también de forma específica (con la adopción del dispositivo de 1998) para los ex participantes en las pruebas de Porton Down. La invocación de este argumento para rechazar la divulgación completa es evidentemente desproporcionada teniendo en cuenta los elementos siguientes: la extrema importancia de las informaciones para el demandante; la poca consistencia de las que le fueron comunicadas y su divulgación a cuentagotas; la necesidad de disponer de documentos reales e incluso originales para poder evaluar correctamente el riesgo; la angustia y el estrés provocados por la falta de tal apreciación del riesgo: el hecho de que las pruebas se efectuasen en secreto, que se prohibiese a los participantes hablar de ello y que no hubiese garantía alguna contra los abusos; el carácter tóxico y peligroso de las sustancias a las que expusieron a los participantes; por último, la ausencia de un estudio adecuado de seguimiento que permitiese sacar unas conclusiones que aclarasen las cosas -en un sentido o en otro- en la mente de los ex participantes.

148 Basándose en los argumentos jurídicos precisos y en los incumplimientos expuestos en el marco de sus alegaciones principales en el terreno del artículo 8, el demandante presenta a título subsidiario dos argumentos de carácter secundario.

En primer lugar, sostiene que los procedimientos y protocolos relativos a las pruebas no cumplían con las exigencias procesales inherentes al respeto de la vida privada y que, en consecuencia, el Gobierno no ha protegido suficientemente sus intereses en virtud del artículo 8 (Sentencias W. contra Reino Unido de 8 julio 1987 [TEDH 1987, 13] , serie A núm. 121, y McMichael contra Reino Unido de 24 febrero 1995 [TEDH 1995, 9] , serie A núm. 307-B).

En segundo lugar, reprocha al Gobierno no haber efectuado una encuesta o investigación adecuada -o, subsidiariamente, no haber establecido un sistema apropiado que permitiese efectuar tal encuesta e investigación- sobre los riesgos potenciales a los que se había decidido someterle, y no haber garantizado así sus derechos en virtud del artículo 8. Al igual que los artículos 2 y 3 (Sentencias McCann y otros contra Reino Unido de 27 septiembre 1995 [TEDH 1995, 30] , serie A núm. 324, Hugo Jordan contra Reino Unido [TEDH 2001, 330] , núm. 24746/1994, TEDH 2001-III (extractos), Paul y Autrey Edwards contra Reino Unido [TEDH 2002, 13] , núm. 46477/1999, TEDH 2002-II,

y *Menson contra Reino Unido* [dec], núm. 47916/1999, TEDH 2003-V), el artículo 8 del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572) implica la obligación de investigación.

B Argumentos del Gobierno

149 Precisando que nada demuestra, en su opinión, que las pruebas tuviesen un efecto negativo en la salud del demandante, el Gobierno señala que para él la mejor forma de responder a la queja del interesado es declarar, al igual que hizo el Tribunal en la Sentencia *McGinLey y Egan* (TEDH 1998, 25) previamente citada, que mediante el procedimiento previsto en el artículo 6 se ha cumplido con la obligación positiva que deriva del artículo 8 de establecer un procedimiento efectivo y accesible que permite obtener el conjunto de informaciones pertinentes y apropiadas. Se trataría de una conclusión de principio, más bien confirmada que puesta en tela de juicio por los hechos de la causa.

150 Se ha demostrado que este procedimiento era accesible al demandante, que por otro lado lo invocó y utilizó con éxito. Siempre estuvo a su disposición a partir del momento -hacia finales de los años 80- en que aparecieron las afecciones por las que solicitaba una pensión. El interesado esperó a noviembre de 1998 para interponer un recurso ante el PAT y a julio de 1999 para solicitar el beneficio del procedimiento del artículo 6. Por tanto, el período anterior a julio de 1999 no debe tenerse en cuenta en la apreciación de la accesibilidad (o, ni que decir tiene, de la efectividad) de este procedimiento. Además, en el caso en que el estudio de epidemiología llevado a cabo actualmente por el Estado proporcionase unos elementos que apoyasen la tesis del demandante, éste podría presentar una nueva solicitud de pensión.

151 En opinión del Gobierno, el procedimiento en cuestión podía asimismo asegurar de forma eficaz -y los hechos los demuestran- la presentación en un plazo razonable de los documentos que interesaban al demandante.

152 Este procedimiento es efectivo en principio ya que permite la divulgación de documentos correspondientes directamente a la obligación positiva asumida en virtud del artículo 8. La no divulgación de ciertos documentos por motivos aferentes a la seguridad nacional o al interés público no disminuye en nada su efectividad y es compatible con el Convenio, ya que permite establecer un equilibrio entre los intereses que concurren e incluye unas garantías legales (inscritas en el propio texto del artículo 6). El procedimiento del artículo 6 no sufre ni retrasos sistemáticos ni una «falta de control».

Este procedimiento fue además, en este caso, efectivo. A instancias del demandante, el presidente del PAT emitió, en virtud del artículo 6, un mandamiento indicando simplemente y de forma general las categorías de documentos que debían ser divulgados. El Ministro cumplió el mandato sin demora y de forma exhaustiva, mostrándose claramente dispuesto a llevar a cabo investigaciones profundas y de gran alcance al objeto de poder divulgar el mayor número posible de documentos. Se comunicó un amplio abanico de documentos referentes a las pruebas: ninguna pieza importante fue apartada por razones de seguridad nacional. El demandante no formuló ante el PAT ninguna otra solicitud de divulgación de información basada en el artículo 6.

153 Parte del retraso en litigio puede sin duda imputarse al Estado en el período posterior a julio de 1999, pero la efectividad del procedimiento no disminuyó nada por ello y nada indica de forma tangible que se hubiesen lesionado los intereses del demandante. El interesado recibió los «documentos en respuesta» mucho antes de la vista ante el PAT y pudo hacer uso de ellos de la forma que estimó apropiada. El retraso con el que se transmitieron los documentos de la quinta categoría (apartados 53 y 55 supra) no tiene nada de sorprendente a la vista de la magnitud de esta categoría, el imperativo de exhaustividad que acompañaba al mandamiento, el tiempo transcurrido desde las pruebas y la «necesidad de examinar cuestiones serias de clasificación». Además, cualquier demora imputable a las autoridades debe sopesarse con los retrasos imputables al demandante: éste no invocó el artículo 6 hasta julio de 1999, si bien podía haberse aprovechado de este artículo ya a finales de los años 80, período en que comenzó su solicitud de documentos; además, el interesado ha sembrado la confusión - provocado pues retrasos- en cuanto al alcance de su recurso ante el PAT. En cuanto a los retrasos acusados tras la carta del Ministro de 6 de julio de 2001, son evidentemente imputables únicamente al demandante. Asimismo, al margen de la obligación de finalizar el procedimiento ante el PAT dentro de un plazo razonable, el tiempo no constituyó un factor sensible como, por ejemplo, en el caso de las medidas preventivas puestas en tela de juicio en el asunto Guerra previamente citado.

En lo concerniente a la divulgación por etapas, ello no es nada sorprendente (vista la magnitud de la categoría de la que dependían los documentos requeridos, la antigüedad de los mismos y el número de controles necesarios) y es preferible a la opción consistente en apartar los documentos hallados en espera de que se hayan reunido todos. En la medida en que el demandante alega que la documentación comunicada es incompleta, el Gobierno señala que, al igual que en el asunto McGinLey y Egan (TEDH 1998, 25) , el Estado no debe ser considerado responsable de un presunto incumplimiento de crear o mantener unos historiales durante un período anterior a 1966, fecha del reconocimiento del derecho al recurso individual. En cuanto a la queja relativa a la negativa a llevar a cabo un estudio de seguimiento, el Gobierno afirma que no había ninguna obligación positiva en este sentido, que en ningún caso tal obligación podía surgir ni nada probaba de forma indiscutible la existencia de un problema concreto, y que en todo caso se había efectuado un estudio epidemiológico al objeto de apaciguar los temores de los militares.

154 En lo referente, por último, a las respuestas de orden médico dadas en 1987 y en 1989, a los encuentros y a la correspondencia de 1997 con el Ministro, el dispositivo de 1998 y el estudio epidemiológico en curso, el Gobierno llega a la conclusión de que el demandante tuvo acceso a todas las informaciones pertinentes.

C Valoración del Tribunal

1 Aplicabilidad del artículo 8

155 Pese a las constataciones del PAT, el Gobierno no se ha pronunciado de forma categórica sobre la participación o no del demandante en los experimentos de 1962. El Tribunal considera que no procede en este caso resolver la controversia, ya que en todo caso se admite que el interesado acudió en 1963 al establecimiento de defensa química

y biológica de Porton Down para participar en las pruebas de gas mostaza y gas neurotóxico al personal de las Fuerzas Armadas.

En el marco de estas pruebas, descritas en los apartados 15 y 16 supra, el demandante fue expuesto a pequeñas dosis de estos dos agentes a efectos de investigación. En cuanto al gas mostaza, el PAT concluyó expresamente que el objetivo de los ensayos era probar la eficacia de la ropa militar en caso de exposición (ver las constataciones del PAT en el apartado 63 supra); en lo concerniente al experimento consistente en hacer inhalar gas neurotóxico, parece que su objetivo era probar la reacción del personal militar a este agente. Incluso admitiendo las aclaraciones del Gobierno a propósito del desarrollo de estas pruebas, el Tribunal considera que la cuestión del acceso a unas informaciones que hubieran podido, bien apaciguar los temores de los interesados a este respecto, o bien permitirles evaluar el peligro al que fueron expuestos, presenta una relación suficientemente estrecha con su vida privada y familiar en el sentido del artículo 8 para plantear una cuestión en el ámbito de esta disposición (Sentencia McGinLey y Egan [TEDH 1998, 25] , previamente citada, ap. 97). No procede indagar si el presente caso plantea una cuestión distinta en el terreno del aspecto relativo a la vida familiar.

156 En consecuencia, el artículo 8 se aplica.

2 Cumplimiento del artículo 8

157 El demandante reprocha al Estado no haberle concedido acceso a ciertas informaciones, en lo que ve una violación de sus derechos en virtud del artículo 8. El Tribunal recuerda que, a los compromisos más bien negativos contenidos en el artículo 8 del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572) pueden añadirse unas obligaciones positivas inherentes a un respeto efectivo de la vida privada. Para saber si existe dicha obligación, hay que tener en cuenta el equilibrio justo a mantener entre el interés general y los intereses antagónicos de la persona en cuestión, jugando cierto papel los objetivos citados en el apartado 2 del artículo 8 (Sentencia Gaskin [TEDH 1989, 16] previamente citada, ap. 42).

158 En el asunto Gaskin (TEDH 1989, 16) , un expediente describía en detalle la infancia del demandante, pero el interesado no había podido examinarlo por entero. El Tribunal concluyó que el Reino Unido había tratado las solicitudes de acceso del demandante a estos documentos de forma incompatible con la obligación positiva derivada del artículo 8 del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572) :

«(...) Las personas que estén en la situación del demandante tienen un interés primordial, protegido por el Convenio, en recibir las informaciones necesarias para conocer y comprender su infancia y sus años de formación. Sin embargo, hay que tener también en cuenta que el carácter reservado de los expedientes administrativos es muy importante si se quiere disponer de informaciones objetivas y merecedoras de crédito; y que, además, puede ser necesario para proteger a terceras personas. Desde este punto de vista, un sistema como el británico que subordina el acceso a los expedientes al consentimiento de los informantes puede considerarse en principio compatible con el artículo 8, teniendo en cuenta el margen de apreciación del Estado. Sin embargo, cuando no se consigue entrar en relación con el informante o éste niega abusivamente su

conformidad, el sistema debe proteger los intereses de cualquiera que pretenda consultar los datos sobre su vida privada y familiar; y sólo estará de acuerdo con el principio de proporcionalidad si dispone de un órgano independiente que, en el supuesto de que un informante no conteste o no dé su consentimiento, pueda tomar la resolución definitiva sobre la cuestión. Ahora bien, no sucedió así en el caso de autos».

159 Posteriormente, en el asunto Guerra (previamente citado), el Tribunal verificó si las autoridades internas habían tomado las medidas necesarias para facilitar a los demandantes la información deseada sobre los riesgos para su salud y su bienestar:

«El Tribunal recuerda que atentados graves al medio ambiente pueden afectar el bienestar de las personas y privarles del disfrute de su domicilio de manera que perjudique a su vida privada y familiar (ver, mutatis mutandis, Sentencia López Ostra [TEDH 1994, 3] , pg. 54, ap. 51). En el presente caso, las demandantes quedaron, hasta la parada de la producción de fertilizantes en 1994, a la espera de informaciones esenciales que les hubieran permitido evaluar los riesgos que se podían derivar para ellas y para sus allegados por el hecho de continuar residiendo en el territorio de Manfredonia, un pueblo igualmente expuesto al peligro en caso de accidente en el recinto de la fábrica.

El Tribunal constata, por lo tanto, que el Estado demandado ha fracasado en su obligación de garantizar el derecho de los demandantes a su vida privada y familiar, ignorando el artículo 8 del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572) ».

160 Más tarde, en el asunto McGinLey y Egan (TEDH 1998, 25) anteriormente citado, el Tribunal indagó asimismo si el Estado cumplía con su obligación positiva de proporcionar informaciones a los demandantes, que cuando eran militares habían participado en unas pruebas atmosféricas de armas nucleares. El Tribunal distinguió el asunto en cuestión del asunto Guerra debido a que en este último no se negaba que los demandante corriesen un riesgo a causa de la fábrica vecina ni que el Estado dispusiese de información que les hubiese permitido evaluar este riesgo y tomar medidas para evitarlo, mientras que los señores McGinLey y Egan habían demostrado solamente que una serie particular de documentos pertinentes (los datos del nivel de radiación) seguía en manos de las autoridades. El Tribunal prosiguió así:

«(...) el Gobierno afirma que no había ningún motivo imperioso relacionado con la seguridad nacional para no transmitir las informaciones relativas a los niveles de irradiación constatados (...) tras los ensayos (...).

En estas condiciones, respecto al interés de los demandantes en obtener el acceso a los documentos en cuestión y la aparente ausencia de interés público en no transmitirlos, el Tribunal considera que el artículo 8 hace que recaiga en el Estado esta obligación positiva. Desde el momento en que un gobierno emprende actividades peligrosas susceptibles de tener consecuencias nefastas para la salud de las personas que participan en ellas, el respeto a la vida privada y familiar garantizado por el artículo 8 exige la puesta en práctica de un procedimiento efectivo y accesible que permita a tales personas solicitar la transmisión del conjunto de informaciones pertinentes y apropiadas.

Respecto a la observación de dicha obligación positiva, el Tribunal recuerda sus conclusiones relativas a la queja fundamentada en el artículo 6.1: el artículo 6 del reglamento del PAT preveía un procedimiento que hubiera permitido a los demandantes solicitar la presentación de los documentos relativos a la afirmación del MOD según la cuál, no habían sido expuestos a niveles peligrosos de irradiación y en el sumario no hay nada que haga pensar que este procedimiento no hubiera llegado a divulgar los documentos deseados (apartado 89). Ninguno de los demandantes escogió hacer uso de este procedimiento y, según los elementos presentados ante el Tribunal, en ningún otro momento solicitaron a las autoridades competentes los documentos en cuestión.

Por estos motivos, este asunto difiere del asunto Gaskin (TEDH 1989, 16) (citado en el apartado 98, p. 9, 14), en el que el demandante se dirigió al High Court a fin de obtener la transmisión de los documentos a los que deseaba acceder.

El Tribunal considera que al instituir el procedimiento descrito del artículo 6 del reglamento del PAT, el Estado ha cumplido, respecto a los demandantes con su obligación positiva que deriva del artículo 8. Por lo tanto no ha habido violación de esta disposición».

161 Se puede razonablemente admitir que el hecho para el señor Roche es haber permanecido en la incertidumbre en cuanto a la cuestión de si había sido expuesto o no a un peligro durante su participación en las pruebas practicadas en Porton Down le causó una ansiedad y una tensión importantes (McGinLey y Egan [TEDH 1998, 25] , previamente citada, ap. 99). En verdad, se desprende claramente de los elementos de pruebas que así ha sucedido. Desde la aparición de sus problemas de salud, en 1987, el demandante se puso a la búsqueda, con determinación a través de distintas vías (detalladas en los apartados 17 a 33 supra), de toda información sobre su participación en los experimentos y que le apaciguase su ansiedad en cuanto a las consecuencias de ésta. Aunque el PAT concluyó -basándose en el informe de su perito- que ningún elemento fiable hacía suponer la existencia de una relación causa-efecto entre las pruebas en cuestión y las dolencias de las que se quejaba el demandante, no lo hizo hasta 2004, y su decisión ha vuelto desde entonces a ser puesta nuevamente en tela de juicio por la Sentencia del High Court admitiendo el recurso del señor Roche y remitiendo la causa al PAT, ante el que sigue pendiente. Asimismo, como ha quedado claro, ya existía un gran número de «documentos importantes» sobre las pruebas de 1963 en 1966, año de las declaraciones efectuadas por el Estado demandado en virtud de los artículos 25 y 46 del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572) (McGinLey y Egan, previamente citada, ap. 88): los documentos adjuntos a la carta del Ministro de Defensa de 2 de diciembre de 1987, los documentos evocados en la carta del establecimiento de Porton Down de 3 de mayo de 2001, las piezas anexas a las alegaciones presentadas por el Gobierno en el marco del presente caso (el 9 de marzo de 1998 y el 5 de abril de 2001) y, por último, los documentos comunicados al PAT el 6 de julio de 2001, el 23 de agosto de 2002, el 2 y el 21 de octubre de 2002 y el 18 de abril de 2005.

Por otro lado, el Gobierno no ha afirmado que existiera un motivo imperioso para no comunicar las citadas informaciones, alegando solamente la dificultad de encontrar antiguos documentos inevitablemente dispersados. Tampoco ha alegado el «secreto médico», y de todas formas esta defensa sería incompatible con la edulcoración sufrida por la noción en la Ley de 1990 sobre el acceso a los historiales médicos así como con la

decisión aparentemente tomada de no invocarlo en el contexto del dispositivo de 1998 y de los expedientes de Porton Down. Tras una cierta revisión de su postura y de la desclasificación de algunos documentos (apartados 53, 55, 57, 59 y 68 supra), el Gobierno ha indicado que no se descartó «ninguna pieza importante» por motivos de seguridad nacional (apartado 152 supra).

162 En estas condiciones, el Tribunal considera que sobre la autoridades pesaba la obligación positiva de ofrecer al demandante un «procedimiento efectivo y accesible» que le permitiese acceder al «conjunto de informaciones pertinentes y apropiadas» (Sentencia McGinLey y Egan [TEDH 1998, 25] , previamente citada, ap. 101) y evaluar así todo riesgo al que pudiese haber sido expuesto durante su participación en las pruebas (Sentencia Guerra y otros, previamente citada, ap. 60).

163 En cuanto al cumplimiento de esta obligación positiva, el Gobierno se basa principalmente en el hecho de que el Tribunal considerase en la Sentencia McGinLey y Egan (TEDH 1998, 25) que el procedimiento ante el PAT previsto por el artículo 6 no cumplía con esta obligación.

164 El Tribunal considera que esta conclusión no se aplica al caso de autos, no pudiendo compararse las quejas del señor Roche a las formuladas entonces por los señores McGinLey y Egan. Para estos últimos, la búsqueda de documentos era indisociable de las solicitudes de pensión presentadas a nivel interno por unas patologías que decían haber sido causadas por su participación en los ensayos nucleares. Por el contrario, el señor Roche ha efectuado muchos trámites (relatados en los apartados 17 a 33 supra) para obtener los documentos pertinentes al margen de todo litigio y, especialmente, de toda solicitud de pensión. En efecto, incluso cuando solicitó una pensión en 1991, continuó paralelamente buscando documentos, ya que el procedimiento del artículo 6 no era de todas formas accesible en primera instancia. Si el señor Roche apeló al PAT es porque se sintió obligado a hacerlo para presentar su solicitud de documentos en virtud del artículo 6, tras la Sentencia dictada por el Tribunal en junio de 1998 en el asunto McGinLey y Egan (TEDH 1998, 25) , evocada anteriormente.

165 No se puede deducir de la Sentencia McGinLey y Egan (TEDH 1998, 25) que un procedimiento de divulgación asociado a una demanda judicial pueda, en principio, cumplir con la obligación positiva de comunicar informaciones a una persona que, como el demandante en el caso de autos, trata de obtenerlos al margen de todo contencioso. Tal y como se desprende de las Sentencias Guerra (TEDH 1998, 2) y Gaskin (TEDH 1989, 16) anteriormente mencionadas y tal y como hace valer el demandante, la obligación de divulgación en cuestión (cuya naturaleza resume el apartado 162 supra) no exige del interesado que para obtener una indemnización entable un procedimiento.

166 El Gobierno se basa igualmente, de forma más general, en las divulgaciones efectuadas por la vía «médica» y por la vía «política», así como en los servicios de información y los estudios sanitarios (apartados 17.33 y 69-71 supra). El Tribunal estima sin embargo que, considerados individual o colectivamente, estos modos de obtener informaciones no pueden compararse con el modo estructurado de divulgación que contempla el artículo 8. En todo caso, evidentemente no dieron lugar sino a una

divulgación parcial, ya que otros documentos pertinentes fueron comunicados más tarde, concretamente durante la instrucción de la presente demanda y del recurso ante el PAT.

Por ejemplo, aunque el médico recibió información en 1987 y en 1989, el propio demandante no pudo conocerla hasta 1994, ya que no había sido divulgada sino bajo «secreto médico». Además, esta información no hacía mención a los ensayos de gas mostaza, no iban acompañadas de los documentos sobre los que se suponía se basaban y eran en todo caso inexactas en ciertos puntos (apartados 19 y 36 supra). Tras negársele la divulgación de otras informaciones, el demandante accedió por vez primera a unos documentos originales en 1997. Este procedimiento ad hoc se aprobó debido a su tenacidad en la búsqueda de información (apartados 19-33 supra); constituyó un primer episodio que fue seguido de muchos otros.

Asimismo, todos los procesos citados por el Gobierno cuando se refiere a los «servicios de información y estudios sanitarios» (apartados 69-71 supra) comenzaron casi diez años después de que el demandante se lanzase a la búsqueda de documentos y, además, después de la presentación de su demanda ante el Tribunal.

En cuanto al dispositivo de 1998, El Tribunal recuerda las dificultades halladas por las autoridades -incluso en el contexto judicial del procedimiento ante el PAT- para proporcionar documentos en ejecución del mandamiento emitido por el presidente del PAT en virtud del artículo 6. Incluso teniendo en cuenta únicamente el período posterior al pronunciamiento (febrero de 2001) de este mandamiento, parece que la divulgación fue escalonada (más de cinco fechas citadas en el apartado 161 supra, situándose la más reciente en abril de 2005), que durante el período en cuestión el Estado revisó varias veces su postura sobre la clasificación de ciertos documentos (apartados 53, 55, 57, 59 y 68 supra) y que, más de cuatro años después del mandamiento, siguen sin divulgarse todos los documentos pertinentes (ver carta de 18 de abril de 2005-apartado 68 supra). De hecho, el PAT consideró «lamentables» las dificultades halladas por el demandante para obtener los documentos presentados ante él. Dentro de esta misma idea, es igualmente significativo que todas las autoridades que intervinieron en el procedimiento llevado a cabo en virtud del artículo 6 o en el marco de la presente demanda no hayan conocido sino recientemente las cartas del Treasury Solicitor de 1953 (apartado 72 supra). El Tribunal considera que estas dificultades probadas para proceder a una divulgación completa y ordenada impiden afirmar que una persona que acudiese a Porton Down a consultar documentos conservados en dicho lugar (dispositivo de 1998) podría obtener todas las informaciones pertinentes y apropiadas. No cabe duda de que algunos documentos (que existían incluso después de 1996) se encontraban dispersos debido a su antigüedad y a su naturaleza, de forma que era -y sin duda seguirá siendo- difícil encontrar todos los documentos dignos de interés. Sin embargo, es cierto también que la ausencia de toda obligación de divulgar e informar favorezca esta dispersión y debilite el derecho de una persona a obtener la comunicación de informaciones pertinentes y apropiadas.

Por último, el Programa de evaluación del estado de salud de los voluntarios de Porton Down afectaba únicamente a 111 ex participantes y no constaba de grupo testigo, cuando 3.000 militares se habían prestado a pruebas sobre el gas neurotóxico y 6.000 a pruebas sobre el gas mostaza, habiendo sido expuestos algunos de ellos a ambos. En

cuanto al amplio estudio epidemiológico emprendido, no se inició hasta el años 2003 y no ha finalizado todavía.

167 En estas condiciones, el Tribunal estima que el Estado no ha cumplido con la obligación positiva de ofrecer al demandante un procedimiento efectivo y accesible que le hubiese permitido acceder al conjunto de las informaciones pertinentes y apropiadas y evaluar así todo riesgo al que pudo ser expuesto durante su participación en las pruebas.

168 En consecuencia, no procede examinar la alegación complementaria del demandante según la cual esta obligación positiva exigía la realización de un «estudio de seguimiento a largo plazo» (apartado 146 supra), ni sus argumentos subsidiarios y secundarios resumidos en el apartado 148 supra.

169 Ha habido violación del artículo 8 del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572) .

VI Sobre la violación del artículo 10 del convenio

170 El demandante se queja también de las deficiencias de la comunicación de informaciones desde el punto de vista del artículo 10 del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572) , cuyos pasajes aplicables dicen lo siguiente:

«1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. (...)

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la Ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito (...) para impedir la divulgación de informaciones confidenciales (...)».

171 Reconociendo que hasta ahora el Tribunal ha preferido siempre examinar estas cuestiones desde el punto de vista del artículo 8, el demandante sostiene que, por principio, el derecho a solicitar el acceso a una información constituye un aspecto importante de la protección prevista en el artículo 10 del Convenio e inherente a la misma. El Gobierno discute este argumento.

172 El Tribunal recuerda su conclusión en las Sentencias Leander contra Suecia (26 marzo 1987 [TEDH 1987, 4] , serie A núm. 116, ap. 74) y Gaskin (TEDH 1989, 16) (previamente citada, ap. 52), y confirmada más recientemente en la citada Sentencia Guerra (ap. 53) según la cual la libertad de recibir información «prohíbe que un gobierno impida a nadie recibir informaciones que otros aspiren o pueden consentir en proporcionarle» y «no podría entenderse como imposición a un Estado, en circunstancias tales como las del presente caso, de obligaciones positivas de (...) difusión, motu proprio, de las informaciones». El Tribunal no ve motivo alguno para no aplicar esta jurisprudencia constante.

173 En consecuencia, no ha habido violación, en el caso del demandante, del derecho a recibir información protegido por el artículo 10.

VII Aplicación del artículo 41 del convenio

174 El artículo 41 del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572) establece,

«Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las Consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa».

A Daño

175 El demandante solicita una indemnización en concepto de perjuicio material. Considera que la no divulgación de la información que le era necesaria y la emisión en su causa de un certificado en virtud del artículo 10 le impidieron ejercitar una acción de responsabilidad contra el MOD estando armado de unos elementos de prueba necesarios para establecer la relación causa-efecto pertinente. Afirma que el acceso al PAT apenas le ayudó: de un lado, el sistema de pensiones no reemplaza de forma satisfactoria la posibilidad de presentar una demanda y, de otro lado, el PAT se vio obstaculizado por el carácter limitado de los elementos en su poder, consecuencia de la inercia del Estado, que no aseguró la constitución de expedientes y su conservación en orden, de llevar a cabo un seguimiento adecuado, a corto y a largo plazo, de los ex participantes, y de encargar un trabajo de vigilancia y estudios epidemiológicos. El demandante no precisa la cuantía de la indemnización que solicita al respecto pero indica que debería corresponder al lucro cesante sufrido por él debido a los problemas de salud que imputa a su participación en las pruebas.

El interesado solicita asimismo una indemnización en concepto de daño moral debido al hecho de que durante un largo lapso de tiempo no pudo tener acceso a las informaciones pertinentes. Combinada con las afirmaciones no fundamentadas de las autoridades según las cuales las pruebas no habían causado daño a nadie, esta imposibilidad de acceder a las informaciones le causó una ansiedad, una tensión y una incertidumbre profundas. Durante cerca de veinte años hizo un esfuerzo considerable (en el plano médico, político y judicial) para obtener información. Considera que el procedimiento del artículo 6 no es la respuesta adecuada y afirma que, en todo caso, sigue sin acceder a toda la información. La constatación de violación no constituiría una indemnización suficiente pero justificaría la concesión de una indemnización sustancial, cuya valoración deja, no obstante, al Tribunal.

176 Respondiendo globalmente a las pretensiones anteriormente expuestas, el Gobierno alega que en todas las épocas pertinentes el demandante tuvo acceso a un sistema de pensiones (en sustitución de la posibilidad de presentar una demanda), al PAT y al procedimiento del artículo 6. Hizo uso, por lo demás, de esta disposición y obtuvo información, sigue teniendo derecho a pensión, y podría obtener siempre una pensión ya que responde a las condiciones fijadas en la materia.

177 El Tribunal recuerda que no ha concluido con la violación del artículo 6 en lo que atañe al certificado emitido en virtud del artículo 10. Además, su constatación de violación deriva de la afirmación de que el demandante tenía un derecho autónomo, independiente de todo contencioso, de obtener información sobre su participación en las pruebas. En todo caso, el Tribunal no puede especular sobre las posibilidades que el demandante habría tenido de probar la existencia de una relación causa-efecto entre su participación en las pruebas y sus problemas de salud si hubiese dispuesto de un «procedimiento efectivo y accesible» que permitiese obtener «el conjunto de informaciones pertinentes y apropiadas».

178 Dicho esto, el Tribunal considera que el demandante ha debido experimentar sentimientos de frustración, incertidumbre y ansiedad. En primer lugar, las pruebas eran sobre sustancias que teóricamente constituían armas militares. En segundo lugar, el interesado padece problemas respiratorios crónicos desde 1987, año en el que comenzó a solicitar información. En tercer lugar, ha efectuado durante mucho tiempo, haciendo uso de diferentes vías (médica, política y judicial) un esfuerzo considerable y obstinado para obtener la información buscada. En cuarto lugar, por último, la divulgación ha sido progresiva y aparentemente no ha terminado (apartados 161 y 166 supra). El Tribunal considera que la mera constatación de violación no es suficiente para reparar este daño moral.

179 Teniendo en cuenta las sumas concedidas en asuntos similares, el Tribunal concede en equidad 8.000 euros (EUR), suma a convertir en libras esterlinas en la fecha del pago.

B Gastos y costas

180 El demandante solicita una cantidad total (Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) incluido) de 100.109,67 libras esterlinas (GBP) por los gastos y costas ocasionados por el procedimiento ante el PAT y la presente demanda (esta cantidad tiene en cuenta los gastos previstos para la vista de octubre de 2004 ante el Tribunal).

Para la presente demanda, reclama 86.663,84 GBP, cantidad que incluye los honorarios de un solicitador y de un pasante (por unas 100 horas de trabajo) así como los honorarios de tres abogados (uno de ellos Queen'S counsel). En cuanto a los gastos y costas vinculados al procedimiento interno ante el PAT, los evalúa en 13.445,83 GBP, suma que engloba los honorarios de un solicitador y de un pasante (por alrededor de 40 horas de trabajo) así como de dos abogados (de los que uno de ellos no ha trabajado para la presente demanda). El demandante presenta, en apoyo de estas dos solicitudes, las notas de honorarios y los justificantes pertinentes. Precisa que si no solicita el reembolso de los gastos y costas vinculados a su recurso ante el High Court es porque según el artículo 28 del Reglamento del PAT había que obtener la autorización para apelar para que se le reembolsasen sus gastos.

181 El Gobierno considera excesivas las pretensiones relativas al procedimiento ante el Tribunal. Considera que éste no justificaba la designación de tres abogados y que en todo caso los honorarios de los solicitores deberían haber sido menos elevados. Algunas tareas están descritas vagamente y las tarifas de los abogados no han sido precisadas. Asimismo, no era necesario que el demandante presentase ante la Gran

Sala un escrito de alegaciones tan largo. El Gobierno considera, en estas condiciones, que una suma de 29.000 GBP sería razonable en concepto de gastos y costas por el procedimiento seguido en Estrasburgo. No formula ninguna alegación en cuanto a los gastos y costas reclamados por el procedimiento ante el PAT.

182 El Tribunal recuerda que el reembolso de las costas y de los gastos con arreglo al artículo 41 presupone que se encuentran probadas su realidad, su necesidad para hacer corregir o prevenir el problema constitutivo de una violación del Convenio y el carácter razonable de su cuantía (ver, por ejemplo, Sentencia Stasaitis contra Lituania, núm. 47679/1999, aps. 102-103, 21 marzo 2002).

183 A este respecto, el Tribunal señala, de un lado, que el presente caso era de cierta complejidad. Ha requerido un examen en el seno de una Sala y posteriormente de la Gran Sala, y ha constado de varios ciclos de alegaciones así como de una audiencia. Fue aplazado durante cierto número de años en espera del resultado del recurso del demandante ante el PAT. Durante este intervalo, el interesado mantuvo informado al Tribunal del curso de este procedimiento; posteriormente, ha proseguido éste paralelamente a la presente demanda. Pese a la conclusión en el terreno del artículo 8 supra, se puede razonablemente admitir la necesidad de los gastos satisfechos hasta hoy en relación con el procedimiento ante el PAT (excluyendo sin embargo las sumas vinculadas al recurso ante el High Court, cuyo reembolso no ha reclamado), a la vista concretamente de que este procedimiento ha conducido a la divulgación -todavía en abril de 2005- de una documentación abundante. Desde la fecha de la audiencia, en la que el demandante estimó sus gastos y costas, se ha incurrido en otros gastos, tanto para la presente demanda como para el procedimiento ante el PAT.

184 El Tribunal considera, por otro lado, excesiva la designación de tres abogados y de un solicitador (y un pasante) para la presente demanda, y de dos abogados (así como de un solicitador y un pasante) para el procedimiento ante el PAT. El demandante no ha explicado por qué uno de los abogados que trabajó en el recurso ante el PAT no se ha ocupado también de la demanda ante el Tribunal: una parte del trabajo se ha hecho seguramente dos veces. Además, como señala el Gobierno, las notas de honorarios de los abogados evocan unas tareas que no están definidas claramente y no indican las tarifas aplicadas. El Tribunal considera además excesiva la estimación de los gastos que se reclaman por la audiencia ante el Tribunal (unas 37.000 GBP, cantidad que engloba los gastos de viaje y alojamiento de tres abogados y de un solicitador, así como sus honorarios). Asimismo, puesto que la queja fundamentada en el artículo 6 -que constituía una parte importante de la demanda- no ha sido admitida, los gastos y costas concedidos deben reducirse en proporción (Z y otros [TEDH 2001, 332] , anteriormente citada, ap. 134).

185 Resolviendo en equidad, el Tribunal concede al demandante la cantidad de 47.000 EUR por los gastos y costas vinculados al procedimiento ante el PAT y a la presente demanda (suma que incluye el IVA y a convertir en libras esterlinas al cambio aplicable en el momento del pago), menos 3.228,72 EUR ya pagados por el Consejo de Europa en concepto de justicia gratuita.

C Intereses de demora

186 El Tribunal considera apropiado fijar el tipo de los intereses de demora en el tipo de interés de la facilidad marginal de los préstamos del Banco Central Europeo incrementado en tres puntos.

POR ESTOS MOTIVOS, EL TRIBUNAL

1º Declara, por nueve votos contra ocho, que no hubo violación del artículo 6.1 del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572) ;

2º Declara, por dieciséis votos contra uno, que no hubo violación del artículo 1 del Protocolo núm. 1 al Convenio (RCL 1999, 1190, 1572) ;

3º Declara, por unanimidad, que no hubo violación del artículo 14 del Convenio en relación con el artículo 6 del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572) y el artículo 1 del Protocolo núm. 1 al Convenio;

4º Declara, por dieciséis votos contra uno, que no hubo violación del artículo 13 del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572) en relación con el artículo 6 del Convenio y el artículo 1 del Protocolo núm. 1 al Convenio;

5º Declara, por unanimidad, que hubo violación del artículo 8 del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572) ;

6º Declara, por unanimidad, que no hubo violación del artículo 10 del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572) ;

7º Declara, por unanimidad,

a) Que el Estado demandado deberá abonar al demandante, dentro del plazo de tres meses, las sumas siguientes a convertir en libras esterlinas al cambio aplicable en el momento del pago:

i. 8.000 EUR (ocho mil euros) en concepto de daño moral;

ii. 47.000 EUR (cuarenta y siete mil euros), IVA incluido, en concepto de gastos y costas, menos 3.228,72 EUR ya percibidos del Consejo de Europa en concepto de justicia gratuita;

b) Que estas sumas se verán incrementadas por un interés simple anual equivalente al tipo de interés de la facilidad marginal de los préstamos del Banco central europeo incrementado en tres puntos a partir de la expiración del antedicho plazo y hasta el pago.

8º Rechaza, por unanimidad, el resto de la solicitud de indemnización.

Hecha en francés y en inglés, leída en audiencia pública en el Palacio de los Derechos Humanos, en Estrasburgo, el 19 de octubre de 2005. Firmado: Luzius Wildhaber, Presidente - T. L. Early, Secretario adjunto.

Se adjuntan a la presente sentencia, conforme a los artículos 45.2 del Convenio y 74.2 del Reglamento del Tribunal, las siguientes opiniones:

-Opinión concordante de los señores Caflisch y Ress;

-Opinión disidente de los señores Loucaides, Rozakis, Zupancic, Casadevall, Maruste, Traja y las señoras Stráznická y Tomasen;

-Opinión disidente del señor Zupancic.

Opinión Concordante de los Señores Caflisch y Ress

Suscribimos la presente sentencia. En cuanto, más concretamente, al artículo 6.1 del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572) , consideramos también que la restricción prevista en el artículo 10 de la Ley de 1947 sobre los procedimientos relativos a la Corona impidió al interesado demandar a la Corona y que esta restricción derivaba de los principios que rigen el derecho de demanda material en la legislación interna (apartado 124 de la sentencia).

Habiendo llegado a esta conclusión, el Tribunal ha considerado que no procedía entretenerse en el argumento subsidiario del Gobierno (apartado 113 de la sentencia) según el cual el artículo 6.1 era inaplicable en virtud de las sentencias Pellegrin contra Francia (TEDH 1999, 65) ([GS], núm. 28541/1995, ap. 66, TEDH 1999-VIII) y R. contra Bélgica (núm. 33919/1996, 27 febrero 2001 [TEDH 2001, 123]), que excluyen del campo de aplicación de esta disposición los asuntos referentes a las relaciones entre el Estado y los empleados del servicio público. Tal y como señaló el Tribunal en el asunto Pellegrin,

«Solo se sustraen al campo de aplicación del artículo 6.1 del Convenio los litigios de funcionarios públicos cuyo empleo sea característico de las actividades específicas de la Administración pública en la medida en que ésta actúa como detentadora del poder público encargado de la protección de los intereses generales del Estado o de las demás colectividades públicas. Un ejemplo manifiesto de tales actividades son las Fuerzas Armadas y la Policía» (apartado 66).

La presente sentencia entra perfectamente en esta categoría. Consideramos asimismo que la queja del demandante fundamentada en el artículo 6.1 del Convenio cae también a la luz del argumento subsidiario formulado por el Gobierno pero no examinado por el Tribunal.

Opinión disidente del señor Loucaides a la que se adhieren los señores Rozakis, Zupancic, Casadevall, Maruse, Traja y las señoras Stráznická y Thomassen

No puedo unirme a la mayoría cuando afirma que el demandante no tenía un «derecho» de carácter civil reconocido en la legislación interna que hiciese aplicable el artículo 6.1 del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572) y que, en consecuencia, no se ha violado esta disposición. Considero por mi parte que el interesado tenía un derecho de carácter civil -el de quejarse de una negligencia- que fue sometido a una restricción procesal. De ello concluyo que el artículo 6.1 del Convenio es aplicable y que, desde el

momento en que se le negó al demandante el acceso a un tribunal, se violaron las disposiciones consideradas. Detallaré a continuación las razones de mi enfoque.

En este caso, la cuestión fundamental es si las limitaciones impuestas por el artículo 10 de la Ley de 1947 sobre los procedimientos contra la Corona constituyen unas restricciones procesales o no materiales de otro tipo al inicio de un procedimiento judicial ante un tribunal británico en un asunto similar al del demandante, o si restringen el campo del motivo de demanda material de forma que el interesado no pueda invocar el artículo 6 del Convenio porque no puede aprovecharse de un derecho de carácter civil. Para resolver esta cuestión, debemos tomar en consideración no solamente la legislación interna sino también el sentido autónomo que el Convenio atribuye al término de derecho de carácter civil. Dicho de otro modo, se trata de determinar si el demandante tenía un motivo para interponer una demanda respecto al cual no tuvo acceso a un tribunal debido a unas restricciones procesales o si, por el contrario, carecía de motivo, en cuyo caso no se plantearía ninguna cuestión de acceso al tribunal desde el punto de vista del artículo 6 del Convenio.

Hasta 1947 no existía ningún motivo para ejercitar contra el Estado («la Corona») una acción de responsabilidad civil. La evolución histórica y social parece haber aportado, sin embargo, un cambio radical. El artículo 2 de la Ley de 1947 enunciaba que se podía ejercitar una acción de responsabilidad contra la Corona. Sin embargo, esta disposición estaba subordinada al artículo 10 de la misma Ley, el cual preveía un trato diferente para las Fuerzas Armadas: en el caso de que un miembro de las Fuerzas Armadas falleciese o se lesionase en el ejercicio de sus funciones, la Corona no podía ser demandada si el Ministro había certificado que el fallecimiento o la lesión corporal en cuestión se consideraba imputable al servicio a los efectos del derecho a una pensión de guerra, siendo la idea sustituir con un régimen de pensiones no basado en la culpa la posibilidad de una demanda de indemnización.

Si es importante señalar que los artículos 2 y 10 están en la parte I de la Ley de 1947 titulada «Disposiciones materiales», es pertinente también señalar que un militar podía invocar un motivo para demandar a la Corona si el Ministro no emitía «un certificado en virtud del apartado 10». Subrayemos que el artículo 10 de la Ley de 1947 fue derogado en 1987, permitiendo a los miembros de las Fuerzas Armadas presentar una demanda de indemnización sin restricciones contra la Corona, pero que esta derogación no afectaba sino a los hechos posteriores a la entrada en vigor de la Ley de 1987 y que evidentemente no se aplica a la situación del presente demandante.

Antes de que el Tribunal se pronunciase sobre la admisibilidad del asunto, el High Court (en el asunto Matthews contra Ministro de Defensa - documento 6, aps. 79-89) estimó que el artículo 10 de la Ley de 1947 era incompatible con el artículo 6 debido a que se consideraba una barrera procesal desproporcionada (apartados 84-86 de la sentencia). A partir de entonces, el Tribunal de apelación y la Cámara de los Lores anularon la decisión del High Court concluyendo que el artículo 10 delimitaba el motivo de acción material, de forma que el artículo 6 era inaplicable (apartados 87-95 de la sentencia).

En consecuencia, considero que para determinar si la imposibilidad para el demandante de demandar al Estado por negligencia -mientras que en virtud de la misma

Ley tal acción está abierta a todos los particulares- es una cuestión de orden procesal o de orden material, conviene conservar el espíritu del enfoque seguido por el High Court y la Cámara de los Lores en esta cuestión precisa en el asunto Matthews.

Según el High Court, las disposiciones aplicables de la Ley de 1947 no socavaron el derecho del demandante a proceder judicialmente sino que simplemente impidieron al interesado presentar contra el Estado una demanda de indemnización por vulnerar dicho derecho. En otras palabras, el demandante tenía un derecho a presentar una demanda pero el recurso no estaba disponible. A este respecto, el High Court tuvo en cuenta el hecho de que el demandante no podía interponer una demanda en virtud de las disposiciones en cuestión debido a la decisión del Ministro de emitir un certificado que permitía al interesado obtener una pensión no fundamentada en la culpa. El High Court señaló al respecto:

a) Suponiendo incluso que el certificado -cuya condición de impedir la presentación de una demanda de indemnización contra el Estado establecía el artículo 10 de la Ley- fuese emitido generalmente de oficio cada vez que el Ministro constatase la existencia de una relación entre las lesiones corporales sufridas por el militar y sus funciones en el seno de las Fuerzas Armadas, ello no significa que el Ministro responsable de la emisión del certificado no pudiese romper con esta línea de conducta si lo desease.

b) Si el legislador hubiese querido excluir las quejas de los miembros de las Fuerzas Armadas -como las del demandante- del campo de la responsabilidad civil del Estado y no solamente subordinar esta responsabilidad a ciertas condiciones procesales, habría podido simplemente precisar que las disposiciones relativas a la responsabilidad civil no se aplicaban a las quejas de estas personas (apartados 18 y 22 de la Sentencia del High Court).

En cuanto al enfoque de la Cámara de los Lores, consistía en declarar que la legislación criticada por el demandante reconocía por vez primera la posibilidad de demandar al Estado. Esta legislación definía el alcance del motivo de acción de responsabilidad. El artículo 10, que impidió al demandante proceder judicialmente en las circunstancias del caso, limitaba el motivo de acción excluyendo las causas similares a la del interesado.

En lo referente al hecho de que la imposibilidad de ejercitar una acción de responsabilidad en casos como el del demandante derivaba de la emisión por el Ministro de un certificado que implicaba el pago de una pensión -hecho en el que se fundamentó el High Court para concluir que la restricción al acceso al tribunal en tales casos constituía una barrera procesal y no una barrera material-, la Cámara de los Lores consideró que:

«(...) en la práctica, el Ministro emite un certificado cada vez que procede hacerlo (en los planos jurídico y práctico). No goza de una libertad tan grande como un gobierno extranjero llamado a decidir si procede o no renunciar a la inmunidad del Estado (...)» (apartado 92-93 de la sentencia).

Supongo que la Cámara de los Lores quería decir que en la práctica la emisión de un certificado por el Ministro era más una formalidad que un acto que correspondiese a una amplia potestad discrecional.

Habiendo examinado atentamente la situación jurídica anterior a 1947, la Ley de 1947 y la jurisprudencia, estoy más bien de acuerdo con la conclusión según la cual la cuestión aquí no es el derecho de acceso a un tribunal debido a la delimitación del delito civil concreto, sino las restricciones al acceso a un tribunal, para invocar ante él un derecho de carácter civil debido a ciertas condiciones de orden procesal. Pienso que la negligencia cuya reparación trata de obtener judicialmente el demandante posee una base legal bien establecida en la legislación interna del Estado demandado. Hasta 1947 esta negligencia no podía dar lugar a una demanda judicial contra el Estado. Se podría decir que hasta entonces el Estado no tenía ninguna responsabilidad jurídica porque en el orden jurídico británico de la época «el rey no [podía] hacer daño». Pienso que esta ficción jurídica clásica no es lo suficientemente convincente para neutralizar respecto al Convenio la negligencia en el contexto de las demandas dirigidas contra el Estado. Sin embargo ha impedido toda acción contra el Estado. Recordemos que para saber si un derecho de carácter civil existe o no en el seno de un Estado, no hay que basarse únicamente en la legislación interna. El Tribunal puede indagar si en el Estado en cuestión un derecho de carácter civil tiene una base legal suficiente independientemente de las condiciones o restricciones internas.

Sin embargo, incluso admitiendo que no se pudiese comprometer la responsabilidad del Estado debido a que «el rey no puede hacer daño», resulta que tras la aprobación de la Ley de 1947 devino imposible proceder judicialmente cuando la negligencia la hubiese cometido un funcionario público. Las disposiciones materiales de esta Ley no excluyen del campo de la responsabilidad civil del Estado los asuntos similares al del demandante. Debo decir aquí que suscribo la afirmación contenida en la Sentencia del High Court según la cual si la Ley de 1947 tenía por objeto excluir a los miembros de las Fuerzas Armadas de las reformas instauradas por los artículos 1 y 2 del texto, una disposición debería haber indicado claramente que estas reformas no se aplicaban a las quejas de las personas en cuestión. Es sobre la base de los hechos pertinentes que los tribunales habrían tenido pues que resolver la cuestión de si una queja concreta pertenecía o no a esta categoría (ver asunto Powell y Rayner contra Reino Unido relativo a la restricción material fundamentada en el artículo 76.1 de la Ley de 1982 sobre la aviación civil).

Es cierto que el artículo 10 de la Ley dispone que no se puede demandar a la Corona por un acto que ha causado una lesión corporal a un miembro de las Fuerzas Armadas o su fallecimiento si se reúnen ciertas condiciones, siendo una de ellas que el Ministro certifique que la cosa sufrida es o será considerada imputable al servicio a efectos del derecho a pensión. Se debe entonces determinar si esta disposición forma parte de la definición del derecho de carácter civil pertinente, o si rige simplemente una responsabilidad civil existente por medio de restricciones procesales. Me inclino por la segunda opción y suscribo al respecto una vez más el punto de vista del High Court, al que ya he hecho referencia.

Poner una condición como la emisión por el Ministro de un certificado en lugar de definir una serie de excepciones y dejar que los tribunales valoren la cuestión de su existencia en tal o cual asunto, corrobora la opinión según la cual la restricción pertinente

al derecho de acceso a los tribunales es procesal por esencia. A este respecto, hay que subrayar también, en mi opinión, que la emisión por el Ministro de un certificado se considera asimismo una intervención del Ejecutivo -en este caso de un miembro del Gobierno-, en el proceso consistente en determinar si una persona tiene la facultad de interponer una demanda por negligencia. Vista la estatura política del Ministro, una intervención por su parte indica una limitación procesal más que material del derecho a acceder a un tribunal. En efecto, los titulares de cargos políticos son responsables de la elaboración y ejecución de grandes orientaciones, lo que implica el ejercicio de una amplia potestad discrecional. Además, como señaló con mucha razón el High Court, el hecho de que el certificado se emitiese generalmente de oficio en todos los casos en los que el Ministro constataba la existencia de un vínculo entre las lesiones corporales sufridas por el militar y las funciones de éste en el seno de las Fuerzas Armadas no significa que el Ministro pudiese romper si lo deseaba con esta línea de conducta. Ello lo atestigua el descubrimiento hecho, tras la audiencia celebrada en este caso por el Tribunal, en el marco de un asunto similar al del demandante (apartado 72 de la sentencia; esta cuestión se evoca a continuación).

El Ministro puede emitir o no el certificado en cuestión. Si no está convencido de que la situación requiere la emisión de dicho certificado o, retomando las palabras utilizadas por la Cámara de los Lores, si considera que no procede emitir dicho certificado, las personas en una situación similar a la del demandante pueden ejercitar una acción de responsabilidad, vía de derecho que ya existe. El Ministro quizá no goce de una libertad tan grande como un Gobierno extranjero llamado a decidir si conviene o no renunciar a la inmunidad del Estado, pero seguramente tiene la posibilidad o la facultad de resolver en cada caso en un sentido o en otro. Si emite un certificado, se descarta la posibilidad de proceder judicialmente; si no lo hace, las personas en una situación similar a la del demandante pueden entablar una acción sobre una base legal que ya existe. De hecho, es importante subrayar que en tales casos el fundamento jurídico existente es el derecho general a presentar una demanda contra el Estado en virtud del artículo 2 de la Ley. No se establece, ni se requiere, ninguna otra base legal en ausencia del certificado pertinente. Ello corrobora la conclusión según la cual las restricciones relativas a los miembros de las Fuerzas Armadas no entran en la definición o los límites de la responsabilidad civil general de la Corona tal y como la instauran las disposiciones materiales de la Ley de 1947. Además, teniendo en cuenta el texto de la Ley, la distinción hecha por el High Court entre la existencia de un derecho y la de un recurso es, en mi opinión, justa. La base legal del derecho está en esta Ley; el recurso está subordinado a ciertas condiciones.

El certificado del Ministro puede generalmente emitirse de oficio. Sin embargo, puede no emitirse, luego la supuesta naturaleza del certificado no refuerza ya los argumentos del Gobierno demandado. Ciertamente, el asunto Fogarty, que trata de las inmunidades, se distingue del presente caso. Sin embargo, incluso una solicitud de inmunidad constituye generalmente y en la práctica una solicitud formal ante los tribunales. Las embajadas emiten certificados invocando la inmunidad de los diplomáticos y del Estado -incluso por impago de una deuda por un diplomático-, y tales certificados se emiten de pleno derecho.

Recordemos otro elemento importante a este respecto: tras la audiencia del Tribunal en el presente caso, se descubrió que según un dictamen jurídico del Treasury

Solicitor enviado al Ministerio de Defensa en 1953 sobre otro ex participante en los ensayos en igual situación que el demandante, el artículo 10 de la Ley de 1947 sobre los procedimientos relativos a la Corona no era aplicable y sus disposiciones no exoneraban por tanto a la Corona o al Ministro de toda responsabilidad. Tras este descubrimiento, el Ministro decidió no volver a «recurrir al artículo 10.1» en ninguna demanda del interesado. Parece pues que en el caso de autos existen dos enfoques contradictorios en cuanto a la exclusión de la responsabilidad de la Corona en virtud del artículo 10 de la Ley de 1947. Ello constituye un sólido argumento más favorable a la tesis según la cual la emisión de certificados en virtud del artículo 10 no era sistemática. El Ministro puede ejercer su potestad discrecional en un sentido o en otro apreciando la situación sobre la base de unos hechos, lo que demuestra claramente que se está en presencia de una limitación procesal al derecho de acceder a un tribunal para exponer ante él una queja. Esto hace vacilar seguramente la opinión expresada por la Cámara de los Lores y el Gobierno según la cual el ejercicio de una potestad discrecional en la emisión de certificados fundamentados en el artículo 10 no es un poder importante. Por el contrario se desprende de estos hechos nuevos que, al emitir un certificado, el Ministro lleva a cabo una apreciación o una evaluación de la situación que va más allá de la mera constatación o del ejercicio consistente en verificar que se reúnen ciertas condiciones. Se ha demostrado que una sola e igual situación podía apreciarse de dos formas distintas, incluso contradictorias. La estatura política del Ministro y la naturaleza de las condiciones que debe examinar para decidir si procede o no emitir un certificado [«si (...) la cosa sufrida (...) es o será considerada imputable al servicio (...)»] sí juegan un papel en esta apreciación.

En nuestro deseo de proteger los derechos humanos, no debemos perder de vista las exigencias del Estado de derecho que constituyen la base del reconocimiento del derecho de acceso a un tribunal. El Estado de derecho exige que los particulares puedan hacer examinar sus derechos de carácter civil por unos órganos judiciales independientes. Ello se aplica con más motivo a las quejas dirigidas contra el Estado. En tales casos, debemos tener un enfoque o una interpretación más liberal de la situación jurídica, de forma que se deje lugar al derecho de acceso a un tribunal en lugar de tender a su extinción o a la creación de barreras absolutas a este derecho, desde el momento, por supuesto, en que existe una posibilidad razonable de hacerlo. Ahora bien, pienso que en este caso tal posibilidad existe.

La razón de ser de las restricciones al derecho pertinente de los miembros de las Fuerzas Armadas dejó de existir en 1987. Este elemento debe tomarse en consideración, tanto en apoyo de mi postura según la cual las restricciones en cuestión no limitaban este derecho, como en apoyo de la conclusión según la cual estas restricciones, debido a su carácter procesal, no podían considerarse desproporcionadas al fin perseguido. A este respecto, suscribo plenamente, una vez más, el razonamiento del High Court (apartados 38-43 de la Sentencia del High Court y apartado 86 de la Sentencia del Tribunal).

Debo decir, por último, que rechazo el argumento del Gobierno (apartado 113 de la sentencia) consistente en afirmar que el artículo 6.1 es inaplicable en virtud de las Sentencias Pellegrin contra Francia (TEDH 1999, 65) ([GS], núm. 28541/1995, ap. 66, TEDH 1999-VIII) y R. contra Bélgica (núm. 33919/1996, 27 febrero 2001 [TEDH 2001, 123]). Mi desacuerdo se basa en motivos completamente idénticos a los expuestos por

el Tribunal de apelación en el asunto Matthews (apartado 88 de la sentencia). Además, observo que en dicho asunto el Ministro de Defensa ya no planteó este argumento ante la Cámara de los Lores.

Teniendo en cuenta mi conclusión relativa a la violación del artículo 6 del Convenio, no creo que proceda examinar la queja fundamentada en el artículo 1 del Protocolo núm. 1.

Opinión disidente del señor Zupancic

Desde el punto de vista decisorio, suscribo el enfoque matizado del Juez Loucaides quien en su opinión disidente adopta en definitiva un enfoque procesal.

Desde el punto de vista teórico, me cuesta no obstante admitir que la conclusión puede depender de la distinción algo ficticia entre lo que es «procesal» y lo que es «material». Esta separación artificial ha sido, con todo, mantenida y desarrollada por nuestra jurisprudencia. El artículo 6 y sus consecuencias jurisprudenciales, como el «acceso a un tribunal», derivan de una premisa de base no consciente o al menos no declarada.

Esta premisa es que el procedimiento no es sino un medio accesorio y anexo, una correa de transmisión que introduce unos derechos materiales.

Al principio, el hecho de que un instrumento internacional como el Convenio europeo de Derechos Humanos debe tratar de limitar sus efectos a lo que se percibía como un simple medio procesal tenía quizás un sentido en el plano político. El reconocimiento de un derecho material quedaba pues, al menos aparentemente, en el ámbito soberano del derecho interno. Con el tiempo, sin embargo, esta frontera tectónica imaginaria entre lo que es material y lo que «simplemente» es procesal se ha convertido en una línea de falla sísmica. Resulta de los asuntos difíciles -la división de votos lo demuestra- que producen un derecho mediocre. En un asunto en el que además el Ejecutivo tiene la potestad discrecional de poner trabas al acceso a un tribunal, estamos frente a una cuestión de peso y contrapeso (separación de poderes) que en principio debe ser resuelta por un órgano judicial interno de carácter constitucional.

Es paradójico que precisamente en los asuntos británicos nos basemos en la distinción entre lo que es procesal y lo que es material. Si por razones históricas los sistemas jurídicos continentales han preservado la tradición de una distinción rígida, es justamente el sistema del derecho consuetudinario inglés el que siempre ha considerado que el derecho y el recurso eran independientes. ¿Tiene el recurso un carácter «material»? ¿«Procesal»? La ficción jurídica según la cual «la Corona no puede hacer daño» -que tiene por efecto bloquear una acción (inmunidad)- ¿Es puramente procesal? O bien ¿Se niega simplemente al demandante el derecho material? Cuando se pasa de un asunto británico a otro, el dilema surge en todo su relieve.

Está cada vez más claro que debemos volver al sentido común. Pese al voto contrario de una débil mayoría, se puede afirmar fácilmente que toda inmunidad ante los tribunales constituye un bloqueo procesal. Por otro lado, sabemos que la intención pero

también el efecto de tal inmunidad es negar una de las facultades materiales lógicamente más imperiosas en derecho.

¿Qué es entonces un derecho? ¿No es cierto que un «derecho» -inclusive en la categoría de los «Derechos Humanos»- no es jurídicamente pertinente, paradójicamente, sino cuando una persona alega que ha sido privada de él? Los filósofos y los políticos se permiten quizás el lujo de poder hablar de derechos in abstracto y siguiendo un enfoque deontológico. En derecho, sin embargo, es el contexto que concurre, el contexto procesal, el que hace resaltar -es decir, que existan- los derechos materiales. El derecho surge en el horizonte jurídico cuando un interés de un sujeto de derecho que ha sido lesionado es defendido por medio de un procedimiento y que el recurso se ejercita de forma activa. Un derecho no reivindicado no es sino una abstracción hipotética.

En el seno de la sociedad, las relaciones humanas pueden estar saturadas por todo tipo de derechos posibles. Sin embargo, en la mayor parte de los casos estos derechos siguen sin reivindicarse, bien porque no han sido violados en un primer momento, o porque la persona lesionada no los defiende por la vía de un procedimiento. Además, un derecho sin recurso no es sino una recomendación (una «obligación natural»). De ello se deduce que un derecho es doblemente tributario del recurso concomitante. Si el recurso no existe, el derecho en cuestión no es un derecho; si el recurso no se utiliza de forma procesal, el derecho no es reivindicado. El derecho y su recurso no son solamente interdependientes; son consustanciales.

Hablar de derechos como si existieran al margen de su contexto procesal viene -por razones pedagógicas, teóricas o nemotécnicas- a disociar artificialmente lo que en la práctica es indisociable. Un derecho material no es el reflejo del recurso procesal que le corresponde.

Un derecho material es su recurso.

Es curioso que el sentido común y el derecho consuetudinario inglés choquen de frente tan a menudo. Es doblemente paradójico que la mayoría hable de evitar las meras apariencias y dedicarse a circunscribir la realidad, mientras que la distinción en la que se basa la sentencia es una pura ficción jurídica. Aunque nos las hayamos arreglado más bien que mal, permanece la premisa errónea que constituye la base de la sentencia. El dilema volverá a surgir con toda seguridad.

Para salir de este dilema, es necesario evidentemente dejar de suscribir esta premisa errónea. Es difícil hacerlo en el abstracto. Puesto que somos un tribunal de derechos humanos, deberíamos no obstante -al menos en los asuntos en los que la línea de error es potencialmente determinante, en los que se enfrenta a la justicia y el sentido común- optar por un significado autónomo de las «garantías legales materiales». La honestidad intelectual no exige menos.

AS 2005\2865

Sentencia Audiencia Nacional núm. 72/2005 (Sala de lo Social), de 12 julio

Jurisdicción: Social

Procedimiento núm. 39/2005.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Joaquín Jiménez Sánchez.

HORAS EXTRAORDINARIAS: registro diario con entrega de copia al trabajador: finalidad. REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES: competencias: vigilancia y control: horas extraordinarias: información mensual: alcance; sólo en los supuestos de su efectiva realización. PROCEDIMIENTO LABORAL: juicio oral: alegaciones: demandado: excepciones: falta de acción: desestimación: controversia real y actual. PROCESO JUDICIAL DE CONFLICTO COLECTIVO: adecuación: conflicto jurídico o de interpretación de normas legales o pactadas: derecho de los representantes de los trabajadores a recibir información de la empresa sobre las horas extraordinarias, realizadas o no.

La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en autos promovidos en materia de conflicto colectivo, desestima las excepciones de falta de acción y de inadecuación de procedimiento, desestima en su integridad la demanda interpuesta por la «Federación de Servicios Financieros y Administrativos de Comisiones Obreras», contra la «Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona».

Texto:

Madrid, a doce de julio de dos mil cinco.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO Con fecha 11 de marzo de 2005 se presentó demanda en materia de conflicto colectivo, promovida por la Federación de Servicios Financieros y Administrativos de Comisiones Obreras -en adelante, CCOO-, contra la Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona -en adelante, la Caja-.

SEGUNDO Proveída tal demanda con fechas 11 y 15 de marzo de 2005 en el sentido de tenerla por interpuesta y registrada, se nombró Magistrado-Ponente y se señaló la audiencia del día 19 de mayo de 2005 para los actos de conciliación y juicio, con las advertencias legales, siendo postergados en dos ocasiones tales actos y quedando definitivamente citados para la del día 7 de julio de 2005.

TERCERO En la fecha acabada de señalar se celebraron los actos antedichos con el resultado que consta en el acta al efecto extendida, quedando las actuaciones vistas para sentencia.

Previa dación de cuenta por el Magistrado-Ponente y deliberación de sus Magistrados, se formulan por esta Sala los siguientes

HECHOS PROBADOS

PRIMERO El presente conflicto colectivo afecta a la totalidad de la plantilla de la entidad demandada, calculada en unos 22.000 empleados distribuidos por todo el territorio nacional, rigiéndose sus respectivas relaciones laborales por el Convenio Colectivo de las Cajas de Ahorros, vigente entre los años 2003 y 2006 (RCL 2004, 693 y 1628) .

SEGUNDO 1.- En la Caja demandada está vigente el denominado Pacto de Control Horario y Horas Extraordinarias, acordado en 25 de octubre de 1991.

2.- En 20 de marzo de 1995 se emitió por la entidad demandada la última Circular relativa a la Asistencia al Puesto de Trabajo y el Procedimiento para realizar el registro de ausencias e incidencias, actualizada en fecha 15 de mayo de 2002 mediante la denominada Normativa 37.

TERCERO 1.- Constituye práctica empresarial, que se remonta al menos a enero de 2002, el no dar información a los representantes de los trabajadores del número - individualizado o conjunto- de horas extraordinarias que realice la plantilla de empleados en los supuestos, cual es el caso que dice dicha entidad que se produce desde la indicada fecha, en los que no se realiza ninguna.

2.- La empresa tampoco hace diaria entrega a cada uno de sus trabajadores de los datos referentes a la hora de su entrada y a la hora de su salida del trabajo cada día, aunque informáticamente cada trabajador tiene acceso para conocer las incidencias de las que ha sido sujeto, así como para saber las horas extraordinarias que queden calificadas y validadas específicamente por la empresa y las pendientes de compensación.

3.- Aunque tampoco en los meses de enero, febrero y marzo de 2002 la empresa dio información a los mencionados representantes de los trabajadores respecto de las horas en las que la plantilla de empleados prestó servicios en cuantía temporal superior a la jornada diaria ordinaria -sin que se pueda en esta litis individualizar el dato concreto- con ocasión de la denominada «campana del euro», tampoco ha quedado acreditado que, fuera del caso que acto seguido se detalla, dicha plantilla -sin que tampoco en esta litis se pueda individualizar el dato concreto- no llegara a compensar tales horas diarias de exceso con descansos o en metálico, no acreditándose la interposición de reclamaciones judiciales individuales basadas en tales hechos, ni que, en los mismos términos generales expuestos, se realizara una jornada anual individual superior a 1.680 horas.

4.- En diferentes ocasiones de 2002, 2003, 2004 y 2005 se han formulado denuncias ante la Inspección de Trabajo de Barcelona por la realización de horas de trabajo en cuantía diaria superior a la jornada diaria, dando lugar a diferentes actuaciones inspectoras con distintos resultados, así como, en una ocasión, la imposición de una sanción por el incumplimiento empresarial relativo al registro diario de la jornada efectivamente realizada por cada trabajador, sanción -3.005,06 euros- que -inicialmente propuesta por la Inspección, después denegada en su imposición y, finalmente, impuesta en vía de recurso administrativo- fue confirmada por la sentencia de 20 de mayo de 2004 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 12 de los de Barcelona y su Provincia, que es firme por irrecurrible.

5.- En la entidad demandada existe un sistema de marcaje horario informático, en su día comunicado a la representación de los trabajadores en virtud del Pacto de 1991 antedicho y sobre el que no se ha acreditado un defectuoso funcionamiento, que, caso de no tener que registrarse en él incidencia alguna, genera automáticamente -incluso sin la necesidad de fichar o marcar a la entrada y/o la salida del trabajo, que es el método

habitual utilizado por la plantilla- el cumplimiento del horario diario ordinario de trabajo; en general, los marcajes manuales que recojan algún tipo de incidencia -vacacional, horaria, por permisos o licencias, etc.- permanecen en el sistema durante tres días naturales y solo más allá en el caso de que obtengan la validación empresarial, a salvo de aquellos marcajes manuales en los que se haga constar una entrada al trabajo posterior o una salida del mismo anticipada a las debidas, que permanecen durante un año.

6.- Si bien cada empleado tiene su contraseña individual para la realización de las operaciones bancarias informatizadas de las que se haga cargo en cada momento, el sistema informático es puesto en marcha indistintamente por cualquiera de ellos, pudiendo operar todos ellos en cualquiera de las diferentes terminales, previa inserción de su personal contraseña.

CUARTO Se han agotado las posibilidades legalmente exigibles de solución extrajudicial de la presente litis, sin que llegaran las partes a avenencia.

QUINTO Se dan por íntegramente reproducidos cuantos documentos han sido, directa o indirectamente, señalados o aludidos en los anteriores ordinales.

A tales hechos probados considera esta Sala que son aplicables los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO De lo primero que considera esta Sala que debe dejar constancia es de que el presente asunto, número 39/05, se halla emparentado con los asuntos números 40/05 y 41/05, existentes entre las mismas partes -como actora, CCOO, y como demandada, la Caja-, razón por la cual se señaló la audiencia de un mismo día para su señalamiento, vista y enjuiciamiento y se nombró, finalmente, al mismo Magistrado Ponente, no procediendo a su acumulación -prevista como posible desde la admisión a trámite de dichas tres demandas- en el acto del juicio oral, dado que, oídas las partes al respecto, si bien CCOO se mostró favorable, no fue del mismo parecer la Caja, al alegar que, aunque era conteste con CCOO y con la Sala a la hora de ver en los tres asuntos el mencionado parentesco temático, lo cierto es que los contemplaba como distintos en sus respectivos objetos litigiosos, hasta el punto de adoptar frente a ellos posturas de defensa diferentes, razón por la cual se siguieron tales tres asuntos por separado, si bien, dado que finalmente se pudo observar, tanto por la Sala, como por ambas partes, la imbricación de unos y otros y con el fin de no reiterar actuaciones, se ordenó a la finalización de cada uno de los tres juicios orales la emisión del testimonio del acta redactada en el número 39/05 para su incorporación a los asuntos 40 y 41 de 2005.

SEGUNDO La situación procesal así descrita obliga a dictar tres distintas resoluciones, si bien, a fin de guardar entre ellas la debida sincronía y coherencia, se han expuesto en las tres los mismos hechos probados con independencia de valor e incidencia que cada uno de ellos pueda llegar a tener en cada uno de los tres asuntos, infiriéndose tales hechos declarados probados, no solo de la prueba documental que se específicamente se unió a cada uno de ellos, sino también de las remisiones documentales que las partes hicieron a toda la prueba de tal calidad que aportaron en ellos, así como de las testificales que, aun cuando verificadas real y efectivamente solo en el asunto número 39/05, fueron dadas por íntegramente reproducidas por ambas

partes a los efectos de los asuntos números 40 y 41 y 2005, lo que se documentó por el medio antedicho de unir a estos dos últimos sendos testimonios del acta del primero de ellos.

Por tanto, a los efectos de lo establecido en el artículo 97.2 de la Ley Procesal Laboral de 7 de abril de 1995 (RCL 1995, 1144 y 1563) , se deja constancia de que los hechos que han sido declarados probados derivan de la antedicha prueba documental en su totalidad, así como de las testificales emitidas en el asunto número 39/05, testificales que, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 231 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985 (RCL 1985, 1578 y 2635) -modificado tal precepto en su punto 4 por la Ley 16/94, de 8 de noviembre (RCL 1994, 3130 y 3294) -, han constituido la base sobre la que esta Sala ha tenido por acreditados los extremos sobre los que versa el ordinal tercero del relato de hechos probados en aquellos particulares en los que se carece de una prueba documental redactada o traducida al castellano, dado que a los documentos redactados en idioma distinto al dicho se les ha dado el tratamiento a que obliga el precitado artículo.

Los restantes ordinales del mencionado relato de hechos son pacíficos entre las partes.

TERCERO Centrándonos en la presente litis -la derivada de la demanda número 39/05-, se ha de partir de la base de la concreta pretensión actuada en ella, la cual fue ratificada en el acto del juicio oral, pretensión que consistió en que se declare «... el derecho de los representantes de los trabajadores a recibir información mensual sobre las horas extraordinarias realizadas y se facilite la relación de las horas realizadas desde enero de 2002...», frente a la que la Caja demandada opuso la excepción de falta de acción, con una derivación en la excepción de inadecuación de procedimiento, dado que consideraba que sobre tal pretensión nada tenía que oponer, en tanto estimaba que constituía su obligación dar tal información en los supuestos en los que se produjeran horas extraordinarias, si bien negaba la existencia de ellas desde la fecha citada -lo que se había traducido en no dar tal información- y, por ende, señalaba que el concepto de hora extraordinaria en la Caja lo es en relación con la jornada anual de 1.680 horas que dispone el artículo 31 del Convenio Colectivo aplicable (RCL 2004, 693 y 1628) y las obligaciones a que se refiere el punto 5 del Pacto de 1991, y no con la diaria, a lo que se opuso CCOO en el sentido de reafirmar el contenido de su pretensión y lo litigioso y actual del conflicto, en tanto lo solicitado no sólo lo es respecto de la hora extraordinaria realizada real y efectivamente, sino también sobre la ausencia de horas y la necesidad de que de ello se informe por la empresa a los mencionados representantes.

CUARTO Así expuestas las tesis enfrentadas y dado que la controversia lo es de exclusivo carácter jurídico, en tanto la parte actora reitera su tesis de que la empresa debe dar información, en cualquier caso -pues su suplico es indiscriminado y, por ello, ha de entenderse que se refiere a todo tipo de posibilidades-, acerca del número de horas extraordinarias que se realicen por la plantilla de empleados, mientras que la citada entidad considera que, puesto que no se llevan a cabo, cumple la legalidad vigente no efectuando notificación alguna, es obvio que estamos a presencia de una discusión sobre una cuestión real y actual que elimina de plano la falta de acción que, en calidad de excepción de la que derivaría, además, otra de inadecuación de procedimiento, alegó la parte demandada, razón por la cual se desestima tal alegato.

QUINTO Pues bien, de lo establecido en el artículo 35.5 del Estatuto de los Trabajadores de 24 de marzo de 1995 (RCL 1995, 997) , así como en la letra b) de la disposición adicional tercera el Real Decreto 1.561/95, de 21 de septiembre (RCL 1995, 2650) , e incluso de la acordado en los dos párrafos que integran el punto 5 del mencionado Pacto de 1991, se infiere que la empresa no tiene obligación legal ni convencional de emitir una información mensual personalizada e individualizada acerca de las horas extraordinarias no realizadas por cada empleado de la plantilla y remitirla a los representantes de los trabajadores que en cada caso proceda, distinguiéndose, por tanto y como sostiene la Caja, entre los supuestos en los que existen o no existen tales horas extraordinarias como realizadas, de manera tal que dicha obligación empresarial debe ser cumplida solo en el caso de que algún o algunos trabajadores las hayan prestado -supuesto en el que tal obligación se ceñirá a éstos-, pero no en el caso de que ninguno de ellos las haya llevado a cabo, supuesto en el cual no tiene por qué emitir ni remitir una información de «cero horas extraordinarias», ni genérica, ni individualizada.

Así se deduce claramente de la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 11 de diciembre de 2003 (RJ 2004, 2577) , revocatoria en lo que a esta concreta y presente litis interesa de la de esta Sala Nacional de 13 de febrero de 2003; en dicha sentencia del Alto Tribunal, se dice: «... QUINTO.- 1.-El cuarto motivo se ampara en el artículo 205 LPL (RCL 1995, 1144 y 1563) y alega que la sentencia recurrida infringe el "artículo 35.5 ET (RCL 1995, 997) en relación con el artículo 64 del mismo Texto Legal", en cuanto su pronunciamiento condena "a la empresa a que remita una copia del informe mensual que debe realizar por cada trabajador donde conste día a día su jornada diaria con indicación de las horas trabajadas a efecto del computo de las horas extraordinarias". El recurso, pues, en cuanto al fondo del asunto, queda limitado por esta petición concreta, ya que la naturaleza extraordinaria de aquel impide al Tribunal conocer del cualesquiera otra cuestión ajena al motivo alegado por la parte, so pena de incurrir en manifiesta incongruencia, que, a su vez, generaría indefensión.

Defiende la parte recurrente su posición con los siguientes argumentos: 1) El Comité no tiene derecho a recibir información sobre las horas extraordinarias, en cuanto el destinatario de la norma es el trabajador. 2) La sentencia de esta Sala Social del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1999 (RJ 1999, 2912) ha sentado que el artículo 35.5 ET "lo único que obliga es a registrar la jornada de cada trabajador día a día y a entregar copia del resumen al trabajador, pero no a sus representantes". 3) Trabajadores no reglamentados y empleados, han acordado la no exigencia de la obligación de información. 4) Con cita de la STS, Sala 3ª, recaída en materia de sanciones, de fecha 5 de junio de 1989 (RJ 1989, 4315) , se sostiene que no se incumple la obligación de información sobre horas extraordinarias cuando estas no se realizan.

2.- La previsión contenida en el artículo 35.5 ET tiene por objeto procurar al trabajador un medio de prueba documental, que facilite la acreditación, de otra parte siempre difícil, de la realización de horas extraordinarias, cuya probanza le incumbe. De este medio obligacional de patentización de las horas extraordinarias deriva que sea el trabajador el primer y principal destinatario de la obligación empresarial de elaborar "a efectos del cómputo de horas extraordinarias la jornada de cada trabajador... entregando copia del resumen al trabajador en el recibo correspondiente".

Esta obligación respecto de "cada trabajador" individualmente considerado tiene otra manifestación que se inscribe dentro de las competencias "de vigilancia" asignados a la representación legal de los trabajadores. En esta esfera, la Disposición Adicional 3ª del RD 1561/95 de 21 de septiembre (RCL 1995, 2650) sobre jornadas especiales de trabajo, señala que la representación de los trabajadores tiene derecho a "ser informados mensualmente por el empresario de las horas extraordinarias realizadas por los trabajadores, cualquiera que sea su forma de compensación, recibiendo a tal efecto copia de los resúmenes a que se refiere el apartado 5 del artículo 35 del Estatuto de los Trabajadores". La Sala no acepta la exoneración de este concreto deber de información, que según el empleador se ha producido por pacto con los trabajadores, por el simple dato de que -al margen de problemas derivados de su posible ineficacia- no consta la existencia del pacto en los hechos probados.

3.-Existente, pues, el repetido deber empresarial de información del empresario, la cuestión es delimitar el alcance y contenido de este específico derecho de información, que se inscribe dentro de las facultades de vigilancia del comité, cuya finalidad (art. 64.19º ET), es:

"ejercer una labor: a) de vigilancia en el cumplimiento de las normas vigentes en materia laboral, de seguridad social y empleo formulando, en su caso, las acciones legales oportunas ante el empresario y los organismos o Tribunales competentes". El problema ha sido resuelto por la sentencia de esta Sala de 11 de marzo de 1999 (Rec. 3301/1998 [RJ 1999, 2912]); a su tenor (Fundamento de derecho cuarto, apartado tercero) "la disposición adicional tercera del RD 1561/1995, de 21 de septiembre (RCL 1995, 2650) , pues solamente reconoce a los representantes de los trabajadores el derecho a ser informados mensualmente por el empresario de las horas extraordinarias realizadas por los trabajadores, pero no extiende la garantía a un conocimiento anticipado de las horas extraordinarias programadas, cuya realización práctica puede incluso ser desconocida por la empresa hasta su puesta en práctica, y precisamente sobre este aspecto de la jornada, el artículo 35.5 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997) , que también se menciona en el recurso como vulnerado, no reconoce derecho de información en favor de los representantes de los trabajadores, pues a lo único que obliga es a registrar la jornada de cada trabajador día a día y a entregar copia del resumen al trabajador, pero no a sus representantes".

En definitiva, ha de ser estimado este primer motivo del recurso, sin que ello afecte, naturalmente, a la obligación empresarial de cumplir lo estrictamente ordenado en la disposición adicional 3ª del RD 1561/1995, de 21 de septiembre, en el sentido de "ser informados mensualmente por el empresario de las horas extraordinarias realizadas recibiendo a tal efecto copia de los resúmenes a que se refiere el apartado 5 del artículo 35 del Estatuto de los Trabajadores", lo que supone que la comunicación habrá de realizarse en los supuestos de realización de horas extraordinarias, pues como ha afirmado la Sala de lo Contencioso-Administrativo de este Tribunal Supremo (STS 5 de junio de 1989 [RJ 1989, 4315]) dictada en materia sancionatoria por infracción del artículo 35.5 ET, caen consiguientemente por su base las infracciones imputadas por no llevar el registro o control de aquéllos y por no dar a los trabajadores copia del resumen semanal, innecesarias tanto aquella llevanza como esta entrega, por cuanto no se realizaban, ni eran por tanto retribuidas».

2- En suma, procede la desestimación de la demanda en los términos en los que la pretensión fue actuada, y sin perjuicio de la vigencia de la obligación empresarial de emitir información -y de remitirla individualizadamente por empleado a los representantes de los trabajadores- en los casos en los que algún o algunos trabajadores realicen, lleven a cabo o presten horas en calidad de extraordinarias, supuesto en el cual de tal hecho se dará la información antedicha de conformidad con lo legalmente establecido y con lo pactado en 1991, extremo este último sobre el que no hay contención alguna entre las partes, pues ambas están de acuerdo en que así debe ser -lo que derivaría, de ser éste sin más matices el único objeto litigioso, en una falta de acción, como sostiene el Tribunal Supremo en su sentencia, entre otras, de 16 de marzo de 1999 (RJ 1999, 3752) -; y sin perjuicio de que, si individualmente algún empleado considerara que hace horas calificables de extraordinarias, ejerza las acciones a que haya lugar en Derecho.

Vistos los preceptos mencionados y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

1º Que debemos desestimar y desestimamos la excepción de falta de acción y, en tanto planteada por la parte demandada como derivada de la antedicha, desestimamos la de inadecuación de procedimiento, desestimando igualmente y en su integridad la demanda interpuesta por la Federación de Servicios Financieros y Administrativos de Comisiones Obreras, contra la Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona, entidad ésta a la que absolvemos.

2º Llévase testimonio de esta sentencia a los autos principales e incorpórese su original al Libro de Sentencias de esta Sala.

3º Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, advirtiéndoles de que contra ella pueden interponer recurso de casación ordinaria ante la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, el cual podrá anunciarse ante esta Sala de la Audiencia Nacional en el plazo de los diez días hábiles siguientes al de su notificación, pudiendo hacerlo mediante manifestación de la parte o de su Letrado o mediante escrito presentado al efecto.

Adviértase igualmente a la parte que recurra esta sentencia de que, al tiempo de personarse ante la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, si no goza del beneficio de justicia gratuita a que se refiere la Ley de Asistencia Gratuita de 10 de enero de 1996 (RCL 1996, 89) , deberá acreditar haber hecho el depósito de trescientos euros y cincuenta y un céntimos (300,51 euros), previsto en el artículo 227 de la Ley Procesal Laboral de 27 de abril de 1995 (RCL 1995, 1144 y 1563) , en la cuenta corriente que, bajo el número 2410, tiene abierta dicha Sala del Tribunal Supremo en la Oficina de la calle Barquillo, número 49, de 28.004- Madrid, del Banco Español de Crédito.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

JUR 2005\143765

Auto Audiencia Provincial Huelva núm. 134/2005 (Sección 2ª), de 8 abril

Jurisdicción: Penal

Recurso de Apelación núm. 106/2005.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Florentino Gregorio Ruíz Yamuza.

DERECHO PENITENCIARIO: Derechos de los internos: derecho a recibir información: sobre su situación procesal y penitenciaria: alcance y límites; improcedencia: derecho que no se extiende a la obtención de copias los informes concretos obrantes en su expediente, constando además habersele facilitado tres informes pormenorizados sobre su situación.

Texto:

AUDIENCIA PROVINCIAL DE HUELVA

SECCIÓN SEGUNDA

Rollo núm.106/05

Queja 602/04

Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Huelva.

Ilmos. Sres:

Presidente:

D. Francisco José Martín Mazuelos.

Magistrados:

D. Florentino Gregorio Ruiz Yamuza (ponente)

D. Andrés Bodega de Val.

A U T O Nº 134

En Huelva, a 8 de abril de 2005.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, se dictó auto con fecha 10.01.05, desestimando el recurso de reforma interpuesto contra otro auto de 22.12.04 por el que se desestimaba la queja interpuesta por Luis , relativa al derecho a recibir información sobre su situación procesal y penitenciaria.

SEGUNDO.- Contra el anterior Auto se interpuso recurso de apelación, por la representación procesal del interno, a que se refiere el presente rollo, habiendo tenido lugar la deliberación del asunto en el día de hoy, correspondiendo la ponencia al Ilmo. Sr. Florentino Gregorio Ruiz Yamuza, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Luis solicita, en base al artículo 15.2 de la Ley Orgánica general Penitenciaria (L.O.G.P.), que se le faciliten informes relativos a su situación penal y penitenciaria, alegando que pese a haber reiterado esta petición en fechas 26.09, 02.10 y 13.11.04 no le ha sido facilitada la información requerida.

Por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria se desestimó la queja, argumentándose tal decisión en que si bien los internos tienen derecho a una información actualizada sobre los particulares relativos a su situación procesal, penal y penitenciaria, tal derecho no se extiende a la obtención de copias los informes concretos obrantes en su expediente.

SEGUNDO.- Es preciso distinguir entre los aspectos generales de la cuestión, en los términos que la misma se plantea en la queja, y la concreta aplicación u observancia de esos principios básicos respecto de las peticiones del interno.

Ciertamente, el art. 15.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria establece que a cada interno se le abrirá un expediente personal relativo a su situación procesal y penitenciaria del que tendrá derecho a ser informado, y para cada penado se formará un protocolo de personalidad. Este precepto viene a sintonizar con el art. 37.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el cual establece que «los ciudadanos tienen derecho a acceder a los registros y a los documentos que, formando parte de un expediente, obren en archivos administrativos..., siempre que tales expedientes correspondan a procedimientos terminados a la fecha de la solicitud ».

Pero el principio de publicidad de las actuaciones administrativas no tiene carácter absoluto, pues el propio artículo 37, en su punto 4 establece su límite al disponer: «El ejercicio de los derechos que establecen los apartados anteriores podrá ser denegado cuando prevalezcan razones de interés público, por intereses de terceros más dignos de protección o cuando así lo disponga una Ley, debiendo, en estos casos, el órgano competente dictar resolución motivada».

Conjugando pues la debida observancia de este principio con su aplicación al ámbito administrativo/penitenciario podemos afirmar que el derecho que asiste a todo interno a obtener información puntual sobre los datos que consten en sus expedientes personales que afecten a su situación procesal, penal y penitenciaria, no presupone que haya que facilitarles, en todo caso, copia de documentos, ni siquiera que en algunas ocasiones no se pueda restringir o denegar el acceso a la documentación solicitada.

Siendo la regla general el acceso a la información, existen en el campo penitenciario numerosos supuestos en que la restricción a este derecho puede encontrar justificación, atendiendo a las características de cada interno, los posibles motivos de seguridad concurrentes respecto de las personas que hayan emitido los informes solicitados y que se encuentran en el protocolo del interno, que aconsejan mantener el debido grado de confidencialidad de los informes para evitar riesgos innecesarios para sus autores y para favorecer el acercamiento terapéutico.

Existe un sector de la población reclusa que tiene una baja tolerancia a la frustración, gran agresividad, descontrol de sus impulsos, con pensamientos e interpretaciones irracionales, y que caso de llegar a sus manos fotocopias de los informes solicitados, podría desencadenar actitudes de amenazas o agresiones verbales y físicas hacia los profesionales que los redactaron, consiguiéndose el efecto contrario al que se pretendía con la elaboración de los mismos, y siendo completamente perjudicial para el tratamiento.

Tales razones de seguridad o de otra índole (por ejemplo las peticiones abusivas o injustificadas), deben conforme a la legislación administrativa común citada al principio ser expuestas razonadamente al interno para que éste en caso de disenso las pueda recurrir y la Jurisdicción determine en definitiva si se han apreciado correctamente.

TERCERO.- En el sentido que acabamos de exponer, pudiera asistir la razón al recurrente en tanto que invoca un derecho genérico a la información; mas yendo a lo concreto de su caso no puede aceptarse la queja interpuesta por el interno, toda vez que de la documentación remitida por el centro penitenciario consta (folios 14, 16 y 19) que, con fechas 11.10.04 y 09.12.04 le han sido facilitados a Luis hasta tres informes pormenorizados sobre sus situación, elaborados por la Jurista en los que se recogen los datos esenciales sobre las circunstancias penales, procesales y penitenciarias del recurrente.

Débese, por consiguiente, desestimar el recurso.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

PARTE DISPOSITIVA

Desestimando el recurso de apelación interpuesto por Luis , contra el auto dictado por la Iltrma. Sra. Magistrado Juez del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Huelva, con fecha 10.01.05, confirmamos íntegramente dicha resolución.

Remítase testimonio de esta resolución al Juzgado de su procedencia, previa su notificación a las partes, cumplimiento y demás efectos.

Así por este nuestro auto, del que se unirá certificación al rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

JUR 2005\88067

Instrucción Fiscalía General del Estado núm. 3/2005, de 7 abril

Jurisdicción: Vía administrativa

MINISTERIO FISCAL: Instrucción 3/2005, de 7 de abril de la FGE: derecho a recibir información veraz y Administración de Justicia; posición del Fiscal ante la información que ha de suministrar a los medios de comunicación; criterios sobre la extensión y límites de la información a suministrar a los medios de comunicación; pautas generales sobre la información a suministrar en la fase preliminar y en la de instrucción; posición del Ministerio Fiscal ante las grabaciones audiovisuales en el juicio oral; derecho a la

intimidación personal en las grabaciones audiovisuales en el juicio oral; publicidad en el proceso de menores: papel de los medios de comunicación.

Texto:

Instrucción 3/2005

Sobre las relaciones del ministerio fiscal con los medios de comunicación

I.- Introducción: el Derecho A Recibir Información Veraz y la Administración de Justicia II.- Posición del Ministerio Fiscal III.- Aspectos Orgánicos IV.- Criterios Generales Sobre Extensión y Límites de la Información A Facilitar V.- Pautas Generales Sobre Información Respecto de Causas en Fase de Investigación Preliminar O en Fase de Instrucción. VI.- los Medios de Comunicación en el Juicio Oral. Posición del Ministerio Fiscal. VII.- Grabaciones Audiovisuales del Juicio Oral. Posición del Ministerio Fiscal. VIII.- Derecho A la Intimidación y Propia Imagen de Partes y Asistentes Al Acto del Juicio Oral IX.- Publicidad en el Proceso de Menores. Papel de los Medios de Comunicación X. Cauces de Transmisión de la Información. XI. Conclusiones.

I Introducción: el derecho a recibir información veraz y la administración de justicia

I.1

Se ha definido a la sociedad en su actual estadio evolutivo como «sociedad de la información», para reflejar que como consecuencia de los avances tecnológicos y de los cambios culturales que éstos han generado, la misma se caracteriza por el volumen de información que se produce y que circula en flujos constantes, masivos y sistematizados.

La información es un elemento nuclear para la configuración del Estado Social y Democrático de Derecho (vid. SSTC núm. 54/2004, de 15 de abril [RTC 2004, 54] , 158/2003 de 15 de septiembre [RTC 2003, 158] y 21/2000, de 31 de enero [RTC 2000, 21] , entre otras) La libertad de información permite el ejercicio de otras libertades intelectuales. Sin ella ni puede desarrollarse la libertad de pensamiento, ni fundamentarse una libertad de opinión, ni existir una plena y racional libertad de expresión. El derecho a la información cumple así la función de proveer los soportes necesarios para el ejercicio de otras libertades, siendo presupuesto del funcionamiento limpio de las instituciones democráticas. Por su parte, el aspecto pasivo de la libertad de información, la libertad para recibirla, se constituye en elemento básico para el logro del libre desarrollo de la persona.

La STC núm. 6/1981, de 16 de marzo (RTC 1981, 6) , declara que sin la preservación de esta comunicación pública libre «no hay sociedad libre ni, por tanto, soberanía popular».

La importancia de los medios de comunicación social en una democracia ha sido especialmente subrayada por el TEDH, que gráficamente les atribuye la cualidad de «PERRO GUARDIÁN» de los derechos y libertades de los ciudadanos (vid. SSTEDH de 25 de junio de 1992 [TEDH 1992, 52] , caso Thorgeir Thorgeison contra Islandia, y de 29 de marzo de 2001 [TEDH 2001, 240] , caso Thoma contra Luxemburgo, entre otras).

I.2

La publicidad del proceso también se configura como derecho fundamental y ello lleva a afirmar su posición preferente en el ordenamiento y correlativamente a interpretar restrictivamente las excepciones al principio general (pro libertate) como declara la STS núm. 168/1995, de 14 de febrero (RJ 1995, 820) . Las eventuales restricciones habrán de fundamentarse en la protección de otro derecho constitucionalmente relevante, conforme al principio de proporcionalidad.

La historia de la evolución democrática del proceso penal es la de la lucha contra el secreto en favor de la publicidad. El Marqués de Beccaria ya defendía la publicidad de los procesos y de las pruebas del delito, subrayando que el secreto es «el escudo más fuerte de la tiranía».

Si la justicia emana del pueblo (art. 117.1 CE [RCL 1978, 2836]), es decir, del titular de la soberanía (art. 1.2 CE), su administración por Jueces y Magistrados debe serlo en su presencia directa bajo la forma de público, en la vista oral, y en la de quienes, en ejercicio del derecho de comunicar libremente información veraz por cualquier medio de difusión -art. 20.1-d) CE-, transmiten a todos los demás ciudadanos lo que acontece en el proceso. Derecho que se corresponde con el que éstos tienen a recibir esa misma información veraz, fundamentándose ambos en la naturaleza democrática de nuestro sistema constitucional. Parece lógico que quien integra el sujeto titular del poder político - el pueblo soberano- tenga conocimiento de la forma en la que los individuos a quienes han confiado su ejercicio lo utilizan, ya se trate del legislador, del poder ejecutivo o de los jueces.

La Constitución acoge el principio de publicidad tanto en el artículo 120.1 («las actuaciones judiciales serán públicas con las excepciones que prevean las Leyes de procedimiento»), como en el art. 120.3 («las sentencias... se pronunciarán en audiencia pública») y en el artículo 24.2 («...todos tienen derecho... a un proceso público...»)

Como refiere la STC 178/1993, de 31 de mayo (RTC 1993, 178) «no cabe negar interés noticioso a hechos o sucesos de relevancia penal». La existencia misma de un proceso penal interesa a la opinión pública y, consiguientemente, la información sobre tales hechos queda comprendida en el ámbito de protección del artículo 20.1.d) CE.

El derecho a recibir información veraz en relación con los asuntos judiciales confluye, pues, con el principio de publicidad, estatuido por el art. 120.1 CE, irradiando efectos en una doble dirección: como derecho de las partes a que el juicio se celebre ante el público y como derecho del público a contemplar cómo se administra la justicia. En este mismo sentido, la STC 96/1987, de 10 de junio (RTC 1987, 96) resalta la doble finalidad del principio de publicidad: «por un lado, proteger a las partes de una justicia substraída al control público, y por otro, mantener la confianza de la comunidad en los Tribunales, constituyendo en ambos sentidos tal principio una de las bases del debido proceso y uno de los pilares del Estado de Derecho». El TC no hace sino asumir la doctrina sentada por el TEDH en la materia (vid. SSTEDH 8 diciembre 1983 [TEDH 1983, 14] caso Pretto contra Italia y de 26 de junio de 1984, caso Campell y Fell contra el Reino Unido, entre otras)

La doctrina constitucional delimita la publicidad procesal como «inmediatamente ligada a posiciones subjetivas de los ciudadanos, que tienen la condición de derechos fundamentales: el derecho a un proceso público en el artículo 24.2 de la Constitución y el derecho a recibir libremente información» (SSSTC 30/1982 [RTC 1982, 30] y 13/1985 [RTC 1985, 13]). La STC 30/82, de 1 de junio atribuye a los medios de comunicación el papel de «intermediario natural» entre la noticia y cuantos no están en condiciones de conocerla directamente.

La STC 96/1987 (RTC 1987, 96) , refiriéndose a este doble aspecto del principio de publicidad, lo vincula con la noción misma de Estado de Derecho.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo también subraya con vigor la conexión entre el principio de publicidad procesal y el derecho a recibir información. Así, la STS 1646/1994, de 16 de septiembre (RJ 1994, 6950) declaraba que «la justicia en la fase de plenario ha de administrarse de tal manera que los ciudadanos y los medios de comunicación, que son vehículos de unión indispensables y especialmente cualificados entre los centros de poder y la ciudadanía, puedan presenciarlos. Todo acto, por el hecho de ser público, alcanza una dimensión de control, de vigilancia y de supervisión de la que están carentes los que se realizan privadamente o sin publicidad». En el mismo sentido puede reseñarse la STS 168/1995, de 14 de febrero (RJ 1995, 820) .

En esta misma línea, la Recomendación (2003)13 del Comité de Ministros del Consejo de Europa SOBRE INFORMACIONES EN MEDIOS DE COMUNICACIÓN SOBRE PROCEDIMIENTOS PENALES, aprobada el 10 de julio de 2003, declara en su principio primero que el público debe poder recibir información sobre las actividades de las autoridades judiciales y de los servicios policiales a través de los medios de comunicación. Por tanto, los periodistas deben poder libremente informar y comentar el funcionamiento del sistema de justicia penal sometidos solamente a las limitaciones que se mencionan en la propia Recomendación.

La publicidad interna se construye sobre el derecho de las partes a acceder a todas las actuaciones judiciales. Esta dimensión queda fuera del ámbito propio de la publicidad procesal, para conectarse con el derecho de defensa y con el principio de igualdad de armas. La publicidad propiamente dicha, conectada con el derecho fundamental a difundir y recibir libremente información veraz lleva a distinguir entre publicidad externa inmediata, referida tan solo a las personas que directamente pueden presenciar los actos procesales, y publicidad externa mediata, que es la que permite a través de los medios de comunicación tomar conocimiento de las actuaciones a un número indeterminado de personas

La publicidad de los juicios no puede entenderse satisfecha por la publicidad inmediata, sino que es necesario garantizar la publicidad mediata. Debe por tanto reconocerse a los periodistas el derecho a informar de las actuaciones judiciales y criticar el funcionamiento de la Administración de Justicia.

Además de satisfacer el derecho a informar y a recibir información, los efectos beneficiosos de esta publicidad externa mediata, a proveer por los medios de comunicación pueden ser múltiples: así pueden generar efectos de prevención general,

renovando la vigencia de las normas penales, coadyuvando a la promoción de la fidelidad de los ciudadanos para con las normas, fomentando la confianza en el sistema de justicia penal y visualizando ante la sociedad las conductas que son penalmente reprochables.

II Posición del ministerio fiscal

II.1

Siendo una realidad innegable que la sociedad actual demanda noticias sobre la actualidad judicial y que el ciudadano tiene derecho a conocer lo sustancial de los procesos que afectan al interés general, deben implantarse unos canales fluidos de información entre las instancias oficiales y los medios de comunicación.

El establecimiento desde la Administración de Justicia de canales de información que permitan un acercamiento a la prensa es una cuestión de enorme trascendencia para el normal desarrollo de una sociedad moderna, abierta, plural y democrática, con el fin de garantizar el derecho a la información veraz.

El Ministerio Fiscal debe articular unas relaciones con la prensa conforme a cánones de transparencia y claridad, posibilitando el acceso de los medios de comunicación -con las reservas y garantías necesarias- a los datos nucleares de los procesos penales en los que concurra interés informativo. La propia definición funcional del Fiscal acuñada por nuestra Constitución como defensor de los derechos de los ciudadanos le imbrica en esa obligación prestacional de proporcionar información sobre los procesos en curso para satisfacer el derecho de los ciudadanos a recibir información veraz.

Esta obligación positiva en relación con el derecho de información ha sido recalcada por la STC núm. 6/1981, de 16 de marzo (RTC 1981, 6) , cuando declara que la libertad de los medios de comunicación, sin la cual no sería posible el ejercicio eficaz de los derechos fundamentales que el art. 20 CE (RCL 1978, 2836) enuncia, entraña seguramente la necesidad de que los poderes públicos, además de no estorbarla, adopten las medidas que estimen necesarias para remover los obstáculos que el libre juego de las fuerzas sociales pudieran oponerle. La cláusula del Estado social (art. 1.1) y, en conexión con ella, el mandato genérico contenido en el art. 9.2 imponen, sin duda, actuaciones positivas de este género.

El Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal refleja en su articulado estas premisas. Concretamente dentro del capítulo primero del título primero, bajo la rúbrica «Del Ministerio Fiscal y sus funciones» el art. 4.5 establece que el Ministerio Fiscal podrá informar a la opinión pública de los acontecimientos que se produzcan, siempre en el ámbito de su competencia y con respeto al secreto del sumario y, en general, a los deberes de reserva y sigilo inherentes al cargo y a los derechos de los afectados.

La redacción del art. 4.5 fue dada por Ley 14/2003, de 26 de mayo (RCL 2003, 1387) , de modificación de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre (RCL 1982, 66) , por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (EOMF). La redacción original de este precepto, vigente desde el 19 de enero de 1982 hasta el 25 de junio de 2003

establecía como facultad del Fiscal la de informar a la opinión pública de los acontecimientos que se produzcan, siempre en el ámbito de su competencia y con respeto al secreto del sumario. El incremento de las restricciones al Fiscal para informar es solo aparente. Los límites infranqueables para el Fiscal en el ejercicio de esta alta función de dimensión constitucional siguen siendo los mismos que en la redacción original del EOMF: respeto al ámbito de su competencia, al secreto de sumario, a los deberes de reserva y sigilo y a los derechos de los afectados. Estos límites se reiteran en el art. 50 EOMF cuando impone a los miembros del Ministerio Público el deber de guardar el debido secreto de los asuntos reservados de que conozcan por razón de su cargo, así como en su art. 62.12, cuando tipifica como falta muy grave la revelación por el fiscal de hechos o datos conocidos en el ejercicio de su función o con ocasión de ésta, cuando se cause algún perjuicio a la tramitación de un proceso o a cualquier persona y en su art. 63.6 que tipifica como falta grave revelar hechos o datos conocidos por el fiscal en el ejercicio de su función o con ocasión de éste, cuando no constituya la falta muy grave del art. 62.12.

Ante la falta de desarrollo normativo de la disposición contenida en el art. 4.5 EOMF, habiéndose detectado en la práctica reticencias en algunas Fiscalías a la hora de informar a la opinión pública sobre la tramitación de asuntos de relevante interés periodístico -en gran parte debido a los imprecisos contornos de las materias que pueden ser reveladas- es propósito que anima a la presente Instrucción impulsar una política abierta y transparente hacia los medios de comunicación, fomentando la remisión de información desde el Ministerio Público.

II.2

El Fiscal, respetando los límites reseñados, ha de asumir un rol mas activo en el desarrollo de esta facultad atribuida estatutariamente, debiendo tomar la iniciativa e informar en todos los casos de relevancia social desde el momento de la iniciación del proceso. Las Fiscalías deberán pues fomentar unas relaciones fluidas con los medios de comunicación, como mediadores en el suministro de la información al público en una sociedad democrática.

Es un axioma que la realidad confirma a diario el de que cuando concurre interés informativo sobre un determinado proceso, los medios acaban por suministrar la información requerida, aunque sea a espaldas de las instancias oficiales.

Si el Fiscal no informa, otros lo harán en su lugar. Los medios de comunicación acudirán inexorablemente a las partes, que carecen de un estatuto que les obligue a ser imparciales. La ausencia de datos ciertos durante la instrucción penal fomenta la elucubración y la formulación de hipótesis respecto de los hechos ocurridos, cuando no la exposición de rumores o informaciones infundadas o interesadas o la publicación de documentos o declaraciones sumariales que cobran un sentido distinto separados del entramado global del sumario.

La información suministrada por el Fiscal siempre tendrá el valor añadido de su imparcialidad y de su alta cualificación jurídica. La explicación técnica de la posición en cada caso adoptada por el Ministerio Público evitará debates pseudo jurídicos en muchos casos generados por el desconocimiento del Derecho o de los hechos nucleares por los

que se sigue la causa, que pueden a su vez dar lugar a estados de opinión basados en apriorismos inexactos o contrarios a los presupuestos de nuestro ordenamiento penal.

El Fiscal ha de asumir, cuando las circunstancias lo exijan, la función de informar, con la finalidad última de que los periodistas dispongan de una fuente de información fidedigna, sin perjuicio, claro es, de su libertad profesional para acudir a otras fuentes y para decidir la forma y los contenidos de la información a transmitir.

II.3

No puede olvidarse que sólo para el Ministerio Fiscal se contempla en su Estatuto Orgánico una previsión sobre la información a la opinión pública. Esa previsión legal no existe para los órganos judiciales.

En efecto, los titulares de los órganos jurisdiccionales en los que se sustancian los procedimientos se encuentran en una peor situación a la hora de proporcionar información, por su propia posición constitucional y procesal. Incluso el Pleno del CGPJ en su Acuerdo de 5 de noviembre de 1986, « observando con creciente preocupación la actitud de diversos jueces y magistrados que en medios de comunicación estatales y privados realizan manifestaciones en relación con materias sometidas a su potestad jurisdiccional», exhortaba a los miembros integrantes del Poder Judicial a « la eliminación de tales actitudes y manifestaciones públicas, que, aun siendo minoritarias, pueden comprometer la independencia judicial» y recordaba a todos los jueces y Magistrados «el deber que le impone su estatuto jurídico de abstenerse de formular declaraciones públicas en relación con materias o asuntos sometidos a su decisión jurisdiccional».

III Aspectos orgánicos

En el cumplimiento de esa facultad-deber de información, las Fiscalías han de acomodarse a los principios que en general estructuran el Ministerio Público. Funcionalmente, la actuación en el ámbito informativo conforme a la imparcialidad y la legalidad asegurará la corrección de los contenidos transmitidos a los medios. Orgánicamente, la estructuración conforme a los principios de unidad de actuación y de dependencia jerárquica facilitará la coherencia y la eficacia en la política informativa de la Fiscalía.

Resulta a todas luces conveniente unificar la información que dé el Ministerio Fiscal como Institución, con el fin de hacerlo de forma armónica y coordinada, siguiendo pautas uniformes de actuación. El frágil equilibrio de los intereses y deberes estatutarios en liza y la singularidad de esta función en relación con las ordinarias que se asignan al Fiscal hacen necesario establecer unos criterios y pautas de organización generales con la finalidad de introducir racionalidad en el cumplimiento de la misma, evitando la dispersión y la descoordinación. Es por tanto imprescindible centralizar las labores informativas de la Fiscalía.

En este contexto, en cada Fiscalía, el Fiscal Jefe, oída la Junta de Fiscales, nombrará de entre la plantilla un Fiscal que habrá de asumir la función de portavoz ante los medios de comunicación. En la selección de este Fiscal habrán de valorarse las cualidades personales de todo tipo concurrentes que aseguren un adecuado desempeño

de esta función, en la que la facilidad para transmitir mensajes y el dominio de las técnicas de comunicación y expresión son esenciales. Ningún obstáculo habrá en que el propio Fiscal Jefe, si así se estima oportuno, asuma directamente la función de Portavoz.

El Portavoz de la Fiscalía se ocupará con carácter general de la información a los medios de comunicación, en coordinación con los Fiscales encargados del asunto y bajo la dirección del Fiscal Jefe, conforme a lo dispuesto en el art. 22.3 EOMF (RCL 1982, 66) .

No obstante, en los casos de especial relevancia la comparecencia - cuando proceda- ante los medios de comunicación habrá de ser asumida por el Fiscal Jefe, como cabeza visible de la Fiscalía.

También podrá ser procedente, atendiendo a las concretas circunstancias concurrentes, que las funciones informativas las asuma el propio Fiscal encargado del caso o el Fiscal Coordinador o Delegado responsable de la especialidad, siempre de acuerdo y en coordinación con el Portavoz de la Fiscalía y bajo la dirección del Fiscal Jefe.

Una comunicación fluida del Portavoz de Fiscalía con los medios contribuirá sin duda a trasladar a la opinión pública una imagen del Ministerio Fiscal acorde con las altas funciones constitucionales de las que es depositario, generando confianza en la ciudadanía respecto de nuestra Institución.

IV Criterios generales sobre extensión y límites de la información a facilitar

IV.1

En el proceso penal la publicidad externa está, en línea de principios, sujeta a una prohibición general durante la fase de instrucción y a una autorización general a partir de la apertura de juicio oral. Estos principios afectan tanto a la publicidad externa inmediata como a la publicidad externa mediata. Ahora bien, estas pautas generales deben ser a su vez matizadas, pues dentro de ciertos límites cabe dar informaciones durante la fase de instrucción y a su vez pueden establecerse restricciones informativas durante la fase de juicio oral. Estas prohibiciones, restricciones y autorizaciones afectarán también al Ministerio Fiscal en sus relaciones con los medios de comunicación.

El principio general debe ser el de proporcionar información neutra y objetiva y no entrar nunca en polémica con los órganos jurisdiccionales, con las partes o con los medios de comunicación.

No pueden darse pautas abstractas sobre el contenido de la información a proporcionar por el Fiscal. En la concreción de los contenidos habrá siempre de buscarse el justo equilibrio ponderando conforme al principio de proporcionalidad los diversos intereses enfrentados: por un lado la obligación de respeto al secreto de sumario o a la celebración del juicio a puerta cerrada, la obligación de respeto del deber de sigilo exigido al Fiscal y el interés del individuo en que se respete su honor, intimidad y propia imagen; por otro lado el interés de la opinión pública en estar informada y el derecho de

los ciudadanos a formarse una opinión propia, dependiendo del interés informativo del caso sometido a proceso.

Habrán de preservarse otros valores constitucionales: la realización de la justicia, la tutela judicial efectiva de las víctimas o perjudicados, el derecho a un proceso con todas las garantías o la garantía de un tribunal independiente e imparcial.

Respecto de este último punto debe tenerse presente la Recomendación (2003)13 considera en su principio 10º que en los procedimientos penales, especialmente aquellos en los que participen jurados o jueces legos, las autoridades deben abstenerse de proporcionar información pública que genere un riesgo de prejuicios sustanciales para la equidad del proceso.

La documentación generada por la propia Fiscalía (informes, escritos de acusación, escritos de recursos etc.) habrá de proporcionarse con carácter general cuando por la índole del asunto se estime oportuno o cuando se solicite por los medios de comunicación. Esta pauta general estará lógicamente subordinada a que no queden afectados el secreto sumarial, el interés de la Justicia o los derechos de imputados, víctimas y testigos. Debe en todo caso, cuando se proporcione a la prensa escritos de acusación o informes, neutralizarse cualquier posibilidad de generar victimización secundaria. Habrán de tacharse los domicilios de víctimas y testigos, e incluso en su caso sus nombres, dependiendo de las circunstancias concurrentes. También atendidas las circunstancias, en su caso, habrá de tacharse el nombre del acusado.

Como regla general, la entrega a los medios de escritos de calificación u otros informes solo podrá realizarse una vez se hayan presentado ante el órgano jurisdiccional.

Los contenidos que se divulguen sobre la actividad del Ministerio Fiscal han de ser rigurosos, respetuosos con la misión constitucional encomendada y con las garantías del proceso.

IV.2

Capítulo aparte merece la posición del Fiscal ante los denominados juicios paralelos: debe evitarse a toda costa que la publicidad, en principio garantía de control, derive en manipulación. La publicidad nunca puede llevar a una situación en la que «la justicia emane de los medios de comunicación» en lugar de del pueblo, como sanciona el art. 117.1 CE (RCL 1978, 2836) .

Puede a estos efectos definirse el juicio paralelo como las informaciones aparecidas en los medios de comunicación sobre un asunto sub iudice a través de las cuales se efectúa por dichos medios una valoración sobre la regularidad del proceso, y sobre las diligencias y las pruebas prácticas y sobre las personas implicadas en los hechos sometidos a dicha investigación judicial, asumiendo los medios los papeles de Acusador, Abogado defensor y/o de Juez.

La toma de posición de nuestra doctrina constitucional respecto de los juicios paralelos es diáfana en el ATC 195/1991 (RTC 1991, 195 AUTO) , que ya advierte del «riesgo de que la regular Administración de Justicia pueda sufrir una pérdida de respeto

y de que la función de los Tribunales pueda verse usurpada, si se incita al público a formarse una opinión sobre el objeto de una causa pendiente de Sentencia, o si las partes sufrieran un pseudo juicio en los medios de comunicación». Estas consideraciones se reiteran en la STC núm. 136/1999, de 20 de julio (RTC 1999, 136) , que declara que « la Constitución brinda un cierto grado de protección frente a los juicios paralelos en los medios de comunicación», acogiendo la doctrina del TEDH explicitada entre otras en las SSTEDH de 26 de abril de 1979 (TEDH 1979, 1) , caso Sunday Times contra el Reino Unido y de 29 de agosto de 1997 (TEDH 1997, 52) , caso Worm contra Austria.

Por todo ello, los Sres. Fiscales se abstendrán de intervenir o de colaborar en publicaciones o programas que, separándose de un legítimo ejercicio del derecho a informar, se adentren en los perturbadores terrenos de los juicios paralelos. Se evitará por tanto incentivar los efectos perniciosos y espurios de estos irracionales juicios mediáticos.

IV.3

Cuando los Sres. Fiscales proporcionen información habrán de tener siempre presente que el derecho a la presunción de inocencia no sólo garantiza al imputado ser absuelto si ante el tribunal no se prueba debidamente su culpabilidad, sino también ser tratado como inocente y no como culpable en tanto no sea declarada su culpabilidad por el único que constitucionalmente puede hacerlo. Es por tanto necesario en estas informaciones durante la tramitación de la causa resaltar en todo caso que el imputado o acusado sigue disfrutando de presunción de inocencia. La Comisión Europea de Derechos Humanos, en su decisión de 7 de octubre de 1985 en el asunto X contra los Países Bajos destacaba que «las autoridades y sobre todo aquellas que tienen a su cargo las investigaciones y los procesos penales deben mostrarse muy prudentes a la hora de hacer declaraciones públicas sobre los asuntos o personas objeto de investigación judicial, a fin de evitar en lo posible que estas declaraciones sean mal interpretadas por el público y conduzcan a poner en cuestión la inocencia del acusado antes de que haya sido juzgado». La Recomendación (2003)13 del Comité de Ministros del Consejo de Europa en su principio 2º también recoge con claridad esta idea.

Por regla general en el supuesto de asuntos de interés general afectantes a personajes de relevancia pública estaría permitida la mención del nombre del imputado. Por contra, en los supuestos que se han denominado de criminalidad cotidiana el nombre del imputado debe -también en principio- permanecer en el anonimato (por ejemplo mediante la única mención de sus iniciales).

La Recomendación (2003)13 dispone en su principio 18º que con la finalidad de no perjudicar la reinserción social de personas que han cumplido condenas judiciales, el derecho a la protección de la privacidad del art. 8 de la Convención debe incluir el derecho a proteger la identidad de estas personas en relación con el delito cometido tras el cumplimiento de la condena salvo que hayan consentido expresamente la revelación de su identidad o estas personas y el delito cometido sean nuevamente de interés público. En su principio 8º dispone que la información que se proporcione sobre sospechosos, acusados o condenados o sobre otras partes del procedimiento penal

debe respetar el derecho a la protección de la privacidad conforme al art. 8 de la Convención.

IV.4

Las informaciones que afecten a menores relacionados con los hechos objeto de juicio deben tratarse con un cuidado especial para proteger su intimidad y el desarrollo de su personalidad. En consecuencia, no se aportarán datos que permitan su identificación, salvo en el caso en que hubiesen sido víctimas de un homicidio o un asesinato. Los Fiscales se opondrán por tanto a la captación y difusión de datos que permitan la identificación de los menores cuando aparecen como víctimas o testigos.

El celo con el que el Fiscal debe preservar la intimidad de los menores aparece con reiteración en la doctrina emanada de la Fiscalía General del Estado. Así, la Circular 1/2001, de 5 de abril (RCL 2002, 1173) , relativa a la incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 Y RCL 2001, 1892) en la intervención del fiscal en los procesos civiles dispone que los Sres. Fiscales cuidarán de que la documentación de las actuaciones judiciales se realice siempre con pleno respeto y salvaguarda de los legítimos derechos e intereses de las partes e intervinientes, máxime cuando se vean comprometidos menores o incapaces. Debe tenerse también especialmente presente la Instrucción 2/93 (RCL 1994, 976) de la Fiscalía General del Estado « Sobre función del Ministerio Fiscal y el derecho a la intimidad de los menores víctimas de un delito».

En el Derecho de Menores en general existe una tendencia, derivada del principio del interés del menor, a dotar de mecanismos de protección reforzados al derecho al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen. El art. 4 de la LO 1/96 de 15 de enero (RCL 1996, 145) , de protección jurídica del menor protege de forma intensa estos derechos y simultáneamente obliga al Ministerio Público a ejercitar las acciones que procedan en defensa del menor, reconociéndole a tales efectos una amplia legitimación, autónoma, no subordinada a la voluntad de los representantes legales.

IV.5

Cuando la información verse sobre delitos contra la libertad sexual debe ponerse en primer plano la necesidad de evitar cualquier efecto de victimización secundaria. La STS núm. 1646/1994, de 16 de septiembre (RJ 1994, 6950) resaltaba que los derechos de la víctima, el respeto debido a su honor u honra, a su dignidad, a la privacidad de la vida, cuando se trata de ciertos delitos, como el de violación, pueden hacer aconsejable que el proceso en su fase de plenario se realizase a puerta cerrada. La exteriorización de la forma de vida de una persona en zonas tan íntimas como es la sexualidad, pueden comprometer gravemente a la víctima y, de no actuar así los Tribunales, sus decisiones pueden tener un efecto criminógeno. Estas consideraciones deben tenerse especialmente presentes si además las víctimas son menores de edad (STS núm. 972/1995, de 6 de octubre [RJ 1995, 7399]).

Cuidarán también los Fiscales de no difundir las circunstancias de un crimen o delito cuando ello comporte un atentado a la dignidad de la víctima.

Debe también en este punto hacerse un recordatorio de la Recomendación (1985) 11 del Comité de Ministros Consejo de Europa, de 28 de junio de 1985, sobre posición de la víctima en el marco del Derecho Penal y del Proceso Penal, así como del art. 15.5 de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre (RCL 1995, 3319) , de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual, que establece que «el Ministerio Fiscal cuidará de proteger a la víctima de toda publicidad no deseada que revele datos sobre su vida privada o su dignidad, pudiendo solicitar la celebración del proceso penal a puerta cerrada, de conformidad con lo previsto por la legislación procesal».

Debe asimismo traerse a colación el art. 3.1 de la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre (RCL 1994, 3495) , de Protección a Testigos y Peritos en causas criminales que dispone, dentro de su ámbito de aplicación que «el Ministerio Fiscal y la autoridad judicial cuidarán de evitar que a los testigos o peritos se les hagan fotografías o se tome su imagen por cualquier otro procedimiento, debiéndose proceder a retirar el material fotográfico, cinematográfico, videográfico o de cualquier otro tipo a quien contraviniera esta prohibición. Dicho material será devuelto a su titular una vez comprobado que no existen vestigios de tomas en las que aparezcan los testigos o peritos de forma tal que pudieran ser identificados».

La Recomendación (2003)13 sigue también estas pautas en sus principios 8º y 16º.

IV.6

Partiendo de la premisa de que debe evitarse polemizar con los medios de comunicación, no existe inconveniente a priori para que en los casos en los que tras emitirse un comunicado por la Fiscalía, la información que se traslade por los medios sea errónea, pueda ejercitarse por el Portavoz de la Fiscalía el derecho de rectificación frente al medio de comunicación. Las personas jurídicas, los órganos y los poderes públicos quedan integrados entre los sujetos legitimados para ejercer este derecho conexo con el derecho fundamental a recibir información veraz. En todo caso, como pauta general el derecho de rectificación solo habrá de utilizarse cuando se considere imprescindible para evitar desinformaciones perturbadoras.

En la transmisión de información debe respetarse la norma ética de distinguir claramente entre los hechos y las interpretaciones o valoraciones de los mismos, evitando confundir uno y otro plano. Igualmente han de difundirse únicamente informaciones fundamentadas, cuidando de no difundir como ciertas las meras conjeturas o los rumores.

La información proporcionada por el Fiscal ha de ser aséptica y lo más objetiva posible, sin comprometer su imparcialidad; debe suministrarse de forma argumentada y comprensible, con firmeza en los contenidos, con sentido de la medida en la forma y sobre todo con respeto a la dignidad de las personas. En este punto la Recomendación (2003)13 dispone en su principio 3º que las autoridades solo deben proporcionar a los medios de comunicación información verificada o información basada en inferencias razonables. En este último caso, esta circunstancia debe ser claramente indicada a los medios.

V Pautas generales sobre información respecto de causas en fase de investigación preliminar o en fase de instrucción

V.1

Debe ante todo partirse de que conforme a la LECrim (LEG 1882, 16) las actuaciones judiciales sumariales son secretas en sí mismas, sin necesidad de previa declaración al respecto

En efecto, los arts. 301 y 302 LECrim establecen los llamados secretos externo (automático y general para los que no sean parte en el procedimiento) e interno (excepcional, temporal y necesitado de una resolución expresa, con el efecto de reservar sólo al conocimiento del Juez y del Ministerio Fiscal todas o parte de las actuaciones). El carácter secreto general del art. 301 es consustancial a la fase de instrucción, sin que sea necesario ningún tipo de declaración o resolución. Estos dos preceptos también son de aplicación al nuevo procedimiento abreviado, como expresamente establece el art. 774 LECrim.

El principio de limitación de la publicidad en la instrucción también se refleja en el art. 520 LECrim: «la detención y la prisión provisional deberán practicarse en la forma que menos perjudique al detenido o preso en su persona, reputación y patrimonio» y en el art. 552 LECrim que establece que «al practicar los registros deberán evitarse las inspecciones inútiles, procurando no perjudicar ni importunar al interesado más de lo necesario, y se adoptarán todo género de precauciones para no comprometer su reputación, respetando sus secretos si no interesaren a la instrucción».

El respeto al secreto sumarial externo, quizás por su formulación general e indeterminada, ha sido frecuentemente incumplido. Frente a esta relajación ha reaccionado la Fiscalía General del Estado, que en su Circular de 28 de julio de 1928 ya se pronunciaba sobre la necesidad de que el art. 301 LECrim fuese especialmente cumplido por los Fiscales y en la Consulta de 20 de abril de 1971 recordaba que las prescripciones del art. 301 no habían sido derogadas ni modificadas e integraban la fase de instrucción del procedimiento penal.

V.2

Este necesario respeto a las limitaciones derivadas del secreto externo debe, no obstante, ser cohonestado con la necesidad de proporcionar información durante la instrucción respecto de los hechos noticiables, que en determinados casos alcanzan precisamente su cota de máxima notoriedad durante el período de instrucción.

En todo caso los medios de comunicación -respetando los principios básicos de la instrucción- han de tener acceso a una información suficiente de los asuntos noticiosos en las fases embrionarias. El secreto externo sumarial no viene impuesto o exigido directamente por ningún precepto constitucional y por ello requiere en su aplicación concreta una interpretación estricta «no siendo su mera alegación fundamento bastante para limitar más derechos -ni en mayor medida de lo necesario- que los estrictamente afectados por la norma entronizadora del secreto» (STC 13/85, de 31 de enero [RTC 1985, 13])

Pese a la carencia de una regulación suficiente en torno a las posibilidades de información en esta fase, resulta necesario que las Fiscalías establezcan cauces regulares que, a la par que satisfagan el legítimo derecho de los ciudadanos a recibir información veraz, eviten la perturbación de la investigación o la producción de noticias inveraces con grave perjuicio para la imagen de la Justicia o para su independencia. Ya la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 3/1993, de 16 de marzo (RCL 1994, 977) , trataba de compatibilizar ambos aspectos.

Por ello, debe partirse de que los preceptos analizados no impiden que se proporcione información acerca de la causa cuando los datos que se comuniquen no comprometan o empañen la investigación ni afecten al honor de terceros. Por tanto, no está vedada la transmisión de toda información sobre hechos por los que se sigue la instrucción y sobre las decisiones adoptadas en la misma, sino solamente la de datos que por afectar a la investigación puedan considerarse «sensibles». El art. 301 LECrim debe interpretarse teleológicamente, superando su rígido tenor literal.

Este aserto está avalado por la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así, la STC núm. 13/1985, de 31 de enero (RTC 1985, 13) considera legítima la previsión del art. 301 LECrim y que el proceso penal pueda «tener una fase sumaria amparada por el secreto y en cuanto tal limitativa de la publicidad y de la libertad» pero «el secreto del sumario se predica de las diligencias que lo constituyen». El TC concluye con que «el secreto del sumario no significa, en modo alguno, que uno o varios elementos de la realidad social (sucesos singulares o hechos colectivos cuyo conocimiento no resulte limitado o vedado por otro derecho fundamental según lo expuesto por el art. 20.4 CE (RCL 1978, 2836)) sean arrebatados a la libertad de información, en el doble sentido de derecho a informarse y derecho a informar, con el único argumento de que sobre aquellos elementos están en curso unas determinadas diligencias sumariales. De ese modo, el mal entendido secreto del sumario equivaldría a crear una atípica e ilegítima «materia reservada» sobre los hechos mismos acerca de los cuales investiga y realiza la oportuna instrucción el órgano judicial, y no sobre «las actuaciones» del órgano judicial que constituyen el sumario?».

La STC 176/1988, de 4 de octubre (RTC 1988, 176) aporta un parámetro fundamental a la hora de calibrar los límites a la información cuando exige que «?el secreto de las actuaciones judiciales venga objetiva y razonablemente justificado en circunstancias evidenciadoras de que la medida resulta imprescindible para asegurar la protección del valor constitucional de la justicia».

De la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos puede extraerse como principio que el artículo 10 CEDH (RCL 1999, 1190, 1572) exige que ha de demostrarse que las restricciones a la libertad de expresión o de prensa son «proporcionadas a los fines legítimos que se persiguen» (STEDH de 8 de julio de 1986 [TEDH 1986, 8] , caso Lingens contra Austria), o que una «necesidad social apremiante», justifica la imposición de restricciones (STEDH de 26 de abril de 1979 [TEDH 1979, 1] , caso The Sunday Times contra el Reino Unido).

En esta misma línea, la Recomendación (2003)13 en su principio 6º declara que en el contexto de procedimientos penales de interés público u otros procedimientos penales

que hayan atraído la atención del público, las autoridades deben informar a los medios de comunicación sobre los actos esenciales en tanto no se perjudique el secreto de las investigaciones y las investigaciones policiales o retrase o impida la conclusión del procedimiento.

V.3

Cualquier declaración sobre hechos en fase de instrucción debe estar presidida por la prudencia: normalmente los hechos por definición no están perfilados, por lo que siempre debe utilizarse alguna mención que subraye esta circunstancia y que aclare que las imputaciones realizadas o las sospechas que concurren se examinarán detenidamente. Esta llamada a la prudencia en las notas de prensa de autoridades y servicios públicos aparece con nitidez en la STC 178/1993, de 31 de mayo (RTC 1993, 178) .

La Instrucción de la Fiscalía General del Estado 3/1993, de 16 de marzo (RCL 1994, 977) , contenía algunas cautelas que deben ser recordadas: la intempestiva revelación de las fuentes de prueba y, en particular, de los nombres de los testigos o sospechosos de un delito favorece la alteración, la dispersión, la destrucción del material probatorio, la fuga de los culpables y también la intimidación de los testigos? Con las razones de la administración de justicia concurren a justificar el secreto instructorio los derechos del imputado a la reserva, pues la presunción de no culpabilidad hasta la condena definitiva no tiene únicamente un valor procesal y es justo que encuentre en el secreto instructorio un instrumento que, al menos en parte, garantice la dignidad del imputado.

No existe obstáculo en principio para confirmar a los medios de comunicación si la persona o personas detenidas han sido puestas a disposición judicial, y cuando ya se ha cumplido este trámite, puede informárseles de la situación personal en la que han quedado y los presuntos delitos por los que se ha abierto la causa. Esta mínima información oficial, que no quebranta ningún secreto, es muy útil para los medios y contribuye a trasladar la imagen de transparencia y a desterrar secretismos por lo demás inútiles.

Es con carácter general suficiente con que se hagan públicos los distintos avances formales realizados durante la instrucción, como pueden ser la interposición de la denuncia o la querrela, la detención, la adopción de medidas cautelares, etc. A sensu contrario no existe como regla interés público informativo justificado sobre los detalles en los avances de la instrucción o sobre los resultados de las distintas diligencias de investigación.

Debe quedar claro que el ámbito del secreto de sumario no abarca los hechos objeto del sumario, sino el contenido concreto de éste. También siguiendo la STS 1020/1995, de 19 de octubre (RJ 1995, 7722) , no puede olvidarse, a la hora de decidir la extensión de la información a facilitar que el secreto sumarial externo (el genérico del art. 301) se circunscribe «al contenido de las declaraciones de los imputados y testigos, documentadas en los folios correspondientes, así como los dictámenes periciales y demás documentos que se incorporan a la causa, pero no puede extenderse a resoluciones interlocutorias o de fondo que resuelven cuestiones relativas a la situación

personal de los imputados o aquellas relacionadas con las responsabilidades civiles. También carecen de esta consideración sumarial los autos de inhibición o los informes y exposiciones elevados a la superioridad para solventar los pertinentes recursos. Fuera de este marco delimitador el secreto del sumario considerado como regla general o de primer grado, no puede extenderse, salvo que el propio órgano juzgador haya declarado expresamente secretas determinadas partes de las actuaciones».

Otra pauta que debe tenerse presente es la de que conforme a la doctrina del TEDH (STEDH de 22 de mayo de 1990 [TEDH 1990, 13] , caso Weber contra Suiza) no puede considerarse infringido el deber de reserva cuando el objeto de la revelación ya es conocido por todos, pues no es secreto lo que ya es de dominio público.

En definitiva, la concreta intensidad de la reserva debe realizarse ponderando la naturaleza de los hechos investigados y las circunstancias concurrentes, que incluso pueden no requerir secreto alguno. Habrá de ser el Portavoz de la Fiscalía quien, valorando las circunstancias del caso y los diversos intereses involucrados, entre los que hay que contar también el interés social de la noticia, determine la extensión de la información a suministrar, excluyendo aquellos datos en los que la necesidad de reserva venga objetiva y razonablemente justificada para asegurar la protección del valor constitucional de la justicia.

VI Los medios de comunicación en el juicio oral. Posición del ministerio fiscal

El secreto se mantiene hasta el momento de la apertura del juicio oral. Como declara el ATC 195/1991, de 26 de junio (RTC 1991, 195 AUTO) , una vez decretada la apertura del juicio oral, rige el principio de publicidad absoluta en tanto que garantía procesal tendente a salvaguardar el derecho fundamental a un proceso público del art. 24.2, así como instrumento para fortalecer la confianza del pueblo en la independencia e imparcialidad de sus Tribunales.

Siguiendo a la Recomendación (2003)13 en sus principios 12º y 13º, los periodistas deben ser admitidos a las audiencias públicas de los órganos jurisdiccionales sin discriminación y no deberán ser excluidos de las audiencias de los tribunales salvo que se haya acordado la celebración a puerta cerrada.

No solo no deben ser excluidos los medios sino que la STC 30/1982, de 1 de junio (RTC 1982, 30) les reconoce un derecho preferente para asistir a las sesiones del juicio, dentro de las limitaciones derivadas de los condicionamientos impuestos por el espacio, el orden y la seguridad.

Las restricciones que puedan adoptarse sobre la publicidad externa inmediata incidirán necesariamente y con mayor razón si cabe en la publicidad externa mediata.

En este sentido, la STC núm. 65/1992, de 29 de abril (RTC 1992, 65) declara que el derecho a un juicio público y, en concreto, el acceso del público y de la prensa a la Sala de audiencia, durante la celebración del juicio oral, puede ser limitado o excluido, entre otras, por razones de orden público justificadas en una sociedad democrática, que estén previstas por las Leyes. La validez de las excepciones al principio de publicidad del proceso establecidas en el art. 232 LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635) y en el art. 680

LECrím (LEG 1882, 16) había sido ya afirmada en anteriores pronunciamientos (SSTC 62/1982 [RTC 1982, 62] , 96/1987 [RTC 1987, 96] y 176/1988 [RTC 1988, 176]).

Las posibilidades de limitar la publicidad externa del juicio oral pueden ser cualquiera de los supuestos contemplados en el art. 680.2 LECrím (moralidad, orden público y respeto debido a las personas del ofendido y de su familia); art. 232 LOPJ (excepcional y motivadamente, por razones de orden público y de protección de los derechos y libertades) y art. 6 CEDH (RCL 1990, 1190, 1572) (moralidad, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia). El art. 138 LECiv (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) , aplicable supletoriamente a todos los procedimientos (art. 4 LECiv) prácticamente reproduce el art. 6 CEDH.

Las consecuencias de la decisión de celebrar el juicio a puerta cerrada son las de que se prescinde de la publicidad externa, tanto la mediata como la inmediata, debiendo despejar la Sala de audiencias tanto el público en general como los representantes de los medios de comunicación, conforme al art. 681 LECrím.

El derecho de acceso de los medios está por tanto subordinado a que el juicio no se celebre a puerta cerrada, conforme a los motivos tasados por nuestro ordenamiento jurídico. Esto no obstante los Sres. Fiscales, en aras a dar la máxima operatividad posible al derecho a informar y a recibir información veraz, partiendo de que la decisión de celebrar el juicio a puerta cerrada admite gradaciones, tanto temporales como personales, cuando concurren causas debidamente justificadas de interés público a favor de una publicidad mediata limitada, y siempre que la naturaleza de la causa en la que se funde la restricción lo permita (v. gr. orden público) no se opondrán a que se permita la asistencia de prensa con las modulaciones que resulten procedentes.

Por último, debe tenerse presente que conforme al principio 15 de la Recomendación (2003) 13 los anuncios de audiencias programadas y otras informaciones de relevancia para la prensa debe ponerse a disposición de los periodistas a su sola solicitud por las autoridades competentes en tiempo debido, salvo que no sea viable.

VII Grabaciones audiovisuales del juicio oral. Posición del ministerio fiscal

Los avances tecnológicos aplicados a los medios de comunicación están llevando a que prácticamente no se conciba una información periodística no apoyada por soporte fotográfico, sonoro o audiovisual. En este sentido la STC núm. 57/2004, de 19 de abril (RTC 2004, 57) destaca que «la imagen enriquece notablemente el contenido del mensaje que se dirige a la formación de una opinión pública libre».

En otros ordenamientos de nuestro entorno cultural las normas procesales no permiten utilizar a los medios aparatos de registro y transmisión, por entender que pueden afectar a la serenidad de los intervinientes en el acto o provocar la teatralización de sus manifestaciones.

No dispone nuestro ordenamiento jurídico de previsión normativa de estas denominadas formas acentuadas de publicidad. La praxis procesal ha ido generalizando sin embargo una opinión favorable a la presencia de los medios audiovisuales en las audiencias penales, con fundamento -además de en el carácter expansivo de los derechos a transmitir y recibir información- en la ausencia de obstáculo legal.

Recientemente la STC núm. 57/2004, de 19 de abril (RTC 2004, 57) -que sin duda va a asumir el papel de leading case en la materia- ha fortalecido la posición favorable a la admisión de la grabación audiovisual de juicios por los medios de comunicación. En efecto, tras declarar que «las audiencias públicas judiciales son una fuente pública de información y, por eso ha declarado este Tribunal, con respecto a los profesionales de la prensa escrita, que forma parte del contenido de su derecho a comunicar información la obtención de la noticia en la vista pública en que ésta se produce», el TC extiende estas afirmaciones a los datos que se obtienen y se difunden por medios técnicos de captación óptica y difusión visual.

Así, la resolución reseñada considera que «en principio, nada distinto de lo declarado para los periodistas que cumplen su función mediante el escrito hay que decir para las informaciones que se valen de otros medios técnicos para obtener y transmitir la noticia, como los de grabación óptica, a través de cámaras fotográficas o de radiodifusión visual. El art. 20.1 d) CE (RCL 1978, 2836) garantiza el derecho a comunicar libremente información veraz por cualquier medio de difusión, sin distinción entre las diferentes modalidades de éstos en lo que se refiere al contenido constitucionalmente garantizado del derecho».

La STC 57/2004 (RTC 2004, 57) concluye con que «mientras el legislador, de acuerdo con las exigencias del principio de proporcionalidad y de la ponderación, no limite con carácter general esta forma de ejercicio de la libertad de información, su prohibición o limitación en cada caso forman parte de la competencia que la LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635) y las distintas Leyes procesales atribuyen a los Jueces y Tribunales para decidir sobre la limitación o exclusión de la publicidad de los juicios, competencia esta que ha de ser también ejercida conforme al principio de proporcionalidad» y por ello como quiera que «la utilización de tales medios forma parte del ámbito constitucionalmente protegido por el derecho a la libertad de información que no ha sido limitado con carácter general por el legislador», la eventual limitación o prohibición de tal utilización, inicialmente permitida, «ha de realizarse de forma expresa en cada caso por el órgano judicial».

Los Sres. Fiscales, a la vista de la doctrina constitucional, como pauta general, salvo que se haya acordado la celebración a puerta cerrada, no se opondrán a la grabación audiovisual de los juicios orales por los medios de comunicación, a no ser que las concretas circunstancias concurrentes lo desaconsejen por poder interferir el normal desarrollo del acto o por afectar de forma desproporcionada a otros intereses dignos de protección.

Debe también tenerse en cuenta que la propia STC núm. 57/2004 (RTC 2004, 57) constata que «la utilización de los medios de captación y difusión visuales puede afectar de forma mucho más intensa que el reportaje escrito a otros derechos fundamentales de terceros y a bienes jurídicos constitucionalmente protegidos relativos a intereses

colectivos, con los que el derecho a la libertad de información puede entrar en conflicto, que deberá resolverse conforme a las exigencias del principio de proporcionalidad y de la ponderación».

Por ello, a la hora de informar sobre la grabación de la vista oral los Sres. Fiscales habrán de ponderar los criterios de modulación que la propia STC núm. 57/2004, de 19 de abril introduce, que son los siguientes: 1) El derecho a la propia imagen de quienes, de una u otra forma, intervienen en los procesos, que, sin duda, no tienen por qué ser personajes de relevancia pública. 2) Los derechos al honor y a la intimidad personal y familiar que pueden verse comprometidos por la toma y difusión de imágenes de quienes actúan en audiencias públicas judiciales de forma más grave que por la información que se produce a través del reportaje escrito o la grabación sonora. 3) En determinadas circunstancias extremas el derecho a la vida y a la integridad física y moral. 4) Por otra parte, no está excluido que la captación de imágenes en el proceso pueda producir una viva impresión en los que intervienen en el mismo. La instalación y utilización de cámaras de captación de imágenes puede, sin duda, suscitar efectos intimidatorios, por ejemplo, sobre los procesados en un juicio penal, sus defensores y los testigos, lo que podría ser suficiente para excluir la presencia de aquéllas. 5) En algunas circunstancias, la impresión de realidad que va asociada a la imagen visual podría favorecer especialmente el desarrollo de los que se han denominado «juicios paralelos», frente a los que la Constitución brinda un cierto grado de protección. 6) La simple instalación de los normalmente complejos medios técnicos necesarios para captar y difundir estos mensajes podría, por sus exigencias de tiempo y espacio, en determinados supuestos, perjudicar el ordenado desarrollo del proceso indispensable para la correcta administración de justicia.

Además de los anteriores parámetros los Sres. Fiscales habrán también de valorar la trascendencia pública e interés informativo del caso; el carácter público o privado de la persona encausada; la declaración en el juicio oral de personas objeto de especial protección (menores o disminuidos psíquicos); la concurrencia de especiales circunstancias que pudieran hacer peligrar la seguridad de testigos o cualquier otro interviniente en el proceso; el peligro de alteraciones del orden público, la índole del delito sometido a enjuiciamiento y la opinión y las limitaciones razonables propuestas por las partes. Los Sres. Fiscales deberán tratar de conciliar el máximo de facilidades a la labor informativa con la necesidad de evitar tanto la conversión del juicio en mero espectáculo como la perturbación del objetivo esencial del acto del juicio oral, que en definitiva, no es otro que la realización del valor justicia mediante la aplicación del Derecho con relación al caso sometido a enjuiciamiento.

Debe aquí tenerse también en cuenta la Recomendación (2003) 13, que en su principio 14º subordina las grabaciones a que estén expresamente permitidas por la Ley o por las autoridades judiciales competentes, y siempre que no supongan un riesgo serio de indebida influencia en las víctimas, en los testigos, en las partes, en los jurados o en los jueces.

Los Sres. Fiscales subordinarán su posición favorable a la grabación y retransmisión al cumplimiento de ciertas normas deontológicas. Así, los medios que emiten el juicio y mientras éste se celebra no deben programarlo en programas-espectáculo. La retransmisión del juicio en directo o en diferido, deberá evitar un

tratamiento de imagen que, mediante su propio lenguaje, pueda confundir o afectar la subjetividad del telespectador, predisponiéndolo a favor o en contra de los procesados, de los testigos o demás intervinientes. Deberá igualmente evitarse en lo posible la exhibición del acusado en situaciones que constituyan en sí mismas una sanción social irreparable. Se evitará difundir el nombre, la voz, la imagen o los datos que permitan la identificación de los menores que aparezcan como víctimas, testigos o inculpados en causas criminales. Cuando, habiéndose informado favorablemente los medios no respeten estas normas deontológicas básicas el Fiscal podrá interesar la revocación de la autorización para las sesiones del juicio oral que aún estén pendientes.

En su caso, el informe favorable del Fiscal a la grabación audiovisual puede estar condicionado, siendo admisible, como ejemplifica la STC 57/2004 «la utilización de estos medios de captación y difusión de imágenes sólo antes, después y en las pausas de un juicio oral, según las circunstancias del caso; o aplicarse la solución que se conoce como pool; o imponerse la obligación de tratar a posteriori las imágenes obtenidas para digitalizar determinados ámbitos de las mismas, de forma tal que no sean reconocibles determinados rostros, etc.».

También -pese a haber informado favorablemente a la grabación- podrá solicitar el Fiscal la interrupción temporal de la misma cuando resulte justificado en razón de las peculiaridades concurrentes en algún testigo o perito.

VIII Derecho a la intimidad y propia imagen de partes y asistentes al acto del juicio oral

En principio ha de partirse de que la LO 1/1982, de 5 de mayo (RCL 1982, 1197) , de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar y a la Propia Imagen dispone en su art. 8.1 que no se reputarán, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la Ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante

Los Sres. Fiscales se opondrán a que se difunda gráficamente la imagen o cualquier otra clase de elemento físico que haga reconocibles a los testigos o a los peritos no funcionarios cuando éstos así lo soliciten, a fin de salvaguardar su derecho a la intimidad y a la propia imagen. Por tanto, para que pueda captarse la imagen de estas personas particulares en aplicación del art. 2.2 LO 1/82 será necesario que el titular del derecho otorgue al efecto su consentimiento expreso.

La posición de los acusados presenta matices distintos, pues su asistencia al acto del juicio oral es una carga procesal y en la ponderación de intereses concurrentes, en ocasiones habrá de ceder el derecho a la propia imagen frente al derecho a la información.

A la hora de realizar la ponderación habrá de tenerse especialmente en cuenta si el acusado es un personaje de relevancia pública, en conexión con la naturaleza de los hechos imputados. El derecho a la propia imagen no protege con la misma intensidad a una persona pública que a una privada. En estos supuestos podrá ser irrelevante la oposición del acusado a que se difundan imágenes suyas tomadas durante el juicio.

Conforme a la STC núm. 15/1993, de 18 de enero (RTC 1993, 15) «las personalidades públicas o que voluntariamente adoptan ante un hecho concreto tal condición deben soportar un cierto mayor riesgo de lesión en sus derechos de la personalidad que las personas privadas?»

Ejemplo paradigmático de esta ponderación es la realizada por el AAP Madrid. (Sección 5ª), de 10 septiembre de 2001 (ARP 2001, 849) , que declara que «el carácter público de los acusados, que desempeñaron altos cargos en la Administración en las fechas en las que se realizaron los hechos imputados, aparte de acrecentar el interés general en la difusión del contenido del juicio oral, obliga a sacrificar sus derechos al honor, intimidad personal y propia imagen -en la medida que se vean afectados-, en beneficio del derecho a emitir y recibir información veraz»

En otros supuestos en principio existirá un interés digno de protección por preservar la imagen del acusado y que no sea grabada. Habrá de valorarse especialmente el hecho que constituye el objeto del proceso y demás circunstancias concurrentes a fin de ponderar si preexiste un interés público socialmente relevante en captar la imagen aún contra su consentimiento. Desde luego, parece evidente que en los procesos que en sí mismos no tengan un interés noticiable relevante (piénsese por ejemplo en cadenas especializadas en retransmitir juicios, que graban vistas de todo tipo) imponer al acusado la obligación de ser grabado supondría una intolerable pena adicional.

Dada la regla general de publicidad, los funcionarios que intervengan en la vista no pueden alegar el derecho a la propia imagen para oponerse a figurar en la retransmisión. El art. 8.2 a) de la LO 1/1982 establece que el derecho a la propia imagen no impedirá su captación, reproducción o publicación por cualquier medio, cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público.

Los Sres. Fiscales habrán partir de que el reseñado artículo es de aplicación tanto a Jueces y Magistrados como a Fiscales, Secretarios Judiciales, Médicos forenses y peritos que ostenten la cualidad de funcionarios.

También los Abogados y Procuradores han de quedar sometidos a esta regla toda vez que, aún siendo particulares, al actuar en un proceso público, están ejerciendo una profesión de proyección pública.

No obstante, esta regla general podrá ceder en supuestos en los que concurran fundadas razones de seguridad.

Por último, en relación con el público asistente a los juicios orales habrá de estarse a la previsión del art. 8.2 c) LO 1/82, que dispone que el derecho a la propia imagen no impedirá la información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesorio. Es claro que el proceso, regido por el principio de publicidad es un suceso o acaecimiento público y que la imagen de alguien del público es meramente accesorio en el contexto del proceso, por lo que tampoco cabrá oponer objeción alguna a las tomas que las cámaras puedan hacer del público asistente para ilustrar y contextualizar la noticia.

IX Publicidad en el proceso de menores. Papel de los medios de comunicación

Si los menores que intervienen como testigos en el proceso penal de adultos han de ser especialmente protegidos frente a publicidades perturbadoras, cuando se trate de menores sometidos al proceso especial de la LO 5/2000, de 12 de enero (RCL 2000, 90) , reguladora de la responsabilidad penal de los menores (LORPM) las restricciones para los medios de comunicación habrán de alcanzar su tonalidad más intensa. El art. 20.4 CE (RCL 1978, 2836) coloca la protección de la juventud y la infancia como límite específico al derecho a la información.

La difusión a través de los medios de comunicación de la imagen o identidad del menor infractor trae consigo el riesgo cierto del etiquetaje del mismo como delincuente, con los devastadores efectos derivados de la estigmatización y con la correlativa puesta en peligro del objetivo de la reinserción.

Por este motivo, se han adoptado universalmente drásticas limitaciones a la información sobre este tipo de procesos, y en este sentido cabe citar el punto 8 de las Reglas Mínimas Uniformes de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 29 de noviembre de 1985 (Resolución 40/33), el art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 (RCL 1977, 893) , y el art. 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 (RCL 1990, 2712)

La STEDH de 16 de diciembre de 1999 (caso «niños de Liverpool») ya condenó al Reino Unido por violación del derecho a un proceso justo por haber permitido que los menores acusados fueran sometidos a un proceso público, siendo ubicados en un lugar de la sala en la que podían ser observados por el público que manifestaba una actitud hostil hacia ellos y por los medios de comunicación.

La STC 36/91, de 14 de febrero (RTC 1991, 36) se decantó por la posibilidad de restringir la publicidad en el proceso de menores. Siguiendo estas pautas, el art. 35.2 LORPM, además de permitir con mayor amplitud que en otros procedimientos la exclusión del principio de publicidad externa mediata e inmediata, proclama sin posibilidad de excepciones la prohibición de que los medios de comunicación social obtengan o difundan imágenes del menor o difundan datos que permitan identificarlo.

La Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2000, de 18 de diciembre (RCL 2001, 812) , sobre criterios de aplicación de la LO 5/2000 pone de manifiesto la obligación del Fiscal de « convertirse en un inflexible protector de la intimidad del menor».

El posible interés informativo de la noticia cede, pues, ante la necesidad de protección de los intereses del menor afectado. No será por tanto aplicable al proceso de menores la jurisprudencia acuñada por el TC en materia de acceso de medios de comunicación a juicios orales penales.

Sin embargo, estas consideraciones no pueden llevar a postular un veto total o un apagón informativo sobre los procesos de menores. Tampoco cabe extraer la conclusión

de que queda excluida la facultad del Fiscal de informar a la opinión pública. En el proceso penal de menores también se dan casos de interés público y en los que cabe apreciar un legítimo interés por informar y por recibir información. Es más: en este proceso los datos y explicaciones suministrados por el Fiscal tendrán una especial utilidad social, teniendo en cuenta la desinformación y las explicaciones desenfocadas, - en ocasiones por simple desconocimiento- que se difunden con cierta frecuencia, y que origina en ocasiones una infundada zozobra, inquietud e incluso alarma social. Esta misma posición es postulada por la Recomendación (2003)20, de 24 de septiembre del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre nuevas vías para el tratamiento de la delincuencia juvenil y el papel de la justicia juvenil en su punto VI.25.

Respetando los límites generales y los especiales que informan a este proceso, preservando en todo caso la identidad e imagen del menor, podrá proporcionarse cuando sea necesario una información suficiente acerca de hechos delictivos cometidos por menores y del desarrollo del proceso penal incoado.

Obviamente, lo que no cabrá en ningún caso es la publicidad externa mediata del acto de la audiencia mediante la grabación de audio o video.

X. Cauces de transmisión de la información

El ejercicio de la facultad de informar a la opinión pública podrá llevarse a cabo con flexibilidad, ya mediante la remisión a los medios de comunicación de notas informativas, ya mediante la convocatoria de ruedas de prensa, de acuerdo con lo que las circunstancias concretas aconsejen, o por otros medios. La Recomendación (2003)13 en su principio 5º postula la utilización de comunicados, conferencias de prensa por personas autorizadas o medios similares.

Deben desterrarse modalidades de convocatoria a los periodistas que supongan un interés para transmitir una información privilegiada a medios de comunicación determinados con exclusión del resto. Esta misma idea la asumen los principios 4º y 5º de la Recomendación (2003)13.

También podrá ser un cauce especialmente adecuado para canalizar la información la remisión de la misma, así como en su caso de copias de escritos de calificación o de informes, a las Oficinas de Prensa de los Tribunales Superiores de Justicia creados por Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial de fecha 26 de julio de 2000 (RCL 2000, 2060) (art. 54.3 del Reglamento 1/2000, de los Órganos de Gobierno de Tribunales).

En reciprocidad y como regla general, las Fiscalías atenderán las solicitudes de información que, referidas a actuaciones o escritos del Ministerio Fiscal con repercusión pública, les transmitan las Oficinas de Prensa de los Tribunales Superiores de Justicia, colaborando y facilitando al máximo su labor.

El Gabinete de Prensa de la Fiscalía General del Estado podrá igualmente ser utilizado por las distintas Fiscalías para la difusión de información cuando se refiera a asuntos que hayan despertado un interés informativo que trascienda del ámbito autonómico.

Podrán los Portavoces de la Fiscalía acudir asimismo al Gabinete de Prensa de la Fiscalía General del Estado en caso de necesitar asesoramiento específico sobre el modo de transmitir información.

XI Conclusiones

1º Las Fiscalías han de impulsar en aplicación del art. 4.5 EOMF una política abierta y transparente hacia los medios de comunicación, fomentando la remisión de información.

2º En cada Fiscalía el Fiscal Jefe, oída la Junta de Fiscales, nombrará de entre la plantilla un Fiscal que habrá de asumir la función de Portavoz ante los medios de comunicación. Si así se estima oportuno, el propio Fiscal Jefe podrá asumir directamente la función de Portavoz.

El Portavoz de la Fiscalía se ocupará con carácter general de las relaciones con los medios de comunicación y de la transmisión de información, en coordinación con los Fiscales encargados del asunto y bajo la dirección del Fiscal Jefe, conforme a lo dispuesto en el art. 22.3 EOMF (RCL 1982, 66) .

3º La información proporcionada por las Fiscalías ha de ser aséptica y objetiva, sin comprometer el principio de imparcialidad, con respeto a la dignidad de las personas, y sin entrar en polémicas con los órganos jurisdiccionales, con las partes o con los medios de comunicación.

4º Los Sres. Fiscales se abstendrán de intervenir o de colaborar en publicaciones o programas que, separándose de un legítimo ejercicio del derecho a informar, se adentren en los perturbadores terrenos de los juicios paralelos.

5º Como regla general, la entrega a los medios de comunicación de escritos de calificación u otros dictámenes solo podrá realizarse una vez presentados ante el órgano jurisdiccional.

6º A la hora de proporcionar información habrán de tener siempre presente los Sres. Fiscales que el derecho a la presunción de inocencia que ampara al imputado le garantiza el ser tratado como inocente hasta tanto no haya recaído una sentencia firme condenatoria.

7º Las informaciones que afecten a menores relacionados con los hechos objeto de juicio deben tratarse con un cuidado especial para proteger su intimidad y el desarrollo de su personalidad. Los Sres. Fiscales se opondrán a la captación y difusión de datos que permitan la identificación de los menores cuando aparecen como víctimas o testigos.

8º Cuidarán también los Sres. Fiscales con carácter general que las informaciones que puedan proporcionar no generen efectos de victimización secundaria.

9º Debe partirse de que durante la fase de instrucción no está vedada la transmisión de información sobre los hechos por los que se sigue el procedimiento y sobre las

decisiones adoptadas, sino solamente la de datos que por afectar a la investigación puedan considerarse «sensibles» o que puedan afectar de forma desproporcionada al honor de las personas.

10º Los Sres. Fiscales, partiendo de que la decisión de celebrar el juicio a puerta cerrada admite gradaciones, cuando concurren causas debidamente justificadas de interés público a favor de una publicidad mediata limitada, y siempre que la naturaleza de la causa en la que se funde la decisión restrictiva lo permita (v. gr. orden público) no se opondrán a que se permita la asistencia de prensa con las modulaciones que resulten procedentes.

11º Los Sres. Fiscales, como pauta general, no se opondrán a la grabación audiovisual de los juicios orales por los medios de comunicación, a no ser que las concretas circunstancias concurrentes lo desaconsejen por poder interferir el normal desarrollo del acto o por afectar de forma desproporcionada a otros intereses dignos de protección.

12º Si se autoriza judicialmente la grabación de la vista, el Fiscal que intervenga en la misma no podrá alegar el derecho a la propia imagen para oponerse a figurar en ella, salvo cuando concurren fundadas razones de seguridad.

13º Respetando los límites generales y los especiales que informan al proceso penal de menores y preservando en todo caso la identidad e imagen del menor infractor, podrá proporcionarse cuando sea necesario una información suficiente acerca de hechos delictivos cometidos y del desarrollo del proceso penal incoado.

14º Podrá utilizarse como cauce especialmente adecuado para canalizar la información la remisión de la misma, así como en su caso de copias de escritos de calificación o de informes, a las Oficinas de Prensa de los Tribunales Superiores de Justicia y, en su caso, al Gabinete de Prensa de la Fiscalía General del Estado.

15º Los Portavoces de las Fiscalías, a la hora de proporcionar información habrán de excluir modalidades de convocatoria a los periodistas que generen tratos de favor o privilegios a unos medios respecto de otros.

En razón de todo lo expuesto, con el propósito último de coadyuvar con los medios a dar satisfacción al lícito derecho de los ciudadanos a recibir veraz, objetiva e imparcial sobre los procedimientos en que intervenga el Ministerio Público, cumpliendo la disposición contenida en el art. 4.3 EOMF, los Sres. Fiscales se atenderán, en lo sucesivo a las prescripciones de la presente Instrucción.

Madrid, 7 de abril de 2005

El Fiscal General del Estado

Excmos. e Ilmos. Sres. Fiscales Jefes.

JUR 2005\93903

Auto Audiencia Provincial Cantabria núm. 30/2005 (Sección 1ª), de 18 febrero

Jurisdicción: Penal

Recurso de Apelación núm. 7/2005.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Ernesto Sagüillo Tejerina.

DERECHO PENITENCIARIO: Derechos de los internos: Derecho a recibir información: denegación de la solicitud del interno para que se le expida un certificado de buena conducta: acto positivo por parte de la Administración Penitenciaria, no recogido expresamente en la normativa penitenciaria.

Texto:

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

SANTANDER

AUTO: 00030/2005

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CANTABRIA ROLLO NUM: 7/05

Sección Primera

A U T O Nº 30/05

Ilmos. Sres. Magistrados

Don Javier de la Hoz de la Escalera

Doña María Rivas Díaz de Antoñana

Don Ernesto Sagüillo Tejerina

=====

En la Ciudad de Santander, a Dieciocho de Febrero del año dos mil cinco.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Por Auto de fecha 14 de Octubre de 2004, el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, acordó: "Desestimar el recurso de reforma interpuesto por el interno Jose Luis y confirmar la resolución recurrida."

SEGUNDO: La representación de Jose Luis , interpuso recurso de apelación, el cual, una vez admitido por el Juzgado de Instrucción, ha seguido el trámite previsto en la LECriminal.

Es ponente de esta resolución el Ilmo. Sr. Magistrado Don Ernesto Sagüillo Tejerina quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se formula recurso de apelación por Jose Luis al no haber accedido el Centro Penitenciario a expedir el certificado de buena conducta solicitado alegando el recurso la vulneración de los artículos 3 LOGP y 3 y 4.k del Reglamento Penitenciario citando también en su apoyo los artículos 35 y ss. de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

SEGUNDO.- Entiende el recurso que se ha vulnerado el derecho de acceso a los registros y archivos de la Administración Pública así como a recibir información personal y actualizada de su situación penitenciaria concretado en el derecho a ser informado de su expediente personal alegando que el interno únicamente tiene limitados o excluidos los derechos que sean incompatibles con el cumplimiento de la condena y aquellos que dispongan las leyes.

Considera la Sala que tales alegaciones no afectan al núcleo de la solicitud del interno; éste pretende obtener un certificado de conducta para, según sus propias palabras, presentarlo ante el órgano sentenciador a los efectos de que le sea concedida la libertad condicional. Partiendo de que no existe reconocido con carácter general un derecho a la expedición de certificados de conducta a quienes no son penados, no se aprecia una restricción de derechos por tratarse de una persona interna en prisión. Tampoco existe vulneración del derecho a ser informado sobre su expediente personal puesto que lo aquí se solicita no es una simple información sobre algún dato o informe obrante en tal expediente sino que exige la realización de un acto positivo por parte de la Administración Penitenciaria que no aparece expresamente recogido en la normativa penitenciaria. Por último, debe añadirse que no se aprecia perjuicio para el interno por la resolución objeto de recurso dado que ello no afecta a la posibilidad de que le sea concedida la libertad condicional pues será en el expediente en que ésta haya de ser concedida o denegada cuando deba constar ese certificado de conducta, conforme al artículo 90.1,c Código Penal.

Por cuanto antecede,

LA SALA ACUERDA

Que se desestima el recurso de apelación formulado por Jose Luis contra el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria a que se refiere este rollo, que se confirma.

Así por este Auto, lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados de lo que yo el Secretario doy fe.

PUBLICACIÓN: En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.

AS 2005\163

Sentencia Tribunal Superior de Justicia Andalucía, Sevilla, núm. 1729/2004 (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 28 mayo

Jurisdicción: Social

Recurso de Suplicación núm. 950/2004.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Manuel De La Chica Carreño.

LIBERTAD SINDICAL: lesión del derecho: conducta antisindical respecto de las organizaciones sindicales: derecho de información: supuestos.

El TSJ estima parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por la parte actora contra Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Córdoba, de fecha 11-12-2003, en autos promovidos sobre reclamación de tutela del derecho de libertad sindical, que es revocada en el sentido que se indica en la fundamentación jurídica.

Texto:

En Sevilla, a veintiocho de mayo de dos mil cuatro.

La Sala de lo Social de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen.

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA NÚMERO 1729/04

En el recurso de suplicación interpuesto por CEMSATSE (Convergencia Estatal de Médicos y Ayudantes Técnicos Sanitarios), representado por el Sr. Letrado don Francisco Daniel Ávila Guerrero, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número Uno de los de Córdoba en sus autos núm. 1384/2003; ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Don Francisco Manuel de la Chica Carreño, Magistrado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO Según consta en autos, el sindicato recurrente presentó demanda, sobre TUTELA DEL DERECHO A LA LIBERTAD SINDICAL, contra el Servicio Andaluz de Salud, siendo parte el Ministerio Fiscal, se celebró el juicio y el 11 de diciembre de 2003 se dictó sentencia por el referido Juzgado, desestimatoria de la demanda.

SEGUNDO En la citada sentencia y como hechos probados se declararon los siguientes:

«I.-El Sindicato demandante ha venido solicitando a la Dirección de la Agrupación de Distritos Sanitarios de Cabra, Lucena y Montilla del Servicio Andaluz de Salud, diversa información a través de los siguientes escritos dirigidos a la misma:

1. Escrito de 17-9-2001 al Director de Distrito, sobre contratos realizados por distrito en el 2000, número días concedidos en vacaciones, IT, permisos sin sueldo, excedencias, bajas maternales... relación trabajadores acudieron a cursos, actividades

internas y externa en el 2000 y sus sustituciones, relación nominal de personal que realizó horas de atención continuada tipo B y cantidades percibidas en el 2000, copia de la autorización del Servicio de Medicina Preventiva para la realización de revisiones al personal expuesto, informes sobre absentismo, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, documentación acreditativa de la instalación de Rayos X de las 8 unidades Radiólogas y 6 de radiología odontológica, copias contratos de Atención Continuada B de médicos y enfermeros desde enero 2001 hasta fecha.

2. Escrito de 9-10-2001 al Director de Distrito, información sobre las Unidades de RX del distrito.

3. Escrito de 3-12-2001 al Director de Distrito, sobre relación nominal de personal del distrito nombrado como servicios mínimos de la huelga del día 30-11-2001.

4. Escrito de fecha 8-3-2002 al Director de Distrito solicitando copia del contrato, programa del distrito de 2002.

5. Escrito de 20-9-2002 a la Administración de Distrito, sobre el listado de productividad del año 2001 de los cargos directivos.

6. Escrito de fecha 18-12-2002 al Coordinador de Distrito, sobre información solicitud de listado de productividad del año 2001.

7. Escrito de 19-12-2002 a la Administradora de Distrito, solicitando información sobre retribuciones y cambio de contrato de los DCCU.

8. Escrito de 26-12-2002 a la Administradora de Distrito, solicitando información sobre productividad de los cargos directivos del Distrito.

9. Escrito de 8-1-2003 a la Administradora de Distrito, solicitando información sobre motivos y base legal del aumento de retenciones IRPF en el mes de diciembre de 2002.

10. Escrito de 27-1-2003 al Director de Distrito, solicitando información sobre motivos y bases legales para el aumento del IRPF, en la nómina de diciembre de 2002 de los trabajadores de distrito, sobre los motivos de Distrito para no facilitar los listados de productividad, retribuciones del personal de los DCCU y jornada laboral.

11. Escrito de 19-5-2003 al Director de Distrito, solicitando información sobre servicios mínimos del personal de enfermería por el día de huelga el 23 de mayo de 2003.

12. Escrito de fecha 25 de junio de 2003 al Coordinador de Distrito, solicitando información sobre convocatoria realizada por el Distrito para enfermería de enlace, personal que ha solicitado curso de formación para enfermería de enlace, enfermeros de distrito que han sido seleccionados para la realización del curso de formación de la enfermería de enlace. modelo de baremación que ha utilizado el distrito para la selección.

13. Escrito de 8-7-2003 al Director de Distrito, solicitando información sobre desglose nominal de la productividad del personal y cargos directivos del Distrito del año 2002.

14. Escrito de 8-7-2003 al Director de Distrito, solicitando la convocatoria realizadas por el distrito para enfermería de enlace, el personal que ha solicitado el curso formación para enfermería de enlace, enfermeros de Distrito que han sido seleccionados para la realización del curso de formación de la enfermería de enlace, y modelo de baremación que ha utilizado el Distrito para la selección.

15. Escrito de fecha de 8-7-2003 al Coordinador de Enfermería, solicitando información sobre convocatoria realizadas por el Distrito para Enfermería de Enlace, el personal que ha solicitado el curso de formación para enfermería de enlace, enfermeros de distrito que han sido seleccionados para la realización del curso de formación de la enfermería de enlace, modelo baremación que ha utilizado el distrito para la selección.

16. Escrito de 26-6-2003 al Director de Distrito, información sobre el índice de absentismo y sus causas en 2002, accidentes trabajo, enfermedades profesionales y sus consecuencias en 2002, índices de siniestralidad en 2002, estudios periódicos o especiales del medio ambiente laboral así como los mecanismos de prevención que se están utilizando año 2002.

17. Escrito de 4-4-2003 al Director de Distrito, solicitando información sobre la productividad variable de los años 2001 y 2002 de los cargos intermedios y directivos del Distrito Sanitario.

18. Escrito de 7-7-2003 al Director de Distrito, sobre productividad del año 2002 de los cargos directivos del distrito.

19. Escrito de 9-7-2003 al Director de Distrito, solicitando información sobre productividad del año 2002 de los cargos directivos de distrito, baremo que utiliza el Distrito para el reparto de productividad.

20. Escrito de 25-8-2003 al Director de Distrito, solicitando información sobre el quirófano de Baena.

21. Escrito de 29-8-2003 al Director de Distrito, solicitando información sobre la convocatoria realizada por el Distrito para enfermería de Enlace, personal que ha solicitado el curso de formación para enfermería de enlace, enfermeros del distrito que han sido seleccionados para la realización del curso de formación de la enfermería de enlace, modelo de baremación que ha utilizado el distrito para la selección.

22. Escrito de 29-8-2003 al Coordinador de Enfermería, solicitando información sobre convocatoria realizada por el distrito para enfermería de enlace, sobre personal que ha solicitado el curso de enfermería de enlace, enfermeros del distrito que ha sido seleccionado para la realización del curso de formación de enfermería de enlace, modelo baremación que ha utilizado el Distrito para la selección.

II.-El Sindicato accionante es miembro de pleno derecho de la mesa sectorial de Sanidad del Servicio Andaluz de Salud, participando en la determinación de las condiciones de trabajo del personal, pudiendo recabar información sobre gestión de aspectos retributivos, laborales y de jornada a través de la Unidad de relaciones laborales del, SAS.

La información solicitada contenida en los escritos referenciados en los puntos 1, 7, 9, 10 y 16 del Hecho Segundo de la demanda se encuentra a disposición del Sindicato en la Administración del Distrito, extremo este puesto en conocimiento del propio Sindicato que no ha materializado dicha posibilidad.

III.-La demandada remitió a la Sección Sindical respecto de la información solicitada referida en los puntos 3 y 11 del Hecho Segundo de la demanda, comunicación haciendo constar el número de personas designadas por categoría y centro para realización de servicios mínimos durante la huelga de los días 30-11-01 y 23-5-03.

IV.-En relación a la solicitud de información sobre la productividad referida en los puntos 5, 6, 8, 13, 17, 18 y 19 del Hecho Segundo de la demanda, viene remitiendo al Sindicato accionante los correspondientes listados de productividad (Doc. obrante a los folios 58, 92, 104).

V.-La enfermería de enlace referida en puntos 12, 14, 15, 21 y 22 constituye una función asistencial al igual que la organización interna de Servicios de Quirófano y Unidades RX (puntos 2, 4 y 20).

VI.-Se tiene por reproducida la documental obrante a los folios 58, 61, 79, 83, 85, 87, 89, 92, 95, 104, 106, 108 y 109 de Autos en relación a la contestación dada por el Servicio Andaluz de Salud a la solicitud de información requerida».

TERCERO El sindicato actor recurrió en suplicación contra tal sentencia, con impugnación del Servicio Andaluz de Salud, representado por el Sr. Letrado de Administración Sanitaria don Rafael Girón Irueste.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO Respecto de la revisión fáctica debe tenerse en cuenta, como con reiteración tiene dicho la Sala, que el artículo 191.b) de la vigente Ley de Procedimiento Laboral (RCL 1995, 1144, 1563) exige que se invoquen documentos o pericias que evidencien el error del juzgador y obliguen a corregir las apreciaciones formadas por el mismo tras el juicio racional efectuado con la inmediatez que es posible en la instancia y con valoración del conjunto de los medios probatorios, según permite el artículo 97.2 de dicha Ley procesal; por ello, no puede la Sala acoger la censura fáctica cuando el medio invocado sea inidóneo, no reúna las condiciones revisoras indicadas, se vea contradicho por otros, requiera conjeturas o hipótesis o haya sido expresamente valorado por el juzgador de instancia, como tampoco cabe acoger las revisiones fácticas que incluyan consideraciones valorativas o conceptos jurídicos predeterminantes del fallo, ni las meras alteraciones insustanciales o de lo que ya consta en la sentencia, explícitamente o por remisión.

Por ello, no puede prosperar el primer motivo del recurso, que se dice amparado en la letra b) del art. 191 LPL, pero que se limita a afirmar que en la sentencia de instancia no se ha hecho mención expresa a todos y cada uno de los escritos en los que se solicitaba información por el sindicato ahora recurrente -lo que se aproxima más a una censura jurídica que fáctica- y a transcribir el objeto de tales escritos, como ya se hiciera en la demanda y pasó al hecho probado primero de la combatida; pero sin concretar qué es lo que se quiere modificar, suprimir, sustituir o añadir; ni especificar el concreto documento o pericia en que se apoye tal anunciada revisión de hechos probados; lo que sin duda infringe lo dispuesto en el artículo 194.3 de la LPL y jurisprudencia que lo interpreta, e impide a la Sala conocer el alcance de la revisión que se pretende, no pudiendo construirse de oficio el recurso, dada la naturaleza extraordinaria del mismo, lo que aboca a la desestimación del motivo.

SEGUNDO Por lo que hace a la censura jurídica, con amparo procesal en el apartado c) del art. 191 de la LPL (RCL 1995, 1144, 1563) , se alega vulneración, por no aplicación, del artículo 10.3 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical (RCL 1985, 1980) , en lo relativo al derecho del sindicato recurrente a ser informado adecuadamente, afirmándose, en definitiva, al respecto, que la Dirección de la Agrupación de Distritos Cabra-Lucena-Montilla no ha contestado, o lo ha hecho sólo de forma parcial, a lo solicitado en los escritos ya suficientemente reseñados en la demanda y en el hecho probado primero de la sentencia.

Según doctrina constitucional reiterada, el derecho de libertad sindical, consagrado constitucionalmente en el art. 28.1 de la Norma Fundamental (RCL 1978, 2836) , está integrado por un contenido esencial mínimo e inderogable (autoorganización sindical y actividad y medios de acción sindical -huelga, promoción de conflictos colectivos y negociación colectiva-) y un eventual contenido adicional de concreción legal (representación institucional, promoción y presentación de candidaturas, etc.), que incluye los derechos de acción sindical reconocidos por los arts. 9 y 10 LOLS (SSTC 40/1985, de 13 de marzo [RTC 1985, 40] , 61/1989 [RTC 1989, 61] , 95/1996 [RTC 1996, 95] y 64/1999 [RTC 1999, 64]), y el reconocimiento de una serie de garantías y facilidades para el eficaz ejercicio de sus funciones por parte de los representantes sindicales en la empresa; entre ellas, y en el seno de la Administración Pública, el derecho de información de las juntas de personal y delegados de personal que, por aplicación analógica de lo dispuesto en el art. 10.3 de la LOLS, se reconoce también a las secciones y delegados sindicales constituidos en los centros de trabajo de aquélla, el cual viene concretado en el artículo 9 de la Ley 9/1987, de 12 de junio (RCL 1987, 1450) , cuyo reconocimiento resulta esencial para la existencia de un auténtico y efectivo derecho de libertad sindical. Dicho precepto, como dijera la sentencia núm. 1081/98 de esta misma Sala, de fecha 24/3/1998 (recurso 4786/97) no contiene una lista cerrada y completa, sino abierta, que permite incluir otras que se consideren necesarias para el ejercicio de sus respectivas funciones y la defensa de la libertad sindical; y así, el núm. 1 del citado artículo, referente a la información sobre «política de personal», es tan genérico que, en su ámbito podrían incluirse aspectos no contemplados expresamente en el resto de sus apartados, entre ellos, y por lo que ahora importa, los relativos a información sobre todo lo relativo a la cobertura de los puestos de la enfermería de enlace del Distrito de Cabra-Lucena-Montilla (convocatoria, personal participante, personal seleccionado, integrantes del jurado seleccionador y baremación utilizada) que el sindicato recurrente, a través de su delegado sindical, requirió al organismo

demandado (puntos 12, 14, 15, 21 y 22 de la demanda y del primer hecho probado de la sentencia combatida), y que éste denegó al sindicato alegando que se trataba de información relativa a la organización y función asistencial, lo que no puede ser compartido por lo ya dicho, pues la petición de información no se refería a la organización y funcionamiento de tal enfermería de enlace, sino al proceso selectivo del personal que iba a servirla. Por ello, tal negativa impide al sindicato conocer cuál es y cómo se concreta la política de personal del distrito sanitario, obstaculiza su labor de fiscalización y de transmisión de la información a los afiliados y al resto de los empleados concernidos, aun no afiliados, y, en definitiva, constituye una vulneración del derecho fundamental invocado.

Igual solución, y por las mismas razones, debe darse a una parte de la información requerida por el sindicato recurrente respecto de la puesta en funcionamiento del quirófano de Baena, en concreto, la referida al personal de enfermería, médico y auxiliar que iba a trabajar en dicho quirófano, así como su dependencia a HIM o al Distrito Sanitario, y su jornada laboral, contemplada ésta dentro del contenido del derecho informativo del punto 4.a) del art. 9 de la Ley 9/1987.

Sin embargo, no vulnera el derecho fundamental invocado la negativa a informar, respecto de dicho quirófano, sobre la fecha de puesta en marcha del mismo, cuyo conocimiento no está amparado en apartado alguno del art. 9 de la Ley 9/1987; ni sobre el tipo de intervenciones a realizar y recursos materiales con los que cuenta, lo que sólo de una forma tangencial o indirecta puede tener relación con las facultades de vigilancia y control de condiciones, seguridad e higiene en el trabajo reconocidas en los puntos 6 y 7 del artículo 9 de la citada Ley 9/1987, a las que, además, no se hace referencia en los escritos de solicitud de la información.

En cuanto a la información sobre contratos y retribuciones del personal que iba a servir dicho quirófano, debe tenerse en cuenta, como ya dijera esta misma Sala en su sentencia núm. 4823/02 de fecha 19/12/2002 (AS 2003, 890), que el párrafo 2º del art. 7.1 de la Ley 30/1999 (RCL 1999, 2538) establece que «la selección del personal estatutario temporal se efectuará a través de procedimientos que permitan la máxima agilidad en la selección, procedimientos que se basarán en los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad y que serán establecidos previa negociación en las mesas correspondientes», de manera que corresponde a tales órganos paritarios de la Administración y sindicatos concretar esos procedimientos para nombramientos de personal temporal y acordar, en su caso, cuál sea la información sobre nombramientos a que pueden acceder los órganos de representación unitaria y sindical, sin que se alegue ni conste lo que se haya acordado al respecto en el ámbito del presente caso. Es cierto que del derecho a recibir información sobre política de personal «ex» art. 9 de la Ley 9/1987 no se puede deducir un derecho a recibir «copia básica» de los nombramientos de funcionarios o personal estatutario, de modo semejante a la copia a que se refiere el art. 8.3.a) ET (RCL 1995, 997) para los contratados laborales -norma no aplicable al personal estatutario-, si bien ello no supone ausencia de publicidad, sino, al contrario, por ser exigencia general del acceso a la función pública y particular en los nombramientos estatutarios de personal temporal, todos los nombramientos deberán respetar tal principio de publicidad y deben ser dados a conocer no sólo a los sindicatos, como el demandante, sino a la generalidad, con la difusión en periódico público o en tablón de anuncios de los datos que no afecten a la intimidad personal -caso de las retribuciones-,

mientras las partes no fijen otra forma suficiente de publicidad en la mesa correspondiente.

TERCERO Respecto de las peticiones de información referidas a contrataciones, retribuciones, productividad, absentismo, seguridad y salud laboral, etc., reseñados en los puntos 1, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 13, 16, 17, 18 y 19, la argumentación del recurso debe ser rechazada por irrespetuosa con lo que se declara probado en la sentencia, donde se da cuenta en los ordinales segundo, cuarto y sexto de la forma y manera en que el organismo demandado ha dado contestación a dichas peticiones de información que le ha dirigido el sindicato recurrente, todas ellas respetuosas con el contenido esencial del derecho de éste a recibir información y documentación en los términos del artículo 9 de la Ley 9/1987, de 12 de junio (RCL 1987, 1450) , al que el 10.3 de la LOLS (RCL 1985, 1980) implícitamente se remite, no estimándose que lo contraría el que la Dirección de la Agrupación de Distritos remita al sindicato peticionario a los servicios de Administración de cada Distrito poniéndole en éstos a su disposición dicha información, que, según narra el hecho probado segundo de la combatida, el sindicato peticionario no ha querido materializar, pues dicha remisión puede venir justificada por la dispersión de los datos y documentos y centralización de éstos no en la Dirección de la Agrupación de Distritos, sino en éstos, además de que ello en forma alguna equivale a una negativa, evasiva u obstaculizadora de la labor del sindicato reclamante, por lo que, en este caso, no se estima vulnerado el derecho fundamental invocado en el recurso.

Por el contrario, lesiona el contenido del derecho a la libertad sindical la negativa del organismo demandado a contestar la petición de información dirigida en fecha 9 de octubre de 2001 (punto 2 de la demanda y primer hecho probado) sobre las revisiones de las unidades de rayos de los distintos centros de salud, que encuentra su apoyo en los apartados 6 y 7 del art. 9 de la tan citada Ley 9/1987, relativos a la vigilancia y control de las condiciones de trabajo y de seguridad e higiene en el mismo.

CUARTO Por otra parte, estima la Sala que no vulneran el derecho fundamental a la libertad sindical invocado la negativa del organismo demandado a facilitar información sobre el contrato-programa de la Agrupación de Distritos para el año 2002, acerca de lo cual se desconoce en qué consista y qué relación tenga con la actividad sindical.

Distinta solución debe darse, no obstante a la negativa del organismo demandado a facilitar la relación nominal del personal al que le fue encomendada la cobertura de servicios mínimos durante las huelgas de los días 30 de noviembre de 2001 y 23 de mayo de 2003, respecto de lo que debe señalarse que, aunque no encajan clara y directamente en ninguno de los supuestos del artículo 9 de la Ley 9/1987 (RCL 1987, 1450) , sin embargo tienen relación con la que es considerada el arma más potente de acción sindical -la huelga-, pudiendo predicarse que la falta de información a las Secciones Sindicales sobre tales extremos limita o dificulta el ejercicio por los sindicatos o sus secciones de las facultades y acciones precisas para cumplir sus funciones tanto de control de la legalidad del desarrollo de la huelga como de información y asesoramiento a sus afiliados y a los empleados, en general, afectados por el conflicto, habida cuenta que, aunque durante dicha situación conflictual se concentra un haz de facultades, derechos, obligaciones y responsabilidades en el Comité de Huelga, cuyo protagonismo eclipsa, en cierto modo, el que en situaciones de paz laboral corresponde

a los sindicatos y sus secciones y delegados, el de éstos no desaparece ni puede entenderse sustituido por aquél por la mera convocatoria de la huelga.

QUINTO Por último, debe señalarse que, a tenor de la fundamentación fáctica de la demanda, ésta versa sobre las detalladas peticiones de información sobre los distintos aspectos ya analizados, y no sobre ningún proceso negociador o decisión adoptada por el organismo demandado sin respetar el derecho de negociación colectiva que se reconoce constitucionalmente y se concreta y desarrolla, por lo que ahora interesa, en los artículos 32 y siguientes de la citada Ley 9/1987 (RCL 1987, 1450) , por lo que carece de sentido la petición de reconocimiento del derecho del sindicato recurrente «a negociar cada uno de los puntos concretos y determinados en los escritos dirigidos», en cuyo aspecto el recurso debe ser desestimado.

FALLAMOS

Con estimación parcial del recurso de suplicación interpuesto por CEMSATSE contra la sentencia dictada el 11 de diciembre de 2003 por el Juzgado de lo Social número uno de los de Córdoba, recaída en autos sobre TUTELA DEL DERECHO A LA LIBERTAD SINDICAL, promovidos por el sindicato recurrente contra el Servicio Andaluz de Salud, siendo parte el Ministerio Fiscal, debemos revocar y revocamos dicha sentencia, sólo en el sentido de declarar, como declaramos, la existente vulneración del derecho fundamental del sindicato recurrente a la libertad sindical por la conducta del organismo demandado a negarle la información requerida respecto de los apartados 2, 3, 11, 12, 14, 15, 20, 21 y 22 del hecho segundo de la demanda, en los términos y con el alcance expresados en la anterior fundamentación jurídica, condenando al organismo demandado a estar y pasar por esta declaración, así como a que cese en dicho comportamiento antisindical.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Excmo. Sr. Fiscal de este Tribunal, advirtiéndoles que, contra ella, cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, a preparar dentro de los DIEZ DÍAS hábiles siguientes a la notificación de la misma mediante escrito dirigido a esta Sala; así como que, transcurrido el término indicado sin prepararse el recurso, la presente sentencia devendrá firme.

Asimismo se advierte al sindicato actor que, si recurre, al personarse en la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, deberá presentar en su Secretaría resguardo acreditativo del depósito de trescientos euros con cincuenta y un céntimos en la cuenta corriente número 2410, abierta a favor de dicha Sala, en el Banco Español de Crédito (BANESTO), Oficina 1006, sita en c/ Barquillo núm. 49, de Madrid.

Una vez firme esta sentencia, devuélvanse los autos al Juzgado de lo Social de referencia con certificación de esta resolución, diligencia de su firmeza y, en su caso, certificación o testimonio de la posterior resolución que recaiga, para su cumplimiento y efectos y devolución del depósito constituido para recurrir.

Únase el original de esta sentencia al libro de su razón y llévase certificación de la misma al presente rollo, que se archivará en esta Sala.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

JUR 2004\158464

Auto Audiencia Provincial Zaragoza núm. 246/2004 (Sección 1ª), de 22 marzo

Jurisdicción: Penal

Recurso de Apelación núm. 29/2004.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Eloy López Millán.

DERECHO PENITENCIARIO: Derechos de los internos: a recibir información: solicitud de entrega de copia de los informes técnicos obrantes en su expediente penitenciario, en especial los relativos a su clasificación en segundo grado: podedencia: concurrencia de razones de seguridad del centro o de peligrosidad del interno que desaconsejen su entrega: inexistencia: denegación improcedente.

El Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Aragón desestimó el recurso de queja interpuesto por interno del Centro Penitenciario de Zaragoza contra denegación de remisión de copia de los informes técnicos de su expediente penitenciario. Contra la anterior Resolución se interpuso recurso de apelación. La AP de Zaragoza estima el recurso interpuesto, y revoca el auto apelado en el sentido de ordenar la entrega al interno de copia de los informes técnicos solicitados, declarando de oficio las costas de la apelación.

Texto:

En Zaragoza, a veintidós de marzo de dos mil cuatro

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO Por auto de fecha cinco de noviembre de 2003, la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Aragón, con sede en Zaragoza, desestimó el recurso de queja presentado por el interno Carlos Daniel del Centro Penitenciario de Zaragoza.

SEGUNDO Contra dicha resolución se interpuso por el interno recurso de reforma y subsidiaria apelación, siendo desestimada la reforma por auto de fecha dos de diciembre de 2003, designándole Letrado del turno de oficio, presentándose escrito por el Letrado Sr. Rivera Marcos en nombre y representación del interno, formalizando el recurso de apelación interpuesto subsidiariamente, que se admitió a trámite en ambos efectos, y previo emplazamiento de las partes, se elevaron las actuaciones a esta Sección Primera de la Audiencia Provincial.

TERCERO Formado el oportuno Rollo de Apelación -núm. 29/2004-, una vez remitidas las actuaciones, comparecidas las partes, nombrado Magistrado Ponente y cumplido todo lo demás de Ley; se señaló para la votación y fallo del recurso que tuvo lugar el día señalado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO Se solicita por el interno que se le remita copia de los informes técnicos obrantes en su expediente penitenciario y en especial los relativos a su clasificación en segundo grado acordada por resolución de fecha 30 de abril de 2003; a lo que se niega

el Centro Penitenciario por considerar que a) sólo debe notificarse el acuerdo adoptado manteniéndolo en segundo grado y no los informes previos; b) los informes médicos porque dada su condición de paciente podrá pedirlos directamente al médico y no a la Junta de Tratamiento.

Sin embargo como el propio Centro reconoce la Ley 30/92 (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246) , en su artículo 35 otorga el derecho a conocer en cualquier momento, el estado de tramitación de un procedimiento en el que fuera parte un ciudadano y el derecho a obtener copias de los documentos contenidos en ellos.

Por otro lado el artículo 15.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria (RCL 1979, 2382) establece que a cada interno se le abrirá un expediente personal relativo a su situación procesal y penitenciaria del que tendrá derecho a ser informado y para cada penado se formará un protocolo de personalidad. Así mismo, los artículos 4.2 apartados j y k, y 18.1 del Reglamento Penitenciario (RCL 1996, 521, 1522) establecen, por un lado, que los internos tienen derecho a recibir información personal y actualizada de su situación procesal y penitenciaria, así como a utilizar los medios de defensa de sus derechos e intereses legítimos y el artículo 215 determina que los internos tendrán en cualquier caso derecho a ser informados de forma clara y comprensible sobre todo lo referente a su estado de salud, así como a la expedición de los informes que soliciten.

Así mismo se debe significar que dichos internos deben tener la posibilidad de exigir que se les dé traslado, por medio de copia escrita, de los informes y documentos que sobre su situación procesal, penitenciaria y de salud consten en su expediente y puedan ser relevantes para su defensa. Esta posibilidad, conforme a constante criterio jurisprudencial, sólo podrá restringirse cuando consten causas suficientemente acreditadas de peligrosidad o que afecten a la seguridad de los técnicos que han emitido los informes a los que se pide el acceso, o cuando los internos pretendan acceder a información de una forma reiterada o abusiva, ya que los mismos tienen el referido derecho de información con una periodicidad razonable y siempre que se produzca.

Esta amplia regulación del derecho de acceso a los requisitos y archivos públicos se ve reforzada, cuando el contenido de ellos afecta directamente a la esfera jurídica del solicitante, pues en tal caso, ese derecho se convierte en instrumental o medial de otros derechos del titular, en cuanto el conocimiento del contenido de los archivos es medio de ejercicio de ese otro derecho.

Pues bien, como en este caso no concurren circunstancias que impidan acceder a lo pretendido por el interno, no apreciándose peligrosidad en el mismo -nada de ello se deduce del informe emitido por el Centro con fecha 6 de octubre de 2003-, ni razones de seguridad para el Centro o los técnicos y facultativo que emitieron los informes; en aras del derecho de información ya referido y al de defensa del interno- que ve restringida en ese momento su progresión a tercer grado-, procederá acceder a lo solicitado en la forma que se dirá.

SEGUNDO Las costas de esta segunda instancia se declaran de oficio.

VISTOS los artículos de aplicación.

La sala acuerda:

Estimar el recurso de apelación formulado por el Letrado Don Miguel Rivera Marcos, Letrado del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza en nombre y representación de Carlos Daniel, contra el auto de fecha 2 de diciembre de 2003, dictado por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez de Vigilancia Penitenciaria de Aragón, auto que se revoca, y en consecuencia se ordena la entrega al interno copia de los informes técnicos obrantes en el expediente penitenciario del recurrente y en especial de los relativos a su clasificación en segundo grado acordada por resolución de fecha 30 de abril de 2003; de la Junta de Tratamiento y con declaración de oficio de las costas de este recurso.

Devuélvanse las actuaciones de primera instancia al Juzgado de procedencia con certificación de esta resolución, para su ejecución y cumplimiento, debiendo acusar recibo.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. Magistrados del Tribunal.

JUR 2004\163753

Sentencia Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), de 1 marzo 2004

Jurisdicción: Contencioso-Administrativa

Recurso contencioso-administrativo núm. 1490/2001.

Ponente: Ilma. Sra. Dª. Nieves Buisán García.

INSTITUCIONES PENITENCIARIAS: Régimen penitenciario: comunicaciones y visitas: visitas de convivencia: duración temporal: restricción respecto de la duración prevista en el Reglamento Penitenciario mediante circular de centro penitenciario: motivación: inexistencia: limitación improcedente.

Texto:

SENTENCIA

Madrid, a uno de marzo de dos mil cuatro.

La Sala constituida por los Sres. Magistrados relacionados al margen ha visto el recurso

contencioso-administrativo número 1490/2001 interpuesto por Dª. Penélope en

nombre de "Madres Unidas Contra La Droga de Madrid", representada por el Procurador D. José

Luis García Guardia, contra la resolución de Ministerio de Interior de 25 de julio de 2001 por la que

se resuelve no declarar la nulidad de pleno derecho del Apartado Primero de la Instrucción 21/1996,

de 16 de diciembre, de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias. Ha sido parte

demandada en las presentes actuaciones la Administración General del Estado representada por la

Abogacía del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte indicada interpuso, con fecha de 25 de septiembre de 2001, recurso contencioso administrativo del cual, una vez admitido a trámite y reclamado el expediente administrativo, se confirió traslado a dicha parte actora para que formalizase la demanda, lo que llevó a efecto mediante escrito presentado el 4 de enero de 2002 en el que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho

que consideró oportunos, terminó solicitando se dictara sentencia en la que se procediera a " la declaración de nulidad del apartado primero, encabezado con la rúbrica "Normas de seguridad, control y prevención de incidentes relativas a internos muy conflictivos y/o inadaptados" de la Instrucción 21/1996, de 16 de diciembre, de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, sobre refundición de Circulares en materia de régimen y seguridad".

Como primer otrosí digo se solicita "la declaración de nulidad del Art. 93.1.6ª del Reglamento Penitenciario que prevé un tratamiento genérico en cuanto contraviene el artículo 62 de la LOGP que establece la necesidad de un tratamiento individualizado, o en su caso la inaplicación del mismo, al amparo del Art. 6 LOPJ, de lo cual deriva la nulidad de las disposiciones adoptadas en su virtud".

SEGUNDO.- El Abogado del Estado contestó la demanda mediante escrito presentado el 15 de abril de 2002 en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, solicitó se dictara sentencia en la que se desestimara el recurso, confirmando íntegramente la resolución impugnada, por ser ésta conforme a Derecho.

TERCERO.- Acordado el recibimiento del pleito a prueba mediante Auto de 2 de julio de 2002, se practicaron las pruebas documentales y testificales propuestas y admitidas con el resultado que consta en las actuaciones. No habiéndose solicitado la celebración de vista pública, se dio traslado a las partes para que formularan sus conclusiones, trámite que evacuaron por su orden.

CUARTO.- Fijada inicialmente fecha para votación y fallo, se suspendió el término para dictar sentencia al haberse acordado para mejor proveer determinadas diligencias que debía practicar la Dirección General de Instituciones Penitenciarias.

Recibido el correspondiente oficio de dicha Dirección General, y dada vista a las partes por el término de tres días, se fijó finalmente para votación y fallo el día 24 de febrero de 2004, fecha en que tuvo lugar tal deliberación y votación, habiendo sido

Ponente la Ilma. Magistrada D^a. Nieves Buisán García, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone el presente recurso contencioso-administrativo por doña Penélope , en nombre y representación de "Madres Unidas contra la Droga de Madrid" contra la resolución del Ministerio del Interior de 25 de julio de 2001 por la que se resuelve no declarar la nulidad de pleno derecho del Apartado Primero de la Instrucción 21/1996, de 16 de diciembre, de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias.

La parte actora sustenta la pretensión impugnatoria de la demanda, en las siguientes consideraciones:

El Reglamento Penitenciario, aprobado por Real Decreto 190/1996, en su apartado 6 del Art. 93, prevé un modelo de intervención y programas genéricos de tratamiento ajustados a las necesidades regimentales, que contraviene los artículos 62 y 63 de la LOGP, en cuanto determinan, como principios inspiradores del tratamiento penitenciario, que éste sea individualizado, contraviniendo asimismo el Art. 10 de dicha Ley General Penitenciaria, a cuyo tenor el régimen cerrado tiene carácter excepcional y temporal, y debe aplicarse siempre por resolución motivada, por lo que se postula su ilegalidad.

La Instrucción 21/1996 ahora impugnada, prevé la creación de un Fichero de Internos de Especial Seguimiento (FIES), que incluye distintos grupos en atención a los delitos cometidos, repercusión social, pertenencia a bandas organizadas u otros factores. Es frecuente la "superposición" de las normas de los dos apartados, A y B, del ordinal 1 de la Instrucción respecto de las mismas personas, y así la totalidad de FIES 1 se encuentran confinados en los denominados "Departamentos especiales", sometidos a un absoluto aislamiento, por lo que se les impone un régimen de vida no previsto ni en la Ley General Penitenciaria, ni en ninguna de sus disposiciones reglamentarias.

En definitiva la Instrucción 21/1996 crea un régimen cerrado dentro del régimen cerrado ya configurado reglamentariamente, un estatuto de derechos y deberes más restrictivo que el regulado en la normativa penitenciaria para tal régimen cerrado, con vulneración de los principios de jerarquía normativa y de legalidad.

En concreto el apartado 1 de la referida Instrucción 21/1996 lesiona los derechos fundamentales, y contraviene las normas, que se exponen a continuación:

El derecho al secreto de las comunicaciones (Art. 18.3 CE) y derecho a la intimidad personal y familiar, pues a pesar de lo preceptuado en el Art. 51 LGP, el apartado A.4.1 de la Instrucción regula la intervención de las comunicaciones de modo que convierte en estéril cualquier intento de comunicación escrita con el exterior, y ello porque el plazo de quince días que se concede a la Coordinación de Seguridad se convierte en la práctica en un mes.

Si bien las comunicaciones telefónicas, según el Art. 47.4 del Reglamento Penitenciario, se efectuaran con una frecuencia máxima de cinco por semana, la Instrucción, en su apartado B.1.A. 13, limita la frecuencia a dos por semana.

En cuanto a las llamadas visitas de convivencia, si bien el Art. 45.6 del Reglamento Penitenciario fija una duración máxima de 6 horas, sin embargo el apartado B.1.A. 13, sin ninguna justificación, prevé una duración máxima de tres horas.

Vulneración del derecho a recibir libremente información veraz (Art. 20 CE) y a acceder a la cultura y al desarrollo integral de la personalidad (Art. 25.2 CE):

La Norma A.4.3 establece el envío a la Coordinación de Seguridad de todas las revistas, periódicos y libros que carezcan de depósito legal o que, aun teniéndolo, atenten contra la seguridad del establecimiento. Por lo que para los presos incluidos en el FIES no es necesario la " resolución motivada del equipo de observación y tratamiento del establecimiento" a que se refiere el Art. 58 de la LGP para limitar el derecho a la información y la cultura. Además la Norma B.1.A) 6 limita a dos el número de libros de lectura, revistas y/o periódicos que puede tener el interno, norma ilegal e inconstitucional, máxime cuando la lectura es la única actividad a que se puede dedicar una persona que pasa 21 horas al día en solitario en una celda.

Asimismo la Norma B.1.A). 13 dispone que el uso de la televisión queda sometido a posible "limitación expresa, mediante resolución motivada de la Junta de Tratamiento, basada en razones de seguridad, buen orden del centro o exigencias de tratamiento", limitación muy frecuente en la práctica, cuya crueldad solo puede comprenderse a la luz de la situación de aislamiento que viven los presos en tal régimen.

Violación del derecho a la integridad física y moral (Art. 15 CE) y derecho a la intimidad personal (Art. 18.1 CE):

A pesar de lo preceptuado en el Art. 23 de la LGP y en le Art. 93.2 de su Reglamento, que refiere registro y cacheo diarios, el apartado B.1.A). 2 de la Instrucción dispone que todos los internos serán cacheados a la entrada y salida de las celdas, y dado que el interno entra y sale de la celda cuatro veces al día, ello implica la práctica sistemática de, cómo mínimo, cuatro cacheos diarios, lo que supone una forma de presión y tortura psicológica.

Por otra parte, la norma B.1.A). 3 establece que cuando los funcionarios hagan acto de presencia y el interno se encuentre en la celda, éste deberá colocarse en el fondo de la misma, con las manos visibles, exigencia no prevista ni legal ni reglamentariamente y que diversas resoluciones judiciales, de Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, han estimado no ajustada a derecho.

Asimismo la norma B.2 hace referencia a las denominadas "nocturnas" que, tal y como se regulan en la Instrucción implican un control total que, en los niveles descritos, carece de cobertura legal y reglamentaria.

Todas estas medidas contribuyen a generar en quienes las sufren un gran sentimiento de desprotección y vulnerabilidad, que no está justificado, y que cae en el ámbito de los llamados tratos inhumanos y degradantes al acarrear una sensación de control permanente, de carencia de intimidad personal.

Derecho al desarrollo integral de la personalidad (Art. 25.2 CE):

La Norma B.2 señala que cuando sea necesario que los internos compartan celda, en ningún caso se ubicará a dos de ellos en la misma, e igualmente no se asignarán a éstos celdas contiguas. Ello excede de lo previsto en el Art. 93 del Reglamento, y supone, en realidad, que como en los departamentos especiales están destinados los presos denominados conflictivos, estos nunca compartan celda ni tengan siquiera la posibilidad de hablar a gritos con quienes ocupan celdas contiguas.

De la norma B.1.a) 14 resulta que el preso desayuna, come y cena solo en su celda, y se le facilita la comida a través de un "pasa bandejas" sin abrir la puerta de seguridad, por lo que no existe el más mínimo contacto personal con otro ser humano.

Así mismo deben citarse los cacheos de alimentos por el funcionario antes de ser entregados al preso (B.1.A 14 y B.1.B.8), los cambios periódicos de celda, la limitación al máximo existencial de ropas y enseres que el preso puede tener en su celda (B.1.A.6 y B.1.B.8).

Queda de manifiesto el total aislamiento en que se desarrolla la vida de un preso sometido a dicho régimen de vida contrario al principio inspirador de las penas privativas de libertad, cual es el de la reinserción social, tal y como resulta de los Art. 25.2 CE, 1 LOGP y 2 del Reglamento Penitenciario,

Puesto que las medidas previstas en la Instrucción suponen una restricción de derechos, ello solo puede realizarse de manera individualizada, motivadamente, con una duración determinada, pues la función garantista y de tutela efectiva sobre la ejecución de las penas privativas de libertad corresponda al Juez de Vigilancia, y no a la Administración Penitenciaria (Art. 117.3 CE).

Por otra parte, el carácter interno que se atribuye a Instrucciones y Circulares cuya eficacia no esté condicionada a su publicación, impide que mediante una norma no publicada se modifique, limite y contradiga lo legal y reglamentariamente dispuesto.

Viola además la Instrucción impugnada el principio de reserva material de Ley (Art. 25.2 en relación con el 53.1 de la Constitución), al contravenir lo dispuesto en la LGP por una disposición de ínfimo rango que no puede justificarse en la relación de sujeción especial

Se concluye que la realidad de los departamentos especiales y centros cerrados y del régimen padecido por quienes los habitan, que se describe en el Art. 93 del Reglamento Penitenciario, es superado por la repetida Instrucción 21/96, y se citan los Autos de la Audiencia Provincial de Madrid de 20 de enero y 18 de junio de 1999 que se aportan como documentos nº 5 y 6, las reuniones anuales de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria, la Memoria del la Fiscalía General del Estado de 15-9-1993 y los Autos de Juzgados de Vigilancia Penitenciaria de 31-8-93 del nº 1 de Castilla-León y de 20-10-95 del nº 3 de Madrid.

SEGUNDO.- La acción ejercitada en el presente recurso contencioso, frente a la referida Resolución del Ministerio del Interior de 25 de julio de 2001, lo es a tenor de lo

previsto en el artículo 102.2 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, que permite la revisión de oficio de disposiciones administrativas en los supuestos del artículo 62.2 de la misma: cuando vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, regulen materias reservadas a la Ley, y establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.

La Instrucción 21/1996, de 16 de diciembre (cuya nulidad no se declara en la referida Resolución administrativa impugnada), expresamente dispone que fue dictada en cumplimiento de lo establecido en la Disposición Transitoria Cuarta del Reglamento Penitenciario aprobado por Real Decreto 190/1996 de 9 de febrero cuyo apartado 1 establece que "Se procederá a la refundición, armonización y adecuación a lo dispuesto en el reglamento penitenciario de las circulares, instrucciones y ordenes de servicio dictadas por los órganos directivos de la Secretaría de estado de Asuntos Penitenciarios antes de la entrada en vigor del mismo".

Tal Instrucción 21/1996 consta de tres apartados: el 1 se refiere a "Normas de seguridad, control y prevención de incidentes relativos a internos muy conflictivos y/o inadaptados", el 2 a "Normas de seguridad, control e intervención de los accesos y otras dependencias, relativas a personas y medios materiales" y el 3 a "Prevención de suicidios".

A su vez el apartado 1, que es el impugnado en este recurso, se subdivide en A. "Normas de seguridad relativas a internos incluidos en el fichero de internos de especial seguimiento (FIES)", y en B. "Normas de régimen cerrado, de control y prevención de incidentes", siendo dicho subapartado B aquel al que se ciñen la casi totalidad de las quejas de la demanda (todas excepto dos, una referida a "comunicaciones escritas" y otra a "revistas, periódicos, libros", como más adelante veremos).

Pues bien, tal subapartado o norma B "Normas de régimen cerrado, de control y prevención de incidentes", señala, al comenzar, que nuestro sistema penitenciario establece tres tipos de regímenes: cerrado, ordinario y abierto, y que el régimen cerrado, considerado el más restrictivo y riguroso, regulado en el artículo 10 de la LOGP y desarrollado en los artículos 89 a 98 del Reglamento Penitenciario, se caracteriza por una limitación de las actividades en común y por la exigencia e intensidad de medidas de seguridad, orden y disciplina. Ello no obstante, no debe suponer merma en las actividades tratamentales que propicien cambios sustanciales en la conducta y personalidad de estos internos, autores de gravísimos delitos contra la vida, libertad o integridad de otros reclusos o funcionarios, que aparecen incapacitados para el desarrollo de una convivencia normal y ordenada, y cuya energía desestabilizadora genera una conflictividad tan intensa como persistente.

Para ello es necesario la regulación de una normativa complementaria de los artículos 89 y siguientes del Reglamento Penitenciario (continúa la misma Instrucción), donde la rigidez en las normas y controles les impida poner en peligro bienes jurídicos esenciales de la comunidad penitenciaria.

Lo anterior es importante no solo para centrar la controversia, sino sobre todo para evidenciar que la repetida Instrucción 21/1996 reglamenta, dentro de una situación

excepcional (o de especial sujeción), como es la situación penitenciaria, una situación todavía más extraordinaria, cual es la de los internos especialmente conflictivos y peligrosos, autores de gravísimos delitos contra la vida, libertad o integridad de otros reclusos o funcionarios, régimen especialísimo que, precisamente por su gravedad, requiere un tratamiento complementario y autónomo respecto al régimen general, y que en cualquier caso deberá aplicarse, según se expresa también en el encabezamiento de la misma Circular, permitiendo compatibilizar de un lado, la seguridad de los Establecimientos y del personal penitenciario e internos y, de otro, el respeto a la dignidad de los internos, familiares y demás personas ajenas a la Institución.

En definitiva dicha Circular, tal y como refiere el Auto de la Sección 5ª de lo Penal de la Audiencia Provincial de Madrid de 9 de febrero de 2001 (apelación 583/2000), seguido por el de la misma Audiencia y Sección de 11 de enero de 2002, se integra entre los denominados por la doctrina «reglamentos administrativos o de organización», dictados en el marco de relaciones de «supremacía especial», en los que la Administración tiene un mayor poder de disposición. A diferencia de las relaciones de supremacía general, que unen normalmente al Estado con cualquier ciudadano, cuando la relación que une al administrado con la Administración es más intensa y especializada, con ciudadanos en una situación de sujeción especial (prestación del servicio militar, prestación de trabajo como funcionario público, o cumplimiento de penas en un centro penitenciario), la Administración titular del servicio público cuenta con poderes adicionales y, a su vez, el administrado (soldado, funcionario o interno en centro penitenciario) tiene obligaciones especiales. De ahí que la potestad de autodisposición que la Administración ejercita al operar sobre su propia organización (y derivadamente sobre quienes con la misma están conectados) se traduce en una libertad muy amplia en dicho ejercicio, aunque no exenta de las limitaciones propias del poder reglamentario: jerarquía normativa, interdicción de la arbitrariedad, irretroactividad, inderogabilidad singular, entre las más significativas. Ciertamente es que la potestad reglamentaria de la Administración, aun en esos casos, está limitada en cuanto a la esfera de libertad privada del individuo sometido a esa sujeción especial, por lo que se ha distinguido por la doctrina entre la «relación básica» de sometimiento indisponible por la Administración y las «relaciones de funcionamiento», sobre las que es posible reconocer una libertad de disposición a la Administración a través de sus reglamentos organizativos. Y, respecto a la consideración de las personas reclusas en un centro penitenciario dentro de las «relaciones de sujeción especial, ha sido reconocida expresamente por nuestro Tribunal Constitucional» (SSTC 2/1987, de 21 de enero, F. 2 y 4, 120/1990, de 27 de junio, F. 6, 129/1995, de 11 de septiembre, F. 3, 60/1997, de 18 de marzo, F. 1, entre otras, recogidas en la más reciente 175/2000), al decir que «el interno se integra en una institución preexistente que proyecta su autoridad sobre quienes, al margen de su condición común de ciudadanos (y como) consecuencia de la modificación de su "status libertatis", adquieren el estatuto específico de individuos sujetos a un poder público, que no es el que, con carácter general, existe sobre el común de los ciudadanos».

TERCERO.- Comenzando por la impugnación que de la creación del Fichero de Internos de Especial Seguimiento (FIES) se denuncia genérica y vagamente en la demanda, basta señalar que tal creación y mantenimiento, según resulta de la lectura de los subapartados A.1 (Regulación del fichero) y A.2 (Características necesarias para la inclusión en los distintos grupos) del apartado 1 de la Instrucción de tanta cita, se adecua a las exigencias del artículo 6.1 del Reglamento Penitenciario, a cuyo tenor «ninguna

decisión de la Administración penitenciaria que implique la apreciación del comportamiento humano de los reclusos podrá fundamentarse, exclusivamente, en un tratamiento automatizado de datos o informaciones que ofrezcan una definición del perfil o de la personalidad del interno»; y también a lo preceptuado el mismo artículo 6, en su apartado 2, según el cual «la recogida, tratamiento automatizado y cesión de los datos de carácter personal de los reclusos contenidos en los ficheros informáticos penitenciarios se efectuará de acuerdo con lo establecido en la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre (actual LO 15/199, de Protección de Datos) y sus normas de desarrollo».

Creación de archivos cuya conformidad a derecho ya ha sido declarada por el Auto de la Audiencia Provincial referido en el fundamento jurídico anterior, tras estudiar minuciosamente la cuestión y a cuyas consideraciones nos remitimos y que, en cualquier caso, resulta justificada con la declaración programática que contiene la Instrucción, en cuanto a la necesidad de conocer las intervenciones de determinados grupos de internos y ejercer un control adecuado frente a fórmulas delictivas complejas y potencialmente desestabilizadoras del sistema penitenciario, y teniendo en cuenta que la propia Circular examinada restringe la recopilación de datos a la «situación penal, procesal y penitenciaria» de los internos afectados, lo que constituye un legítimo ejercicio de las facultades contempladas en la Ley Orgánica de Protección de Datos y en el Reglamento Penitenciario. Además, tales datos pueden aportar elementos necesarios para adaptar el tratamiento penitenciario a la personalidad criminal del interno, y más aún cuando la propia Ley Orgánica General Penitenciaria hace referencia en su artículo 62. b) al resumen de la actividad delictiva del interno y de todos los «datos ambientales, ya sean individuales, familiares o sociales» del mismo, entre los que pueden perfectamente incluirse todos los mencionados en la Circular: filiación, penales y procesales, penitenciarios, incidencias protagonizadas, actividad delictiva y comunicaciones con el exterior, máxime cuando la repetida Instrucción especifica que el hecho de estar incluido en la base de datos en ningún caso puede servir para prejuzgar la clasificación de los internos, vedar su derecho al tratamiento o fijar un sistema de vida distinto a aquel que reglamentariamente le venga determinado.

Fichero automatizado en cuya elaboración, por otra parte, han sido cumplidas las prescripciones legales, ya que, según resulta de las diligencias acordadas para mejor proveer, su creación se llevó a cabo mediante disposición general (Orden de 26 de julio de 1994 por la que se regulan los ficheros de datos de carácter personal gestionados por el Ministerio del Interior incluidos, según se señala en dicha Orden, en el ámbito de aplicación de la LORTAD y sometidos al régimen general de la misma), que fue publicada en el BOE de 27 de julio de 1994, en cuyo Anexo se describe el responsable de dicho FIES, su finalidad y usos, el colectivo del que se pretende obtener datos, el procedimiento de recogida de datos, la estructura básica del fichero, descripción de datos incluidos en el mismo y el órgano ante el que pueden ejercitarse los derechos de acceso, rectificación y cancelación, dando así cumplimiento a lo dispuesto tanto en el artículo 18 de la antigua LORTAD, como en el artículo 20 de la vigente LO 15/1999 de Protección de Datos

CUARTO.- Por lo que se refiere, en concreto, a la vulneración que de determinados preceptos de la Ley o Reglamento Penitenciarios, y a la vez de determinados derechos fundamentales, se sostiene en la demanda, es importante poner de manifiesto, previamente al análisis separado de cada una de dichas eventuales vulneraciones, que

la acción ahora ejercitada es la de nulidad de pleno derecho de la Instrucción impugnada (concretamente de su apartado 1), en los casos previstos en el artículo 62. 2 de la Ley 30/92, esto es, o bien por lesión de la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, o bien porque regule materias reservadas a la Ley, o bien porque establezca la retroactividad de disposiciones restrictivas de derechos, más sin que sea ahora posible enjuiciar la aplicación práctica o individual que, en un determinado centro penitenciario o respecto de un determinado interno, pueda llevarse a cabo de la repetida Instrucción, aplicación concreta frente a la que el recluso, si la considera abusiva o especialmente aflictiva, siempre podrá formular la correspondiente petición o queja ante el Director del establecimiento (artículo 50 de la LGP) y, en su caso, recurrir ante el Juez de Vigilancia (artículo 76 y siguiente de la LGP).

Comenzando por la reiterada argumentación de la demanda de que la Circular de tanta cita lesiona el principio de legalidad del artículo 25 de la Constitución, de un lado la invocación que del apartado 1 de dicho artículo 25 CE se efectúa no resulta muy afortunada, pues no estamos ahora enjuiciando delitos ni faltas ni tampoco infracciones administrativa (infracciones disciplinarias, que respecto del régimen penitenciario, se regulan en el Art. 42 de la LOGP), sino una Instrucción que contiene normas sobre seguridad, control y prevención de incidentes de un determinado tipo de internos (muy conflictivos y/o inadaptados).

Pero es que además la vulneración que del apartado 2 del mismo artículo 25 CE asimismo se denuncia en la demanda, tampoco puede ser tomado en consideración por esta Sala, ya que el Tribunal Constitucional, según constante jurisprudencia, no admite que el principio de resocialización de las penas pueda ser invocado en amparo por vía de dicho artículo 25.2 de la Constitución, al considerar que tal precepto no contiene un derecho fundamental, sino una orientación que debe guiar la política penitenciaria del estado (SSTC 2/1987 FJ 2; 28/1988 FJ 2 y AATC 1112/1988 y 360/1994).

Respecto al derecho al secreto de las comunicaciones (Art.18.3 CE), es consolidada la doctrina del Tribunal Constitucional (Sentencia 1194/2002 F.6) según la cual tal secreto de las comunicaciones de que puede gozar una persona interna en un centro penitenciario viene determinado, no sólo por lo dispuesto en el Art. 18.3 CE sino también, y primordialmente, por el Art. 25.2 CE, precepto que en su inciso segundo establece que el condenado a pena de prisión que estuviera cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la Ley penitenciaria.

El artículo 51.1 LOGP permite la intervención de las denominadas comunicaciones genéricas por razones de seguridad, interés del tratamiento y del buen orden del establecimiento, configurándose tales supuestos, por lo tanto, como causas legítimas para ordenar la intervención de las comunicaciones de un interno. Y en cuanto a los requisitos que deben cumplir los Acuerdos o medidas de intervención de las comunicaciones genéricas, junto a la exigencia de motivación y de dar cuenta a la autoridad judicial competente que impone el Art. 51.5 LOGP, así como la de notificación al interno afectado que establecen los Art. 43.1 y 46.5 RP de 1996, el Tribunal Constitucional ha añadido la necesidad de preestablecer un límite temporal a la medida

de intervención (SSTC 200/1997, de 24 de noviembre, F. 3; 188/1999, de 25 de octubre, F. 5 y 175/2000, de 26 de junio, F. 3).

Pues bien, conforme a dicha doctrina constitucional, lo cierto es que la regulación de las comunicaciones escritas del apartado A.4.1 de la Instrucción (que, según la demanda, convierte en estéril cualquier tipo de comunicación con el exterior, dado el plazo que en ella se concede a la Coordinación de Seguridad) ninguna vulneración legal ni constitucional causa, si la misma se pone en relación con párrafo anterior de dicho apartado A.4 donde expresamente se prevé que " cuando existan razones de seguridad, interés del tratamiento y del buen orden del Centro, se procederá en la forma establecida reglamentariamente a intervenir las comunicaciones de éstos. La intervención debe ser motivada y justificada en atención a las circunstancias concurrentes en el afectado y delimitada temporalmente, todo ello de conformidad con el criterio fijado por el Tribunal Constitucional en la sentencia 170/96 de 29 de octubre.

Los responsables del Centro adoptarán las medidas oportunas para que el contenido de estas comunicaciones sólo tenga acceso el Funcionario encargado de la Unidad, sin que en ningún caso pueda hacerse publico, ser difundida o llegar a personas no autorizadas".

Así pues, tal regulación se adecua a lo previsto en el artículo 51 de la Ley General Penitenciaria anteriormente citado, que es el que dispone tal derecho de comunicación escrita de los internos, que exige el respeto al máximo de la intimidad, pero prevé expresamente la posibilidad de restricciones " impuestas por razones de seguridad e interés de tratamiento y el buen orden del establecimiento", razones de seguridad y buen orden del centro que concurren en el caso y que convierten en justificada (siempre que además se motive, se delimite temporalmente y se observe la doctrina del Tribunal Constitucional anteriormente esbozada) la intervención de las comunicaciones prevista en el referido apartado de la Instrucción. En definitiva, la intervención tiene sentido cuanto lo que se trata de conseguir es que el preso no mantenga aquellos lazos que originaron y fueron causa de su comportamiento delictivo, justificación y garantías las anteriormente previstas que se ajustan a la normativa penitenciaria y que excluyen la vulneración de los derechos fundamentales de los Art. 18.3 y 18.1 CE aducida en la demanda.

Las comunicaciones telefónicas, que el apartado B.1.A).13 limita a dos por semana, es asimismo conforme con lo previsto en el artículo 47.4 del Reglamento Penitenciario (que dispone que se efectuaran con una frecuencia máxima de cinco llamadas por semana, se celebrarán en presencia de un funcionario y no tendrán una duración superior a cinco minutos), y ello puesto que el referido apartado B.1.A).13 dice textualmente que se podrán autorizar, con carácter general, dos comunicaciones telefónicas a la semana, lo que implica que sin perjuicio de que generalmente, y en la mayoría de los casos, sean dos las llamadas telefónicas semanales de los presos a los que se aplica la Instrucción, con carácter especial o individual, o en el caso de concurrir determinadas circunstancias, es posible autorizar mas de dos llamadas telefónicas a la semana (y hasta un máximo de cinco).

QUINTO.- El mismo apartado B.1.A 13, señala que "Respecto de las visitas de convivencia en locales o recintos adecuados, su duración máxima será de 3 horas".

Tales visitas de convivencia se regulan con carácter general en el artículo 45.6 del Reglamento Penitenciario cuyo tenor literal es el siguiente: "Se concederán, previa solicitud del interesado, visitas de convivencia a los internos con su cónyuge o personas ligada por semejante relación de afectividad e hijos que no superen los diez años de edad. Estas comunicaciones, que serán compatibles con las previstas en el Art. 42 (comunicaciones orales) y en los apartados 4 (comunicaciones intimas) y 5 (con familiares y allegados) de este articulo, se celebrarán en locales o recintos adecuados y su duración máxima será de seis horas".

Es cierto que según reiterada doctrina constitucional (SSTC 36/1982, 314/1991, 371/1993 y 57/1994, entre otras muchas) la comunicación familiar no es un derecho absoluto, como no lo son ninguno de los derechos constitucionalmente protegidos, pudiendo ser limitado o condicionado su ejercicio. La privación de libertad que conlleva toda pena impuesta dificulta e incluso impide el ejercicio de algunos de los derechos reconocidos al resto de los ciudadanos que no se encuentran en dicha situación. Así, la separación y el alejamiento del preso de la vida familiar y cultural son consecuencia inevitable de la prisión, pero debemos recordar que no por ello se le priva de sus relaciones familiares, aunque estas lógicamente estén limitadas al ejercicio de los derechos de visita y de comunicación previstos y regulados en la legislación penitenciaria.

En el presente caso, nos hallamos ante una disposición que restringe la duración máxima de seis horas que el Reglamento Penitenciario prevé para las llamadas visitas de convivencia, fijando dicha duración máxima en tres horas, sin argumentación ni justificación ninguna para ello. En definitiva, se limita de manera injustificada (e innecesariamente dolorosa para el interno), y sin ninguna motivación, la duración temporal de tal derecho a las visitas de convivencia. Esta Sala no acierta a comprender la razón de dicha restricción, no obstante el carácter de especialmente peligrosos y/o inadaptados de los reclusos a los que se aplica la Instrucción, dado que dichas visitas lo son del cónyuge o conviviente y de los hijos menores de diez años, personas cuya negativa influencia sobre el preso, o sobre la seguridad u orden del establecimiento no parece evidente. Consideramos, por ello, que tal disposición constituye una intromisión ilegítima en la intimidad familiar del interno, carente de razonabilidad, por lo que dicho inciso del referido apartado B.1.A 13 de la instrucción 21/1996, efectivamente es nulo de pleno derecho por cuanto contraviene, sin justificación ni motivación alguna, lo preceptuado en el artículo 45.6 del Real Decreto 190/1996, en relación con el artículo 51.1 de la Ley General Penitenciaria.

SEXTO.- Asimismo se entienden lesionados los derechos a recibir información veraz (artículo 20. d CE) y al acceso a la cultura y al desarrollo integral de la personalidad (artículo 25.2 CE) por los siguientes apartado de la Circular:

La Norma A.4.3 en cuanto preceptúa el envío a la Coordinación de Seguridad de todas las revistas, periódicos y libros que carezcan de depósito legal o que, teniéndolo atenten contra la seguridad del establecimiento.

La Norma B.1.A).6 por cuanto limita a dos el número de libros de lectura, revistas y/o periódicos que puede tener el interno.

Y la Norma B.1.A) 13 por cuanto el uso de la televisión queda sometido a posible "limitación expresa," limitación muy frecuente en la práctica.

De un lado, y en este último caso, según resulta del mismo inciso B.1.A) 13, la limitación del uso de la televisión ha de motivarse mediante resolución de la Junta de Tratamiento, basada en razones de seguridad, buen orden del centro o exigencias de tratamiento, por lo que la posibilidad de restringir tal derecho se halla suficientemente garantizada.

De otra parte, y con carácter general, es el artículo 58 de la LGP el que establece el derecho de los internos a disponer de libros, periódicos y revistas de libre circulación en el exterior " con las limitaciones que, en casos concretos, aconsejen las exigencias de tratamiento individualizado, previa resolución motivada del equipo de observación y tratamiento del establecimiento", así como a estar informados a través de audiciones radiofónicas, televisivas y otras análogas. Pronunciándose en términos muy similares el Art. 128.1 del Reglamento Penitenciario, que añade en su apartado 2 que " En todo caso, no se autorizará la tenencia en el interior de los establecimientos de publicaciones que carezcan de depósito legal o pie de imprenta, así como las que atenten contra la seguridad y buen orden del establecimiento".

Asimismo preceptúa el artículo 93.5º del Reglamento Penitenciario que " El Consejo de Dirección elaborará las normas de régimen interior sobre... disposición de libros, revistas, periódicos y aparatos de radio y televisión".

En definitiva, pues, y dado que el acceso a libros, revistas y televisión se halla sometido a limitaciones, tales limitaciones legales y reglamentarias que son precisamente las que se establecen en la Instrucción, máxime cuanto, según señala el Tribunal Constitucional en el Auto 79/99 de 8 de abril, el acceso a la cultura es de contenido tan amplio, que se puede materializar a través de múltiples medios legales existentes al efecto y cuya difusión está permitida por las leyes y reglamentos.

Añadir, para concluir, que en lo que al derecho a recibir información veraz se refiere (Art. 20.1 d) CE), se trata de un derecho dirigido a los ciudadanos en general al objeto de que puedan formar sus convicciones, ponderando opiniones divergentes, e incluso contradictorias, para que puedan participar así en la discusión relativa a asuntos públicos (STC 220/1991), pero tal derecho no supone obviamente la correlativa obligación de toda persona física o jurídica de suministrar información de cualquier tipo a todo el que la solicite (ATC 560/1983).

SEPTIMO.- Se consideran igualmente lesivos del derecho a la integridad física y moral (Art. 15 CE) y del derecho a la intimidad personal (Art. 18.1 CE) varios de los apartados de la Circular.

Los denominados "tratos inhumanos o degradantes" proscritos en el artículo 15 de la Constitución, en el concreto ámbito penitenciario, han sido objeto de una abundante doctrina del Tribunal Constitucional, que ha dicho que para apreciar su existencia es necesario que:

"Estos acarreen sufrimientos de una especial intensidad o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada una condena" (SSTC 65/86, de 22 de mayo; 89/87, de 3 de junio y 150/91, de 4 de julio, entre otras), pues la calificación de una pena como inhumana o degradante depende de su ejecución y de las modalidades que revista, de forma que por su propia naturaleza la pena no acarree sufrimientos de una especial intensidad o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcancen un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la simple imposición de la condena.

Con estas premisas puede afirmarse que la privación de libertad que conlleva el cumplimiento de una condena, el aislamiento de los presos en celdas, o el cumplimiento de la condena en centros penitenciarios que no se ajustan a los deseos y expectativas de los internos, son limitaciones que, practicadas con las garantías que para su imposición y aplicación establece la legislación penitenciaria vigente, no pueden considerarse como trato inhumano o degradante, y por lo tanto no vulneran ni el Art. 15 de la Constitución, ni tampoco el Art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, aplicable por disposición del Art. 10.2 CE.

Entiende la demanda que además de constituir tratos inhumanos y degradantes, contraviene la normativa penitenciaria la previsión contenida en el apartado B.1.A). 2 de la Instrucción, del que se desprende que, como el interno entra y sale de la celda cuatro veces al día, ello implica la práctica sistemática de, como mínimos, cuatro cacheos diarios.

Esta Sala no aprecia vulneración legal ninguna en dicho apartado de la Instrucción. Si bien su tenor literal es que "Todos los internos serán cacheados, tanto a la entrada como a la salida de sus respectivas celdas", preceptuando el artículo 93.1.2ª del Real Decreto 190/1996 (de conformidad con el artículo 23 de la Ley General Penitenciaria) que "Diariamente deberá practicarse registro de las celdas y cacheo de los internos", lo cierto es que el termino "diariamente" que utiliza el precepto reglamentario no puede identificarse con una vez al día como máximo, sino, en todo caso, con una vez al día como mínimo, por lo que la disposición cuestionada tampoco contraviene la normativa penitenciaria.

Los mismos derechos fundamentales se entienden también infringidos por la norma B.1.A) 3. en relación con la norma B.2 a cuyo tenor, y cuando los funcionarios hagan acto de presencia en la celda, el interno deberá colocarse en el fondo de la misma con las manos visibles.

Se regula ésta medida de seguridad, al igual que la anterior, en el artículo 68 del Reglamento Penitenciario. Ambas requieren tomar en consideración el colectivo al que van destinados tales controles y cacheos (internos muy conflictivos y/o inadaptados, autores de gravísimos delitos contra la vida, libertad o integridad de otros reclusos o funcionarios) a fin de otorgar justificación y razonabilidad a tales especiales cautelas, siempre, claro está, que se ajusten en su contenido y práctica a las previsiones del artículo 71 de dicho Real Decreto 190/1996, que preceptúa que han de regirse por los principios de necesidad y proporcionalidad y llevarse siempre a cabo con el respeto

debido a la dignidad y a los derechos fundamentales, especialmente las que se practiquen diariamente sobre las personas.

La norma B.2 (control de internos considerados conflictivos y/o peligrosos) en su parte final, también impugnada en la demanda, hace referencia a las denominadas "nocturnas". La regula la Instrucción señalando que " respetando la dignidad del interno y las horas de descanso nocturno (Art. 77.2) deberán llevarse a cabo con la periodicidad que se considere adecuada, en función de los distintos tipos de régimen, cuidándose cuando se trate de internos con asignación del régimen cerrado, que se encuentren incluidos en ficheros de especial seguimiento o considerados conflictivos, que éstas se realicen con un intervalo no superior a una hora. Su realización y las novedades que pudieran producirse, deberán ser registradas en un libro destinado a tal fin"

Es cierto que la regulación de tales nocturnas planteó en un primer momento dudas sobre su legalidad a esta Sala dado que tanto el Art. 25 de la Ley General Penitenciaria como el Art. 77.2 de su Reglamento, garantizan, en cualquier caso, ocho horas de descanso nocturno.

No obstante y una vez remitido a la misma el oficio del Director General de Instituciones Penitenciarias acordado como diligencia para mejor proveer, en el que se explicaba que dichas nocturnas tienen por finalidad comprobar el adecuado estado físico de la prisión: barrotes, puertas, techos, suelos, ventanas.. y que en cuanto al modo de materializarse respecto de las celdas donde se encuentran los reclusos, consisten en comprobar tanto desde el exterior, a través de los patios u otras dependencias externas, como desde el interior, mediante controles y paseos por los pasillos a cuyos lados se sitúan las celdas, que ninguno de los elementos de seguridad de las mismas han sido alterados (puerta, cerrojos, ventanas, rejas), concluimos la conformidad a derecho de la regulación que la Circular efectúa de tales nocturnas (denominadas requisas cuando se efectúan de día), no sólo por la obligación expresamente contemplada en dicha Instrucción de respetar, en todo caso, las ocho horas de descanso nocturnos, sino además porque dada su finalidad y modo de practicarse, no implican necesariamente un obstáculo a dicho descanso nocturno legalmente previsto.

OCTAVO.- La Norma B.2, inmediatamente antes de dichas nocturnas, señala que cuando sea necesario que los internos compartan celda, en ningún caso se ubicará a dos de ellos en la misma, e igualmente no se asignarán a éstos celdas contiguas. Ello, según la demanda, contraviene el derecho al desarrollo integral de la personalidad (Art. 25.2 CE), excede de lo previsto en el Art. 93 del Reglamento, y supone, en realidad, que como en los departamentos especiales a que se refiere la Circular los presos nunca comparten celda, se hallan totalmente aislados sin posibilidad, siquiera, de hablar a gritos con quienes ocupan celdas contiguas. Preceptos ambos (legal y constitucional) que asimismo se entienden lesionado por la norma B.1.a) 14 a cuyo tenor, y como el preso desayuna, come y cena solo en su celda, se le priva del más mínimo contacto personal con otro ser humano.

Ya hemos apuntado con anterioridad, en cuanto al principio constitucional contenido en tal Art. 25.2 de la CE, que el fin de reinserción social y de reeducación que debe regir en todo cumplimiento de la pena y por ende debe orientar toda la política penitenciaria del Estado, no confiere como tal un derecho fundamental amparable, sino un mandato

del constituyente al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, mandato del que no derivan derechos subjetivo (SSTC 2/87, de 21 de enero; 28/88, de 23 de febrero entre otras muchas).

Por otra parte, el derecho al desarrollo integral de la personalidad que protege el mismo precepto, ha de entenderse íntimamente relacionado con el derecho a acceder a la cultura, dada la dicción del referido artículo 25.2 CE, por lo que su denuncia en el recurso, en los términos expuestos, no puede ser tomada en consideración.

Es cierto que el Informe del Comité contra la Tortura de la ONU de 19 de noviembre de 2002 (adjuntado como documental por la parte actora) expresa su preocupación por " Las severas condiciones de reclusión de los presos clasificados en el denominado fichero de Internos de especial Seguimiento (pues) quienes se encuentran en el primer grado del régimen de control directo deben permanecer en sus celdas la mayor parte del día, en algunos casos pueden disfrutar de sólo dos horas de patio, están excluidos de actividades colectivas, deportivas y laborales y sujetos a medidas extremas de seguridad. En general, pareciere que las condiciones materiales de reclusión y, en especial, la depravación sensorial que sufren estos internos, estarían en contradicción con los métodos de tratamiento penitenciario dirigidos a su readaptación y podrían considerarse un trato prohibido por el artículo 16 de la Convención"

Desprendiéndose igualmente de la prueba testifical practicada en el correspondiente período probatorio las durísimas condiciones carcelarias que, al menos en determinados centros penitenciarios, sufren los presos que ostentan la referida clasificación en el FIES.

A juicio de la Sala, sin embargo, tanto dicho Informe de la ONU como la prueba testifical practicada se refieren más bien a la aplicación practica (condiciones materiales de reclusión) que, respecto de determinados internos en los que concurren determinadas circunstancias, se lleva a cabo de la repetida Instrucción, que al tenor literal de la Circular cuyos extremos más polémicos se acaban de analizar. Aplicación material y concreta frente a la que el recluso siempre podrá formular la correspondiente petición o queja ante el Director del establecimiento (artículo 50 de la LGP) y, en su caso, recurrir ante el Juez de Vigilancia (artículo 76 y siguiente de la LGP).

NOVENO.- Por las razones expuestas el presente recurso debe ser parcialmente estimado, sin que la declaración de nulidad del Art. 93.1.6ª del Reglamento Penitenciario que con carácter subsidiario se pretende en la demanda, o en su caso, la inaplicación del mismo (Art. 6 LOPJ), puedan tampoco ser atendidas por la Sala. Ello puesto que, en primer término, este Tribunal carece de competencia para declarar la nulidad de una disposición reglamentaria, pudiendo, en su caso, plantear la cuestión de ilegalidad respecto de tal norma (Art. 27 de la Ley de la Jurisdicción). Pero es que además dicha cuestión de ilegalidad requeriría sentencia firme por considerar ilegal, en este caso, el artículo Art. 93.1.6ª del Reglamento Penitenciario, debiendo ceñirse su planteamiento a dicho precepto reglamentario cuya declaración de ilegalidad hubiera servido de base para la estimación de la demanda (artículo 123.1 de la misma Ley 29/1998), circunstancias ninguna de las cuales concurren en el supuesto, en el que ni siquiera se ha dictado sentencia estimatoria, sin que tampoco derive la estimación parcial efectuada

del repetido artículo 93.1.6ª del Real decreto 190/1996, tal y como se desprende del fundamento jurídico quinto que antecede.

DECIMO.- No se ha apreciado temeridad o mala fe en ninguno de los litigantes a efectos de lo previsto en el artículo 139 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción en materia de costas procesales.

VISTOS los preceptos citados y demás normas de procedente aplicación

F A L L A M O S

Que debemos estimar y estimamos parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por doña Penélope , en nombre y representación de "Madres Unidas contra la Droga de Madrid", contra la resolución del Ministerio del Interior de 25 de julio de 2001, que no declara la nulidad de pleno derecho del Apartado Primero de la Instrucción 21/1996, de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, y revocando parcialmente la misma, declaramos dicha nulidad de pleno derecho únicamente respecto del inciso del subapartado B.1.A.13 de la referida Instrucción, que se expone en el fundamento jurídico quinto, confirmándola en todo lo demás, sin imponer las costas de este proceso a ninguno de los litigantes.

Así por esta nuestra sentencia de la que se llevará testimonio a los autos de su razón, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia en el mismo día de su fecha. Doy fe

JUR 2004\62092

Auto Audiencia Provincial Zaragoza núm. 63/2004 (Sección 1ª), de 26 enero

Jurisdicción: Penal

Recurso de Apelación núm. 353/2003.

DERECHO PENITENCIARIO: derechos de los internos: derecho a recibir información; Establecimientos Penitenciarios: prestaciones de la Administración Penitenciaria: asistencia sanitaria: confidencialidad de los datos clínicos e información sanitaria: solicitud de obtener la analítica positiva a sustancias estupefacientes que se le practicó al interno al regreso del permiso: procedencia: no se aprecia peligrosidad ni razones de seguridad para el centro o los facultativos que realizaron el análisis.

El Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Aragón dictó Auto, con fecha 01-07-2003, por el que desestimaba el recurso de queja interpuesto por el interno contra la denegación de entrega de analítica acordada por el Centro Penitenciario. Contra la anterior Resolución el interno interpuso recurso de reforma, siendo desestimado por Auto de fecha 14-08-2003, y subsidiario de apelación. La Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza estima el recurso interpuesto y revoca el Auto, en el sentido de ordenar la entrega al interno de la analítica que le fue efectuada al regreso del permiso de 22-04-2003, declarándose de oficio las costas de esta alzada.

Texto:

En Zaragoza, a veintiséis de enero de dos mil cuatro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO Que con fecha 1 de julio de 2003, la Ilma. Sra. Magistrada-Juez de Vigilancia Penitenciaria de Aragón, en Expediente número 2055/2003 dictó Auto por el que desestimaba el recurso de queja interpuesto por Juan Pablo contra la denegación de entrega de analítica acordada por el Centro Penitenciario de Daroca, en el que se encuentra interno el solicitante.

SEGUNDO Contra dicha resolución el interno interpuso recurso de reforma, siendo resuelto por auto de fecha 14 de agosto de 2003, no dando lugar al mismo. Se interpuso recurso de apelación.

TERCERO Tramitado procesalmente, se elevaron las actuaciones a esta Audiencia, Sección Primera, se formó rollo de apelación núm. 353/2003, se nombró Magistrado Ponente y se cumplieron los trámites pertinentes, señalándose para la votación y fallo del recurso el día 22 de enero de 2004.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO El interno, mediante el presente recurso, solicita que se le facilite el análisis químico que se le practicó al regreso del permiso de 22 de abril de 2003, a lo que se niega la prisión por razones de seguridad.

El artículo 15.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria (RCL 1979, 2382) establece que a cada interno se le abrirá un expediente personal relativo a su situación procesal y penitenciaria del que tendrá derecho a ser informado, y para cada penado se formará un protocolo de personalidad. Por su parte, los artículos 4.2 apartados j) y k), y 18.1 del Reglamento Penitenciario (RCL 1996, 521, y 1522) establecen, por un lado, que los internos tienen derecho a recibir información personal y actualizada de su situación procesal y penitenciaria, así como a utilizar los medios de defensa de sus derechos e intereses legítimos a que se refiere el Capítulo V del Título II de dicho Reglamento, que en su artículo 215 determina que los internos tendrán en cualquier caso derecho a ser informados de forma clara y comprensible sobre todo lo referente a su estado de salud, así como a la expedición de los informes que soliciten.

Con independencia de que los internos puedan tener determinada información por medio de entrevistas con los técnicos de la prisión, no con carácter absoluto o ilimitado, pero sí en determinadas ocasiones, dichos internos deben tener la posibilidad de exigir que se les dé traslado, por medio de copia escrita, de los informes y documentos que sobre su situación procesal, penitenciaria y de salud consten en su expediente y puedan ser relevantes para su defensa. Conforme a diversas resoluciones de las Audiencias Provinciales, tal posibilidad que, con carácter general, deben tener los internos en base a los indicados preceptos so pena de causarles efectiva indefensión, sólo podrá restringirse cuando consten causas suficientemente acreditadas de peligrosidad o que afecten a la seguridad de los Técnicos que han emitido los informes a los que se pide el acceso, o cuando los internos pretendan acceder a información de un forma reiterada o abusiva, ya que los mismos tienen el referido derecho de información con una

periodicidad razonable y siempre que se produzca un hecho trascendente en su indicada situación penitenciaria o procesal. Estos derechos de información y acceso a los archivos y registros públicos y a los expedientes relativos a una persona vienen a ser un reflejo de los que con carácter general se establecen en las Leyes ordinarias para cualquier ciudadano, como en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (RCL 1992, 2512, y 2775 y RCL 1993, 246) .

Tan amplia regulación del derecho de acceso a los archivos y registros públicos se ve reforzada, necesariamente, cuando el contenido de ellos afecta directamente a la esfera jurídica del solicitante, pues en tal caso, ese derecho se convierte en instrumental o medial de otros derechos del titular, en cuanto el conocimiento del contenido de los archivos es medio de ejercicio de ese otro derecho.

SEGUNDO En el presente caso no concurren circunstancias que impidan acceder a lo pretendido por el interno, no apreciándose peligrosidad en el mismo ni razones de seguridad para el centro o los facultativos que realizaron el análisis, resultando que una analítica positiva a sustancias estupefacientes determina, entre otras, la no concesión de permisos posteriores por el centro penitenciario, motivo por el cual, en aras al derecho de información ya referido y al de defensa del interno en el ejercicio de sus derechos penitenciarios, procede acceder a lo solicitado.

TERCERO Las costas de esta alzada deben declararse de oficio.

Vistos los preceptos legales aplicables.

La sala acuerda:

DAR LUGAR al recurso de apelación formulado por el letrado D. José María Ayala Lain, en representación del interno Juan Pablo, contra el auto dictado por la Ilma. Sra. Magistrada Juez de Vigilancia Penitenciaria de Aragón con fecha 14 de agosto de 2003, auto que se revoca íntegramente, y en consecuencia se ordena la entrega al interno de la analítica que le fue efectuada al regreso del permiso de 22 de abril de 2003. Se declaran de oficio las costas de esta alzada.

En su momento devuélvase las actuaciones originales al Juzgado de procedencia con testimonio de la presente resolución, la que se llevará igualmente al rollo de apelación y, una vez se haya acusado recibo, archívese el mismo sin más trámite.

Así lo acuerdan y firman los Ilmos. Sres. del Tribunal.

JUR 2003\49577

Auto Audiencia Provincial Palencia (Sección Unica), de 10 enero 2003

Jurisdicción: Penal

Recurso de Apelación núm. 590/2002.

DERECHO PENITENCIARIO: Derechos de los internos: derecho a recibir información: solicitud de entrega de copia de los informes psicológicos y educativos, así como de la propuesta de tratamiento: existencia: interno que no ha hecho un uso abusivo

de su derecho a ser informado, sin que dicha información suponga un peligro para los técnicos que la han elaborado.

El Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 2 de Castilla y León con sede en Burgos desestimó la queja del interno don Dehn T., para que se le entregasen los informes psicológicos y educativos y la propuesta de tratamiento individualizado sobre su situación penitenciaria. Contra la anterior Resolución se interpuso recurso de reforma y subsidiario de apelación. La Audiencia Provincial de Palencia estima el recurso y revoca el Auto recurrido concediendo la petición solicitada por el interno don Dehn T.

Texto:

En la ciudad de Palencia, a diez de Enero de 2.003.

SEÑORES DEL TRIBUNAL

Ilmo. Sr. Presidente

Don Carlos Javier Álvarez Fernández

Ilmos. Sres. Magistrados

Don Ángel Muñiz Delgado

Don Mauricio Bugidos San José

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO En el Expediente núm. 3.124/02 del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 2 de Castilla y León (Burgos), con fecha 13 de Septiembre de 2.002 fue dictado auto por el que se acordaba desestimar la queja del interno DON DEHN T., del Centro Penitenciario La Moraleja.

La citada resolución fue recurrida en reforma y subsidiaria apelación por el interno, interesando el Ministerio Fiscal que se desestimara el recurso interpuesto.

SEGUNDO Con fecha 31 de Octubre de 2.002 fue dictado Auto desestimando la reforma, y admitiéndose a trámite el recurso de apelación subsidiariamente interpuesto por el interno, en el que ha estado representado y defendido por la Letrada Doña Yolanda V. T., habiendo solicitado la misma la estimación del recurso, y habiendo interesado el Ministerio Fiscal la confirmación de la resolución recurrida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO El interno solicita, en base a los artículos 15.2 de la Ley Penitenciaria (RCL 1979, 2382), y 4.2.j) y k), y 18.1 del Reglamento Penitenciario (RCL 1996, 521, 1522), que se le den los informes psicológicos y educativos, así como la propuesta de tratamiento individualizado sobre su situación penitenciaria.

El artículo 15.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria establece que a cada interno se le abrirá un expediente personal relativo a su situación procesal y penitenciaria del que tendrá derecho a ser informado, y para cada penado se formará un protocolo de personalidad. Por su parte, los indicados artículos del Reglamento Penitenciario establecen, por un lado, que los internos tienen derecho a recibir información personal y actualizada de su situación procesal y penitenciaria, así como a utilizar los medios de defensa de sus derechos e intereses legítimos a que se refiere el Capítulo V del Título II de dicho Reglamento.

SEGUNDO En el auto que desestima la queja, después recurrido en reforma, y en el auto que desestima ésta, por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria no se discute, como no podía ser de otra forma, tal derecho de información, pero se hace una matización en cuanto se refiere a la interpretación de tal derecho, puesto que se afirma, de una manera no muy clara, más bien de forma indirecta, que el mismo se ejercita o concreta con motivo de las entrevistas que los internos pueden mantener con los distintos integrantes del Equipo Técnico.

Ahora bien, con independencia de que ello es correcto, no puede suponer que sólo y exclusivamente a través de dichas entrevistas se pueda ejercitar y satisfacer el derecho de los internos a estar informados de su situación penitenciaria y procesal, sino que, no con carácter absoluto o ilimitado, pero sí en determinadas ocasiones, dichos internos deben tener la posibilidad de exigir que se les dé traslado, por medio de copia escrita, de los informes y documentos que sobre tal situación conste en su expediente, y que pueden ser relevantes para su defensa. Tal posibilidad que, con carácter general, deben tener los internos en base a los indicados preceptos, so pena de causarles efectiva indefensión, sólo podrá restringirse cuando consten causas suficientemente acreditadas de peligrosidad o que afecten a la seguridad de los Técnicos que han emitido los informes a los que se pide el acceso, o cuando los internos pretenden acceder a información de una forma reiterada o abusiva, ya que los mismos tienen el referido derecho de información con una periodicidad razonable, y siempre que se produzca un hecho trascendente en su indicada situación penitenciaria o procesal.

TERCERO En el supuesto que nos ocupa, hay que tener en cuenta, conforme a lo expuesto, que en momento alguno constan tales razones excepcionales de peligrosidad o que afecten a la seguridad de los Técnicos informantes, no constando tampoco que el interno haya hecho un uso abusivo de su derecho a ser informado por escrito de las circunstancias que constan en su expediente relativas a la situación penitenciaria o procesal. Consta que el mismo solicitó, en sendas instancias de fechas 9 y 14 de Mayo de 2.002, tener acceso y que se le facilitasen los informes psicológicos y educativos, así como la propuesta de tratamiento individualizado sobre su situación penitenciaria, no habiendo alcanzado respuesta alguna del Centro Penitenciario, el cual, únicamente cuando se formuló la queja ante el Juzgado de Vigilancia, ha emitido un informe en el que hacía referencias genéricas al criterio de que la información se proporcionaba, de acuerdo con lo ya resuelto en otros autos por parte de dicho Juzgado, no de forma escrita, sino con motivo de las entrevistas con los profesionales del Equipo Técnico, sin que consten razones individuales que justifiquen la restricción.

Por todo ello, debió aceptarse la queja interpuesta por el interno, procediendo declararse así y, estimando el recurso de apelación, revocar el auto recurrido, así como

declarar el derecho del recurrente a obtener la información solicitada por medio de copias de los citados informes.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

LA SALA ACUERDA: Se ESTIMA el recurso de apelación interpuesto por DON DEHN T., contra el auto de fecha 13 de Septiembre de 2.002, del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 2 de Castilla y León (Burgos), por el que se desestimaba la queja del interno en el presente expediente personal, resolución que se revoca y se deja sin efecto, debiendo procederse por el Centro Penitenciario a dar cumplimiento de lo que dispone el artículo 15.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria (RCL 1979, 2382), informando al interno sobre el contenido de los informes educativos y psicológicos, así como de la propuesta de tratamiento individualizado sobre su situación penitenciaria, por medio de la entrega de copias escritas de los mismos.

Así lo acordaron, mandan y firman los Sres. de la Sala.

JUR 2003\85961

Auto Audiencia Provincial Cádiz (Sección 3ª), de 20 diciembre 2002

Jurisdicción: Penal

Recurso de Apelación núm. 14/2002.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Carlos Grosso de la Herrán.

DERECHO PENITENCIARIO: Derecho a recibir información: retención de periódico «Molotov» al contener información acerca de acciones de protesta por internos en centros penitenciarios con tono vejatorio para la institución: prevalencia de las razones de buen orden y seguridad sobre la libertad de información.

Texto:

A U T O N°

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÁDIZ

Sección Tercera

ILMOS SRES.

PRESIDENTE:

MANUEL GROSSO DE LA HERRAN

MAGISTRADOS:

ANA MARIA RUBIO ENCINAS

MIGUEL ANGEL FELIZ Y MARTINEZ

APELACIÓN ROLLO NÚM 14/2002.

EXPEDIENTE Q-

En la ciudad de Cádiz a veinte de diciembre de dos mil dos.

La Sección Tercera de esta Audiencia, integrada por los Magistrados indicados al margen, ha visto el recurso de apelación interpuesto contra auto dictado en las diligencias referenciadas, sobre retención/intervención del periódico, cuyo recurso fue interpuesto por el interno Domingo , que está representado por el Procurador D. y asistido del Letrado D.. Es parte recurrida el MINISTERIO FISCAL.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Ilmo. Sr. Magistrado Juez de Vigilancia Penitenciaria del Puerto de Santa María, el día once de marzo de dos mil dos, dictó auto cuya parte dispositiva acuerda: "Que desestimo la queja planteada por el interno".

SEGUNDO.- Contra dicha resolución interpuso recurso de reforma que fue desestimado por auto de igual Juzgado de fecha 2/05/02. Interpuso después recurso de apelación la representación del interno ya citado y seguidos los correspondientes trámites, se elevaron los autos a esta Audiencia donde se formó el rollo y se señaló el día de la fecha para la vista del recurso, donde asistieron las partes y expusieron sus alegaciones, quedando pendiente de resolución.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D.MANUEL GROSSO DE LA HERRAN, quien expresa el parecer del Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la resolución dictada por el Juzgado de Vigilancia de Puerto de Santa María por la que se desestima en definitiva la queja del interno Domingo por la retención del periódico „Molotov" correspondiente al mes de diciembre de 2001, se alza el recurso interpuesto por este en el que se argumenta que en el Centro Penitenciario Puerto I se vulnera sistemáticamente la libertad de información reteniéndosele un periódico, „Molotov ", que tiene el correspondiente depósito legal lo que a su juicio es contrario al derecho a la libertad de información.

SEGUNDO.- La razón que conduce a la decisión adoptada por el Juez a quo en su único fundamento de derecho es que el referido periódico efectivamente contiene información acerca de acciones concertadas de protesta llevadas a cabo por internos en centros penitenciarios del territorio nacional, razón que considera prevalente sobre el derecho del interno a recibir información y que justificaría la medida adoptada por la Dirección del centro que se fundaba en que „el número vierte ofensas e información que desacredita a la Institución Penitenciaria, actuando así conforme a la Instrucción incoada por el Centro Directivo de cinco de octubre."

TERCERO.- El art. 58 de la Ley General Penitenciaria permite limitar el acceso a periódicos y revistas siempre que lo aconsejen "las exigencias del tratamiento individualizado, previa resolución motivada del equipo de observación y tratamiento del

establecimiento". Por su parte, el art. 128.2 del Reglamento Penitenciario establece que "En todo caso, no se autorizará la tenencia en el interior de los Establecimientos, de publicaciones que carezcan de depósito legal o pie de imprenta, con excepción de las editadas en el propio Centro penitenciario, así como las que atenten contra la seguridad y buen orden del Establecimiento".

CUARTO.- Examinada la revista, efectivamente se advierte como varios pasajes están destinados a desprestigiar a la Institución Penitenciaria, lo que redundará en definitiva en atentado al buen orden del establecimiento y en definitiva a una degradación del tratamiento penitenciario. Así ad exemplum puede citarse a propósito de otras retenciones acordadas por la dirección del Centro, la pg. 3 donde consta escrito ,se nos interviene y retiene por razones de seguridad y buen orden del centro ya que según este señor (se refiere al director) y otros muchos de su igual condición en las cárceles ¡NO SE TORTURA! solo se rompen los huesos a porrazos pero no pasa nada, todo es por seguridad... o en otra carta publicada sobre el mismo tema lo siguiente ,aquí os mando la orden de dirección para que toméis las medidas oportunas...Lo que si ha quedado claro es que les jode muchísimo sus miserias y abusos sean conocidos sin manipulación, por lo tanto ya es un triunfo, la gente tiene que saber quienes son de verdad estos "trabajadores" y cual es su función social". Ciertamente sobre el derecho a libertad de información debe prevalecer las razones de buen orden y seguridad del centro cuando estas se ven comprometidas porque de otro modo este vería imposible cumplir los objetivos a alcanzar que en definitiva no debe ser otro que la resocialización del delincuente, en el presente caso el tono de la crítica es claramente vejatorio para la institución y de ese modo se comprometen sus objetivos, procede por tanto la desestimación del recurso y confirmación consiguiente de las resoluciones impugnadas.

Vistos los preceptos legales citados y demás de aplicación general.

PARTE DISPOSITIVA

Por cuanto antecede LA SALA ACUERDA: DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por Domingo contra auto de fecha 11/03/02 dictado por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez de Vigilancia Penitenciaria del y el de fecha 2/05/02 desestimatorio del recurso de reforma Y CONFIRMAR dichas resoluciones, declarando las costas de oficio. Devuélvanse los autos al juzgado de procedencia junto con testimonio de la presente resolución, a los efectos de comunicación, constancia y cumplimiento de la misma. Así, por este nuestro Auto, definitivamente juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

AS 2003\1101

Sentencia Tribunal Superior de Justicia Andalucía, Málaga, núm. 2231/2002 (Sala de lo Social, Sección Unica), de 19 diciembre

Jurisdicción: Social

Proceso en primera instancia núm. 7/2002.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Luis Barragán Morales.

REPRESENTACIÓN SINDICAL: secciones sindicales: competencias y medios de actuación comunes a todas ellas: derechos informativos: alcance.SERVICIO ANDALUZ

DE SALUD: sindicato menos representativo: sin participación en la Mesa Sectorial de Sanidad: derecho a recibir copia de todos los acuerdos adoptados.

El TSJ estima sustancialmente la demanda interpuesta por la parte actora contra el SAS, sobre tutela del derecho a la libertad sindical, condenando al organismo demandado en el sentido indicado en la fundamentación jurídica.

Texto:

En Málaga a diecinueve de diciembre de dos mil dos.

La Sala de lo Social en Málaga del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen y

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO En fecha 22 de octubre de 2002 se presentó ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía demanda por ASOCIACION DE TRABAJADORES E INTERINOS DE LA SANIDAD ANDALUZA (ASTISA), sobre TUTELA DE LIBERTAD SINDICAL, siendo demandado SERVICIO ANDALUZ DE SALUD, que fue turnada a esta Sala de lo Social donde tuvo entrada el 8 de noviembre de 2002. En la misma fecha se citó a las partes al acto del juicio para el 11 de diciembre de 2002, fecha en la que tuvo lugar con el resultado que consta en el acta extendida al efecto, compareciendo en nombre del Sindicato demandante la Letrada Doña María Belén Pérez Medina, y en nombre de la Entidad demandada, la Letrada Doña Carmen Terrón Montero, no compareciendo el MINISTERIO FISCAL pese a estar citado en legal forma.

SEGUNDO Fue nombrado Ponente del presente proceso de Tutela de Libertad Sindical el Ilmo. Sr. DON JOSE LUIS BARRAGAN MORALES.

TERCERO Se declaran los siguientes Hechos Probados:

I.-La Asociación Sindical de Trabajadores e Interinos de la Sanidad Andaluza (ASTISA) es un sindicato cuyo ámbito profesional y territorial abarca a todos los trabajadores de Sanidad Andaluza en la Comunidad Autónoma de Andalucía, que ostenta el número de Registro S/1/1998 del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales.

II.-Dicho sindicato concurrió a las elecciones sindicales celebradas el 16 de diciembre de 1998 en el ámbito del Servicio Andaluz de Salud, para la designación de los miembros de las Juntas de Personal y de los Comités de Empresa de dicha Entidad, obteniendo un porcentaje de elegidos del 3,2532%.

II.-La Mesa Sectorial de Sanidad de la Comunidad Autónoma de Andalucía es un órgano colegiado paritario, constituido en el ámbito del Servicio Andaluz de Salud, formando parte de la misma tanto dicha Entidad como las centrales sindicales más

representativas en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, entre las que no se encuentra el Sindicato demandante. Este órgano ha sido creado para el desarrollo de la negociación colectiva en el referido ámbito y de sus reuniones se extienden actas que no siempre son publicadas en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía, y las que se publican lo son con mucha dilación.

IV.-El 18 de enero de 2001 el Presidente del Sindicato demandante dirigió comunicación a Servicio Andaluz de Salud reclamando la remisión de las Actas de la Mesa Sectorial de Sanidad al objeto de poder ejercer la actividad sindical y garantizar los derechos de información de los trabajadores afiliados al Sindicato.

V.-El 5 de febrero de 2001 el Subdirector de Personal de Servicio Andaluz de Salud remitió al Presidente del Sindicato demandante, en respuesta a la comunicación anterior, carta en la que le comunicaba «que en adelante se le remitirá un resumen de las Actas elaborado por la Secretaría de la Mesa para transmitir la información necesaria a todas las Centrales Sindicales».

VI.-El 31 de julio de 2002 el Presidente del Sindicato demandante dirigió nueva comunicación a Servicio Andaluz de Salud en la que ponía en su conocimiento que, pese al contenido de la carta de 5 de febrero de 2001, o le había sido remitida copia de las Actas de la Mesa sectorial de Sanidad, reiterando la solicitud de remisión de las mismas.

VII.-Ante la falta de remisión de las actas, en reunión celebrada el 21 de septiembre de 2002, la Junta Directiva del Sindicato demandante adoptó la decisión de interponer demanda sobre tutela del derecho de libertad sindical en reclamación del derecho a obtener copia de las Actas de la Mesa Sectorial de Sanidad.

VII.-El suplico de la demanda solicita se declare el derecho del Sindicato demandante a ser informado de todos los temas que sean tratados en la Mesa Sectorial de Sanidad, a recibir puntual información de lo que se debata en la referida Mesa y, en consecuencia a que le sean remitidas las copias de las Actas de la Mesa Sectorial de Sanidad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO El Sindicato demandante solicita el reconocimiento de derecho a ser informada del resultado de las reuniones de la Mesa Sectorial de Sanidad, dentro del ámbito de Servicio Andaluz de Salud, y, en concreto la remisión de las actas de las diferentes reuniones de dicho órgano paritario de negociación colectiva, considerando que la información contenida en esas actas forma parte del derecho de libertad sindical en su vertiente funcional, resaltando que en dichas actas se adoptan acuerdos que regulan las condiciones de trabajo y las bases sobre las cuales se regula el acceso a los puestos de trabajo temporales, aspectos que inciden de lleno en la dinámica de la relación laboral de sus afiliados, y que esas actas no se publican en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía y cuando se publican pasado un lapso de tiempo grande entre la aprobación y su publicación. Entiende que la postura de la Entidad demandada constituye una violación del derecho de libertad sindical, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 7 y 28 de la Constitución (RCL 1978, 2836) y 2 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical (RCL 1985, 1980) , y también del derecho de información, de acuerdo

con la regulación contenida en el artículo 10.3.1 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, en relación con el 68 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997) , del artículo 9 de la Ley 9/87 (RCL 1987, 1450) , así como del Convenio 135 de la OIT (RCL 1974, 1341) .

La Entidad demandada sostiene que la Ley Orgánica de Libertad Sindical, tras reconocer el derecho de libertad sindical, discrimina a los sindicatos representativos, entendiendo por tales los que tienen un porcentaje de representación superior al 10% a nivel estatal, o por encima del 15% a nivel de la Comunidad Autónoma. Señala, además, que esta discriminación ha sido avalada por las Sentencias del Tribunal Constitucional 65/82 (RTC 1982, 65) , 98/85 (RTC 1985, 98) y 217/88 (RTC 1988, 217) , remitiéndose expresamente a los razonamientos contenidos en la Sentencia 1265/02 de esta Sala, dictada en un procedimiento de conflicto colectivo. También argumenta que en la Mesa Sectorial de Sanidad sólo tienen participación los sindicatos más representativos, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 6.1 y 7 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, sin que exista previsión reglamentaria de publicación o notificación a los sindicatos, remitiéndose a lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley 30/92 (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246) , y, por último, alega que el artículo 10.3 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical siempre deja a salvo la regulación contenida en los convenios Colectivos. Termina solicitando la desestimación de la demanda.

SEGUNDO El Sindicato demandante no cuestiona la singular posición jurídica que el ordenamiento confiere a los sindicatos más representativos a efectos de participación institucional y de acción sindical, y, en concreto, su derecho a participar en la Mesa Sectorial de Sanidad, siendo incuestionable que la constitución y funcionamiento de esa Mesa Sectorial se adecua a las previsiones contenidas en los artículos 6.1 y 7 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical (RCL 1985, 1980) . No pretende, por tanto, tener derecho de voz ni voto en las reuniones de la referida Mesa Sectorial, y, por tanto, nada tiene que ver con la cuestión sometida a enjuiciamiento el contenido de las sentencias del Tribunal Constitucional y de esta propia Sala en las que la Entidad demandada basa su postura contraria al suplico de la demanda.

Sólo reclama tener acceso al contenido de las actas de dichas reuniones. A este respecto, debe señalarse que tanto el artículo 10.3.1 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical -los delegados sindicales tendrán, entre otros, el derecho a tener acceso a la misma información y documentación que la empresa ponga a disposición del comité de empresa- como el artículo 9 de la Ley 9/87 (RCL 1987, 1450) , de Organos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas -las juntas de personal y los delegados de personal tienen derecho a recibir información sobre la política de personal de la Entidad y a vigilar el cumplimiento de las norma vigentes en materia de condiciones de trabajo, seguridad social y empleo y ejercer, en su caso, las acciones legales oportunas ante los organismos demandados-, son reveladores que el derecho de información es esencial para la existencia de un auténtico y efectivo derecho de libertad sindical, como, por otra parte, la propia Entidad demandada reconoce en la comunicación dirigida al Presidente del Sindicato demandante el pasado 5 de febrero de 2001, a la que se refiere el quinto hecho probado de la presente resolución, siendo incomprensible la falta de remisión de los resúmenes de las actas al Sindicato demandante, a pesar del compromiso que figura en esa comunicación. Esos preceptos, en definitiva, no hacen sino concretar la vertiente

funcional del derecho de libertad sindical consagrado en los artículos 7 y 28 de la Constitución y 2 de la Ley Orgánica de libertad sindical.

De manera que debe estimarse la demanda formulada, si bien con la matización de que la Entidad demandada deberá ser condenada a facilitar al Sindicato demandante copia, no del contenido total de las actas de la Mesa Sectorial de Sanidad, sino tan sólo de los acuerdos adoptados en todas y cada una de las reuniones de la referida Mesa Sectorial, pues para el ejercicio del derecho de libertad sindical no le es necesario conocer el contenido de los debates de ese órgano, bastando con la comunicación de los acuerdos adoptados. En este punto, son intrascendentes las alegaciones efectuadas por la Entidad demandada en orden a que el artículo 27 de la Ley 30/1992 (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246) no prevea expresamente la notificación de esos acuerdos a las personas interesadas, ya que la obligación de notificación se deriva del contenido del artículo 37 de la propia Ley. Y el hecho de que en el Reglamento de la Mesa Sectorial de Sanidad no se prevea la notificación de los acuerdos adoptados en la misma a los sindicatos cuyos afiliados no forman parte de la misma, no es óbice para que, si se solicita, la Entidad demandada deba facilitar el contenido de los acuerdos de la Mesa a cualquier interesado.

FALLAMOS

Estimamos sustancialmente la demanda formulada por ASOCIACION SINDICAL DE TRABAJADORES E INTERINOS DE LA SANIDAD ANDALUZA, sobre TUTELA DEL DERECHO DE LIBERTAD SINDICAL, frente a SERVICIO ANDALUZ DE SALUD, reconociendo su derecho a ser informada de todos los temas que hayan sido tratados en la Mesa Sectorial de Sanidad a través de la notificación de todos y cada uno de los acuerdos adoptados en todas y cada una de las reuniones de dicha Mesa Sectorial, y declaramos que la postura de Servicio Andaluz de Salud contraria al reconocimiento de ese derecho constituye una vulneración del derecho de libertad sindical, condenando en consecuencia a la Entidad demandada a que cese en ese comportamiento antisindical y a estar y pasar por la anterior declaración.

Notifíquese esta resolución a las partes y al Ministerio Fiscal advirtiéndoles que contra la misma cabe Recurso de Casación ante la Sala 4ª del Tribunal Supremo, el que deberá prepararse en el plazo de los diez días siguientes a la notificación de este fallo.

Líbrese certificación de la presente sentencia para el rollo a archivar en este Tribunal incorporándose el original al correspondiente libro.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

AS 2003\890

Sentencia Tribunal Superior de Justicia Andalucía, Sevilla, núm. 4823/2002 (Sala de lo Social), de 19 diciembre

Jurisdicción: Social

Recurso de Suplicación núm. 3488/2002.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Alfonso Martínez Escribano.

LIBERTAD SINDICAL: secciones sindicales: derecho a recibir información: interpretación del artículo 9 de la Ley 9/1987, de 12 junio, que regula los órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las administraciones públicas: no implica la obligación de facilitar copias básicas de los contratos del personal estatutario pero sí el derecho a recibir información suficiente sobre los nombramientos; incumplimiento: vulneración del derecho.

El TSJ estima en parte el recurso de suplicación interpuesto por la parte demandada contra la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de los de Huelva, de fecha 16-07-2002, dictada en autos promovidos sobre tutela del derecho de libertad sindical, que es parcialmente revocada en el sentido que se indica en la fundamentación jurídica.

Texto:

En Sevilla, a 19 de diciembre de dos mil dos.

La Sala de lo Social de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen.

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA NUMERO 4823/2002

En el recurso de suplicación interpuesto por el Servicio Andaluz de Salud, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 3 de los de Huelva en sus autos núm. 315/2002; ha sido Ponente el Ilmo. Sr. D. Alfonso Martínez Escribano.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO Según consta en autos se presentó demanda, por Tutela del Derecho de Libertad Sindical, contra el Servicio Andaluz de Salud se celebró el juicio y se dictó sentencia el 16 de julio de 2002 por el referido Juzgado, en la que se estimó la demanda.

SEGUNDO En la citada sentencia y como hechos probados se declararon los siguientes:

«I.-El 10.01.2002, don Juan G. R. se dirigió, como afiliado al Sindicato Provincial de Sanidad de CCOO de Huelva, a fin de que le gestionara la petición de copias de sus nombramientos como celador en el Distrito Condado del Servicio Andaluz de Salud y copias también de los nombramientos de don Francisco G. T., persona que había sucedido a él en la sustitución, a fin de comprobar la legalidad de los nombramientos realizados.

II.-El 17.01.2002, la delegada sindical de CC OO remitió carta al Distrito Sanitario Condado, interesando la remisión de los nombramientos referidos, durante los años 2001 y 2002.

Tras conversación telefónica, la Administradora del Distrito le indicó que reiterada la petición indicando normativa legal que le amparara.

III.-El 04.02.2002 se remite nueva comunicación escrita por parte de CC OO, donde se argumentaban los preceptos legales que entendía amparaba su petición.

IV.-Sin embargo, y ante la ausencia de respuesta positiva la petición se reiteró el 14.03.2002, recibiendo contestación del Distrito APS Condado el día 03.04.2002 en que se exponía que el Servicio Andaluz de Salud, tras la entrada en vigor de la Ley 30/1999 (RCL 1999, 2538), no tiene obligación de entregar copia básica de los contratos, y que desde entonces no se formalizan contratos sino nombramientos estatutarios. No obstante lo anterior, se decía, se había decidido enviarle copias de los modelos de nombramiento solicitados. Los modelos que se adjuntaron obran a los folios 26 a 29 y damos aquí por reproducido su contenido.

V.-Disconforme con lo anterior, la Confederación Sindical de CC OO, interpuso la oportuna reclamación previa y posterior demanda judicial que ha dado origen a estos autos».

TERCERO Contra dicha Sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandada, que no fue impugnado de contrario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO No se debate la relación con la libertad sindical, en su vertiente del derecho a la acción sindical, de la facultad de información negada al sindicato y que la sentencia reconoce, recurriendo el SAS con cita del art. 9 de la Ley 9/1987 (RCL 1987, 1450), entre otros. Debe tenerse en cuenta que el párrafo 2º del art. 7.1 de la Ley 30/1999 (RCL 1999, 2538) establece que «la selección del personal estatutario temporal se efectuará a través de procedimientos que permitan la máxima agilidad en la selección, procedimientos que se basarán en los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad y que serán establecidos previa negociación en las mesas correspondientes», de manera que corresponde a tales órganos paritarios de la Administración y sindicatos concretar esos procedimientos para nombramientos de personal temporal y acordar, en su caso, cuál sea la información sobre nombramientos a que pueden acceder los órganos de representación unitaria y sindical, sin que se alegue ni conste lo que se haya acordado al respecto en el ámbito del presente caso. Es cierto que del derecho a recibir información sobre política de personal «ex» art. 9 de la Ley 9/1987 no se puede deducir un derecho a recibir «copia básica» de los nombramientos de funcionarios o personal estatutario, de modo semejante a la copia a que se refiere el art. 8.3.a) ET (RCL 1995, 997) para los contratados laborales -norma no aplicable al personal estatutario-, si bien ello no supone ausencia de publicidad, sino, al contrario, por ser exigencia general del acceso a la función pública y particular en los nombramientos estatutarios de personal temporal, todos los nombramientos deberán respetar tal principio de publicidad y deben ser dados a conocer no sólo a los sindicatos, como el demandante, sino a la generalidad, con la

difusión en periódico público o en tablón de anuncios de los datos que no afecten a la intimidad personal, como precisa la sentencia de instancia, mientras las partes no fijen otra forma suficiente de publicidad en la mesa correspondiente.

Con esto la Sala aplica la doctrina de la Sala de Granada en sentencia de 1.3.2000 (AS 2000, 1887), si bien la matiza por la aplicabilidad en este caso de la Ley 30/1999, que no lo era en tal sentencia, donde se razonaba que «como viene reconociendo la doctrina, en nuestra Constitución (RCL 1978, 2836) tan sólo es posible constatar la existencia de un derecho de representación de los funcionarios públicos derivado del derecho de libertad sindical reconocida en los artículos 7 y 28, por lo que su regulación ha quedado en manos de la Ley que regula el Estatuto de los funcionarios públicos (RCL 1964, 348) a que se refiere el artículo 103.3 de la Constitución y que ha plasmado en la Ley Orgánica de Libertad Sindical 11/1985, de 2 de agosto (RCL 1985, 1980) y Ley de Organos de Representación, Determinación de las Condiciones de Trabajo y Participación del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas 9/1987, de 12 de junio, teniendo en cuenta que según reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, el derecho a la libertad sindical está integrado, también, por derechos o facultades básicas que las normas crean y pueden alterar o suprimir, por no afectar al contenido esencial del derecho. En consecuencia, estableciendo el artículo 9 de la Ley 9/1987 de las Juntas de Personal y los Delegados de personal, en su caso, tendrán, las siguientes facultades, y en su respectivo ámbito: 1.-Recibir información que le será facilitada trimestralmente sobre política de personal del Departamento, Organismo o Entidad Local, sin que en dicho precepto y en sus sucesivos apartados, ni en el artículo 11 se contenga referencia alguna a la obligación de entrega de copia básica alguna de los contratos suscritos, sino que basta con tener informado a la Junta de personal y a los Delegados de Personal, con lo que no se falta a la libertad sindical cuando no se entrega copia de contratos, siempre que por cualquier otro medio se le facilite información como determina el artículo 9.1 de la Ley 9/1987 antes citado».

Como la sentencia de instancia se acomoda a estos criterios, aunque aplica incorrectamente el art. 8 ET, debe confirmarse si bien en el sentido de declarar que el sindicato deberá recibir la información sobre los nombramientos en forma que satisfaga el principio de publicidad, respetándose el derecho a la intimidad de las personas afectadas, con lo que la estimación es parcial.

FALLAMOS

Con estimación parcial del recurso de suplicación interpuesto por el Servicio Andaluz de Salud, contra la sentencia dictada el 16 de julio de 2002, por el Juzgado de lo Social núm. 3 de los de Huelva en autos núm. 315/2002 sobre Tutela del Derecho de Libertad Sindical, promovidos por la Confederación Sindical de Comisiones Obreras contra el recurrente, debemos revocar parcialmente la sentencia recurrida en el sentido de que la Administración demandada debe facilitar al sindicato accionante la información sobre los nombramientos en forma que satisfaga el principio de publicidad, respetando el derecho a la intimidad de terceros.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Excmo. Sr. Fiscal de este Tribunal, advirtiéndose que, contra ella, cabe recurso de Casación para la unificación de doctrina,

que podrá ser preparado dentro de los diez días hábiles siguientes a la notificación de la misma, mediante escrito dirigido a esta Sala, así como que transcurrido el término indicado, sin prepararse recurso, la presente sentencia será firme.

Una vez firme esta sentencia, devuélvanse los autos al Juzgado de lo Social de referencia, con certificación de esta resolución, diligencia de su firmeza y, en su caso, certificación o testimonio de la posterior resolución que recaiga.

Unase el original de esta sentencia al libro de su razón y una certificación de la misma al presente rollo, que se archivará en esta Sala.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

AS 2002\4046

Sentencia Tribunal Superior de Justicia Extremadura núm. 478/2002 (Sala de lo Social), de 8 octubre

Jurisdicción: Social

Proceso en primera instancia núm. 3/2002.

LIBERTAD SINDICAL: lesión del derecho: existencia: falta de reconocimiento por organismo público de la condición de delegado sindical: revocación nula de su carácter representativo: supuestos; reparación de las consecuencias derivadas del acto ilícito: indemnización: desestimación: prueba del perjuicio causado: necesaria.DELEGADOS SINDICALES: competencia y derechos: acceso a la misma información y documentación que el comité de empresa: interpretación.

El TSJ, en autos promovidos en reclamación de tutela de libertad sindical, seguidos en primera y única instancia, estima en parte la demanda formulada por el sindicato demandante, en base a lo reseñado en la fundamentación jurídica.

Texto:

En la Ciudad de Cáceres a ocho de octubre de dos mil dos.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, compuesta por los Ilmos. Sres citados al margen, ha dictado.

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA NUM. 478

Habiendo visto, en única instancia, los presentes autos de juicio verbal civil, seguidos sobre Tutela de Libertad Sindical, entre parte, de una y como demandante, el Sindicato Confederación General de Trabajadores (CGT), y de otra, como demandado, la Junta de Extremadura, habiendo comparecido el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO En fecha 13 de septiembre de 2002 se presentó ante la Secretaria de esta Sala demanda promovida por la Confederación General de Trabajadores contra la Junta de Extremadura, por la cual se suplicaba la declaración de tutela a la libertad sindical contra el organismo demandante.

SEGUNDO Subsanaos los defectos observados en la redacción de la demanda, por propuesta de providencia de 19 de septiembre pasado se acordó citar a las partes, al Ministerio Fiscal y testigos propuestos para los actos de conciliación y juicio que tendrían lugar en la Sala de este Tribunal el día 26 de septiembre de 2002, a las once horas.

TERCERO Llegados el día y hora señalados comparecieron a los referidos actos, don Javier C. I. en representación acreditada de la parte actora, asistido de la Letrada doña Elena N. C., en representación de la Junta de Extremadura el Letrado de su Gabinete Jurídico don Pedro O. D. y de parte del Ministerio Fiscal el Ilmo. Sr. D. Javier Monterro Juanes, celebrándose el correspondiente juicio con el resultado que consta en el correspondiente acta que del mismo fue extendida.

CUARTO En este proceso se han observado las normas y prevenciones legales, excepto los plazos de citación a juicio y formalización de esta resolución, debido a la imposibilidad de citación en el preceptivo plazo y del trabajo que pesa sobre la Sala.

HECHOS PROBADOS

Se consideran Hechos Probados y como tales se destacan los siguientes:

PRIMERO Que por reunión de los afiliados a la Confederación General de Trabajo - CGT- de 5 de octubre de 2000, se constituyó la Sección Sindical de dicha Confederación en la Junta de Extremadura, fijándose su ámbito en el conjunto de las consejerías de la Comunidad Autónoma Extremeña, nombrando Delegado Sindical de la misma a don Javier C. I.

SEGUNDO Que por resolución de la Dirección General de la Función Pública de la Junta de Extremadura de 15 de marzo de 2001, se acordó, entre otras cuestiones, reconocer a don Javier C. I. como delegado sindical del sindicato CGT en el ámbito de la referida Junta.

TERCERO Que por escrito -sin fecha- de don Felipe M. R., que dice actuar como responsable de la Secretaria de Finanzas y miembro del Secretariado Permanente del Sindicato de Oficios Varios CGT Badajoz, por el mismo se certifica: «Que siendo las 19 horas y reunido en fecha 28 de enero de 2002 el Secretariado Permanente del SOV de la provincia de Badajoz...» que, después de exponer diversas irregularidades del señor C. I., acuerda respecto al mismo en su tercer punto: «3º.-Adoptar como medida cautelar la suspensión y revocación del mismo en la representación de CGT -Badajoz como Delegado Sindical de la CGT de la Junta de Extremadura por la pérdida de la confianza expuesta, y, de conformidad con los Estatutos Confederales y los propios del SOV CGT-Badajoz incoar el oportuno expediente, así como dar traslado a través del miembro de este Secretariado don Felipe Manuel M. R. al órgano competente, en este caso la

Dirección de la Función Pública de la Junta de Extremadura del citado acuerdo, bien directamente a través de la comunicación a presentar ante la Dirección General de Trabajo, bien directamente ante la misma, a los efectos oportunos ante cualesquiera órganos o entidades de la Junta de Extremadura».

CUARTO En virtud del escrito señalado en el punto anterior, en escrito del Jefe de Servicios de Asuntos Generales de 27 de febrero de 2002 (dirigido a la ITV de Plasencia) y del Director General de la Función Pública (dirigido al señor C. I.) se recordaba que el nombramiento de Delegado Sindical de don Javier C. I. había sido revocado, con las consecuencias oportunas.

QUINTO Que el delegado sindical don Javier C. I. ha solicitado o puesto en conocimiento, repetidas veces, de la Junta de Extremadura: 1) Infracción sobre usos y costumbres de la demandada; 2) Ejercer los derechos y gozar de las garantías que como delegado sindical le otorga la legislación vigente; 3) Se pongan en su conocimiento los informes jurídicos en virtud de los cuales se acordó marginar a la CGT; 4) Informe de todas las evaluaciones de riesgos de trabajo realizados por los Centros de trabajo y las Consejerías; 5) Copias de todos los informes de riesgos realizados por los Servicios de Salud y Riesgos laborales; 6) Ser puntualmente informado de todas las plazas de interinos, en convocatoria que se estuviera realizando, que no hubieran sido ofertadas en turnos de traslado o ascenso; 7) Resultado del último proceso de elecciones sindicales, fecha de constitución de la primera sección Sindical de CGT, nombramiento y fecha del Delegado Sindical señor I. C.; 8) Disponer de tablones de anuncios en los centros de trabajo de la Junta de Extremadura; 9) Tener acceso a la misma información que el Comité de empresa; 10) Solicitud de informes al Comité de Seguridad y Salud; 11) Denuncias -sin concretar- de los derechos de libertad sindical y de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales; 12) Número de trabajadores con contratos temporales, número de plazas sin cubrir, número de trabajadores de cada Consejería -con indicación del grupo y servicio-, listado de centros de la Junta de Extremadura, razones de la privatización del servicio Telefónico, coste del servicio y nombre de la empresa adjudicataria; 13) Si se va a adoptar algún tipo de medidas de seguridad en las ITV, porqué la empresa concesionaria del servicio de limpieza de la ITV de Plasencia no deposita en contenedores el papel sobrante, porqué se está impidiendo hacer horas extraordinarias en la ITV de Plasencia y porqué fue excluido el delegado sindical de la Comisión Técnica de la ITV en virtud de un Reglamento -Reglamento de la Mesa General de Empleados Públicos- contrario a derecho; 14) Petición de informes sobre prevención de riesgos realizados en ITV de Badajoz, así como de los más relevantes que obren en el Centro de Prevención de riesgos Laborales; y 15) Falta de citación de la Junta al comité de Empresa, así como informes de la precedente partida de los trabajadores de la ITV de Plasencia, de las ordenes contradictorias dadas a los trabajadores, de la inexistencia de libro de visita en dicho centro y sobre si se ha iniciado proceso para cubrir la vacante en la mencionada ITV.

SEXTO En fecha 19 de julio y 28 de noviembre de 2001 la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Cáceres emitió informe obrante a los folios 61 a 63 y 72 y 73, cuyo contenido se da por reproducido.

SEPTIMO Por sentencia -hoy firme- del Juzgado de lo Social número 3 de Badajoz de fecha 15 de marzo de 2001, se ordena a la Junta de Extremadura a poner a disposición de la UGT un local para desarrollo de sus actividades.

OCTAVO En fecha 3 de abril de 2002 se inició expediente disciplinario contra el señor C. I., existiendo en la actualidad propuesta del instructor del mismo solicitando el sobreseimiento de dicho expediente de fecha 11 de julio de 2002.

NOVENO En escrito de 28 de abril de 2002, el Delegado Sindical don Javier C. I. solicitó de la Dirección General de Trabajo la iniciación del conflicto colectivo, en el que recayó resolución de 24 de mayo de 2002, contra lo que se otorgaba recurso de alzada ante la Consejería de Trabajo de la Junta de Extremadura.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO Los hechos declarados probados lo han sido en virtud de los siguientes medios de prueba: De los documentos obrantes a los folios 20 y 37 el hecho primero; de los existentes a los folios 21 a 23 el hecho segundo; el hecho tercero de los obrantes a los folios 78 y 79; de los folios 80 y 82, el hecho cuarto; el quinto de los documentos obrantes a los folios 29, 30, 32, 33, 35, 37 y 38; el sexto de los folios 61 a 63 y 72 y 73; el séptimo de los folios 64 a 67 y 69 a 71; el octavo de los folios 88 a 90 y 123 a 144; y el último de los hechos probados de los documentos obrantes a los folios 145 a 147 y 148 a 158 de las actuaciones.

Sobre los hechos declarados probados y específicamente sobre los contenidos en el ordinal quinto se ha de exponer que, desde una perspectiva constitucional, ha de defenderse que la igualdad de armas en la fase probatoria del proceso determina que no se puede imponer a una de las partes la prueba de los hechos negativos y se obligue a acudir a una prueba imposible o diabólica cuando es más simple la prueba del acto positivo contrario sentencia del Tribunal Constitucional 140/1994, de 9 de mayo (RTC 1994, 140), y las muchas que en ella se citan; razonable planteamiento que de siempre ha sido mantenido por la jurisprudencia a través de la doctrina de la accesibilidad a los medios de prueba -sentencias del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 1986 (RJ 1986, 4782), 18 de mayo (RJ 1988, 4313) y 15 de julio de 1988 (RJ 1988, 4931), 17 de junio (RJ 1989, 4695) y 23 de septiembre de 1989 (RJ 1989, 6352) y 5 de octubre de 1995 (RJ 1995, 8667)-, y que se halla justificado en el principio constitucional de interdicción de la indefensión y en el procesal principio dispositivo, que viene a significar un límite a la libertad valorativa de la prueba que el artículo 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral (RCL 1995, 1144, 1563) atribuye al Magistrado o Tribunal de instancia en este sentido ya se pronunciaba el extinguido Tribunal Central de Trabajo en sentencia de 12 de junio de 1987. Es más, ese razonable criterio en la distribución del «onus probandi» ha tomado cuerpo normativo en el artículo 217.6 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley 1/2000, de 7 de enero (RCL 2000, 34, 962) al disponer que en la aplicación de las diversas reglas que sobre la carga de la prueba dispone el precepto, «el Tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes en el litigio».

SEGUNDO De conformidad con lo dispuesto en el artículo 8.1 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical (RCL 1985, 1980) y según reiterada doctrina del Tribunal

Constitucional aplicada en sentencias, entre otras, 61/1989 de 3 de abril (RTC 1989, 61), 84/1989 de 10 de mayo (RTC 1989, 84), 292/1993 de 18 de octubre (RTC 1993, 292), y 168/1996 (RTC 1996, 168) «... la libertad sindical en el plano colectivo, garantiza a los sindicatos un ámbito esencial de libertad para organizarse a través de instrumentos de actuación de la forma que considere más adecuada a la efectividad de su actuación sindical, dentro claro está del respeto debido a la Constitución Española y a la ley», y que «pueden por ello los sindicatos, en el ejercicio de su libertad de autoorganización en los lugares de trabajo, constituirse a través de órganos, que, legalmente son conocidos con el nombre de secciones y delegados sindicales -artículo 8.1.a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1578, 2635)-, con capacidad para ejercer aquellas actividades que permitan la defensa y protección de los propios trabajadores» (sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2000 recurso 1000/2000 [RJ 2000, 7190]).

Una vez expuesto lo anterior conviene con carecer previo así lo entendió el instructor del expediente sancionador al señor C. I. en su propuesta de resolución (folios 123 a 144), determinar la situación de dicho delegado sindical, ante la revocación de su mandato realizada por el Secretariado Permanente del SOV Badajoz, en su sesión de 28 de enero de 2002, por cuanto que si hubiera perdido su condición, las conclusiones pudieran ser distintas; y con ello vamos a dar respuesta a la violación V -contenida en los hechos octavo y noveno de la demanda-. Pues bien en relación con lo expuesto ha de decirse, en primer lugar, que el delegado sindical, de conformidad con el artículo 10.1 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, ha de ser elegido por y entre los afiliados de la empresa o en el centro de trabajo, conjunto de afiliados que constituyen la sección sindical. La sección sindical, según determina el artículo 8.1 a) de la misma Ley Orgánica, se rige por los estatutos del sindicato en cuestión, lo que es obvio que debe ser así por cuanto que la autonomía organizativa de los sindicatos forma parte del derecho a la libertad sindical artículo 2.2 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, y que las normas jurídicas, por tanto, no deben interferir sino en aquello que es necesario para garantizar su carácter democrático. Una de estas normas garantías del funcionamiento democrático es la contenida en el artículo 10.1 antes citado, que establece que los delegados sindicales son los elegidos por los afiliados que forman parte de la sección sindical en la empresa, lo que excluye su designación por las estructuras directivas del sindicato.

En esta línea hemos de alabar el minucioso, detallado y exhaustivo estudio que de la cuestión hace el instructor don Pedro M. Y. del expediente sancionador al señor C. I., en su propuesta de resolución de 11 de julio de 2002 (Fundamento Jurídico Primero). En el punto 1 del referido fundamento se considera que la revocación de los nombramientos de los delegados sindicales sólo puede hacerse por los trabajadores afiliados al sindicato constituidos en sección sindical: «...-Pese a que la LOLS no se refiera expresamente al procedimiento de destitución o revocación del mandato de los delegados sindicales, en coherencia con lo dispuesto para la elección, debería seguirse idéntico proceder, de tal manera que los delegados sindicales serán destituidos por los trabajadores afiliados al sindicato constituidos en Sección Sindical y no directamente por el propio sindicato. Puede servir en este sentido, cae referencia, por analogía, lo dispuesto en el artículo 67.3 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997) respecto a los representantes unitarios...». Y siendo correcta esta afirmación en el caso de autos, no lo es, con carácter general, en el supuesto de revocación o destitución de los delegados sindicales.

La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2001 (recurso de casación para unificación de doctrina 1672/2000 [RJ 2000, 4911]) en el punto d) de su cuarto fundamento de derecho, al hablar de cese de los delegados sindicales, indica:

«... d) Por último, no es dable aplicar por analogía las normas de subsistencia del mandato de los representantes unitarios, dado que, a falta de pacto, existen circunstancias esenciales de divergencia que lo impide porque no existe identidad de razón (arg. "ex" artículo 4.1 del Código Civil [LEG 1889, 27]), al partirse en la representación unitaria de la base de la duración determinada del mandato electoral, en cambio la duración de la condición de delegado sindical depende de lo que establecieran los Estatutos del correspondiente sindicato o de los acuerdos que pudieran adoptarse en el seno de la Sección Sindical...».

Ahora bien, la conclusión de la Sala ha de ser idéntica a la mantenida por el instructor del repetido expediente sancionador, el que en el párrafo final del aludido punto 1 expone «En este proceso la elección y revocación de los representantes sindicales, la intervención del sindicato como organización habría de limitarse posiblemente (puesto que la normativa no lo establece) a efectuar la convocatoria personal de los afiliados a la asamblea para la constitución o disolución de la Sección Sindical o para la elección o destitución del Delegado Sindical, no obstante la autonomía que los Estatutos reconocen a las Secciones Sindicales...» Y ello por la importancia que tiene en el párrafo transcrito el inciso: «puesto que la normativa no lo establece». Así en la Ley Orgánica de Libertad Sindical no se indica ni el trámite ni las causas del cese del delegado sindical, ni tampoco lo hacen los Estatutos de la Confederación General del Trabajo -CGT-, ni los Estatutos del Sindicato de Oficios Varios de la Provincia de Badajoz -su articulado sólo contempla, en los términos de la Ley Orgánica, la elección de delegado sindical- y por ello sólo resta atenerse a «los acuerdos que pudieran adoptarse en el seno de la Sección Sindical». Y la Sección Sindical, que no es otra cosa que el conjunto de trabajadores de una empresa o centro de trabajo afiliados a un mismo sindicato -artículo 8.1 a) de la Ley Orgánica de Libertad Sindical- no ha adoptado acuerdo alguno referente a la revocación del mandato del señor C. I. Razones que avalan que en momento alguno don Javier C. I. perdiera su calidad de delegado sindical.

En el supuesto de autos la estudiada violación V se ha cometido por la demandada, por cuanto desconociendo la cualidad referida del Delegado sindical y revocando su mandato -sin causa legal, como se ha visto- le privó del ejercicio de sus derechos en el oficio referido en el hecho cuarto de esta resolución y específicamente del crédito horario de que disponía, en contra de lo regulado en el artículo 9.1 a) de la Ley Orgánica de Libertad Sindical.

TERCERO En cuanto a la primera violación denunciada -violación I- ha de ser desestimada. El precepto en que se ampara el derecho y la petición a la Junta no se relacionan. La misma parte actora describe su quebranto: «violación del derecho a disponer de tablones de información sindical situados en los centros de trabajo de la Junta de Extremadura y en los lugares en los que se garantice un adecuado acceso a los mismos». El precepto que ampara el derecho -artículo 8.2 a) de la Ley Orgánica de Libertad Sindical (RCL 1985, 1980)- prevé la existencia de un único centro de trabajo en

el que se deberá ubicar el tablón de anuncios y así se señala que «la empresa pondrá a su disposición un tablón de anuncios que deberá situarse en el centro de trabajo»; la descripción «un» tablón de anuncios y «el centro de trabajo», hace referencia a empresa que sólo posea un centro de trabajo. En el supuesto de autos no estamos hablando de empresa de dichas características, sino de la Junta de Extremadura que extiende su ámbito a toda la Comunidad Autónoma, con centenares o, acaso, miles de «centros de trabajo». La acusación, por esta causa, no debe prosperar. La parte demandante, en sus sucesivos escritos -a efectos de hacer viable su petición- no determinó el concreto centro de trabajo, en donde el delegado presta su actividad o actividades para el que solicitaba el repetido tablón al que tiene derecho; y, en caso de discrepancia, acudir -por analogía- a lo dispuesto en el artículo 81 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997).

CUARTO El derecho de información -violación II- de los representantes de los trabajadores se contempla expresamente en la sentencia del Tribunal Constitucional 142/1993, de 22 de abril (RTC 1993, 142), dictada en relación con la Ley 2/1991, de 7 de enero (RCL 1991, 39), sobre Derecho de Información de Representantes de Trabajadores en Materia de Contratación, y expresamente señala en ella el Alto Tribunal que el citado derecho «se enmarca dentro de la regulación de los órganos de representación colectiva de la empresa» y en cuanto tal supone desarrollo del «mandato constitucional de los poderes públicos facilitar la participación de los ciudadanos en la vida política, económica, social y cultural» (artículo 9.2 de la Constitución Española [RCL 1978, 2836]) y, especialmente, promover eficazmente «las diversas formas de participación en la empresa» (artículo 129.2 de la Constitución y sentencia del Tribunal Constitucional 208/1989 [RTC 1989, 208], F. 3º).

Ha de tenerse en cuenta -sigue el «Tribunal Constitucional que estas formas de participación quedan remitidas por el propio texto constitucional a la normativa legal (sentencias del Tribunal Constitucional 37/1983 [RTC 1983, 37], F. 2º, 118/1983 [RTC 1983, 118], F. 4º, y 39/1986 [RTC 1986, 39], F. 4) de modo que el legislador tiene un importante margen de apreciación para determinar el grado de participación en la empresa que establezca y dentro de ella el derecho de información otorgado a los representantes del personal. Este Tribunal ha de respetar esa libertad de configuración del legislador que le permite desarrollar con mayor o menor amplitud el alcance de los derechos de información, y no le corresponde valorar la oportunidad o el acierto de la elección legislativa, sino sólo si la misma ha violado preceptos constitucionales, y en este caso el derecho a la intimidad del trabajador». Esa legalidad a la que se refiere el Alto Tribunal, con respecto a la información de los delegados sindicales, está reflejada en el artículo 10.3.1º del Estatuto de los Trabajadores: «Tener acceso a la misma información y documentación que la empresa ponga a disposición del comité de empresa, estando obligados los delegados sindicales a guardar sigilo profesional en aquellas materias en las que legalmente proceda». Este precepto ha de ponerse en relación con el de las competencias del comité de empresa y, específicamente, a la posibilidad de recibir información de las materias contenidas en los puntos 1º, 2º, 3º, 6º, y 8º del artículo 64 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997).

La violación acusada y ahora estudiada no puede prosperar. La mayoría de los escritos formulados por el actor a la Junta de Extremadura constituye sólo una enumeración empírica de los derechos y garantías de los delegados sindicales (folios 25, 26, 27, 28, 31, 34, 37, 38, 52, 53, 54, 55 y 56), otros de ellos no guardan relación con las

informaciones o documentación que pudieran recibir los comités de empresa a tenor del referido artículo 64 (folios 29, 30, 32, 33, 35, 36, 42, 43, 44, 45) y en otros la inconcreción de los mismos o su falta de relación con el derecho acusado como violado los desautoriza (folios 39, 40, 41 y 51).

Ahora bien, no sólo lo expuesto avala el fracaso de la petición actora, sino que (como indica el precepto anteriormente transcrito -art. 10.3.1º de la Ley Orgánica de Libertad Sindical (RCL 1985, 1980)-, el derecho del delegado sindical es obtener «la misma información y documentación que la empresa ponga a disposición del comité de empresa», y esa condición exige dos términos de comparación para su viabilidad: a) información y documentación que percibiera el delegado sindical; y, b) información y documentación que reciba el comité de empresa. La falta de estos elementos -que la parte actora ha silenciado totalmente- hace decir a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1998, fundamento jurídico quinto:

«Pasando a los segundos titulares del derecho de información, a saber los Delegados Sindicales con prerrogativas, ven establecido su derecho de información con la equiparación enunciada en el apartado 1º del mencionado número 3 del artículo 10 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, en los términos literales de "Tener acceso a la misma información y documentación que la empresa" ponga a disposición del comité de empresa. Entonces, lo que sería necesario haber alegado y probado es que se había denegado a los Delegados Sindicales en el centro o centros en que ejercieran su mandato la información facilitada al Comité de empresa del mismo ámbito, cuestión ni siquiera planteada».

QUINTO Con respecto a la violación del derecho a la libertad sindical señalada en la demanda bajo el epígrafe III, se ha de hacer constar, para desestimarla, que la misma no encuentra encaje en el artículo 10.1.3ª de la Ley Orgánica de Libertad Sindical (RCL 1985, 1980), en relación con el artículo 64 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997), ello aparte -como se indica al final del fundamento anterior- si la infracción consiste en recibir «idéntica documentación que el Comité de Seguridad y Salud, falta la prueba de las premisas objeto de comparación: cual es la documentación que percibe el citado Comité y la Delegación Sindical».

SEXTO La violación reseñada como IV, de los derechos a la libertad sindical, carece de todo apoyo fáctico, a la vez que se ignora cuál es la actividad desarrollada por la Junta de Extremadura que impide al accionante «ejercer como delegado sindical, con las mismas garantías que las establecidas para los miembros de comité de empresa o de los órganos de representación que se establezcan con las Administraciones públicas».

Con respecto a la asistencia del Delegado sindical a las reuniones del Comité de empresa, es muy expresiva el cauce que el informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de 13 de julio de 2001 señala en el segundo párrafo de su punto 2º. Y sobre los informes de dicha Inspección sobre los cuales el demandante asegura que la Junta de Extremadura ha hecho caso omiso a su requerimiento, indicar: 1) Las garantías de cualquier delegado con respecto al derecho de información están señaladas con marca más indeleble que en las resoluciones de la Inspección, en la Ley Orgánica de Libertad Sindical; ningún hecho se relata en las repetidas resoluciones que signifique infracción alguna. Y, 2) En el segundo informe de la Inspección en fecha 23 de

noviembre de 2001, contiene la actividad del Director General de la Función Pública, en cumplimiento del requerimiento efectuado en el anterior.

SEPTIMO No resta más que exponer que la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Badajoz de 15 de marzo de 2001 tiene sus propios cauces de ejecución y que los acuerdos del Director General de Trabajo de 24 de mayo de 2002, tiene también su vía de impugnación -en la resolución se indica: recurso de alzada- y en su caso el correspondiente proceso contencioso-administrativo.

OCTAVO Para desestimar la pretensión indemnizatoria, basta reproducir los argumentos expuestos en el fundamento jurídico sexto de la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo -dictada en recurso de casación para unificación de doctrina- de 23 marzo de 2000 (RJ 2000, 3121):

«Ciñéndonos a esta única cuestión, a la que queda reducido el fondo del recurso, debemos recordar la doctrina que con reiteración viene exponiendo la Sala, cuando ha tenido que interpretar y aplicar el artículo 180.1 de la Ley de Procedimiento Laboral (RCL 1995, 1144, 1563), en cuanto dispone que la sentencia que declare la existencia de vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas, ordenará la reparación de las consecuencias derivadas del acto, incluida la indemnización que procediera. A tal efecto ha declarado la Sala en sentencias de 9 de junio de 1993 (RJ 1993, 4553), 22 de julio de 1996 (RJ 1996, 6381), 20 de enero de 1997 (RJ 1997, 620), 2 de febrero de 1998 (RJ 1998, 1251), 9 de noviembre de 1998 (RJ 1998, 8917) y 28 de febrero de 2000 (RJ 2000, 2242), que el artículo 15 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical (RCL 1985, 1980) dispone que "el órgano judicial, si entendiere probada la violación del derecho de libertad sindical, decretara la reparación consiguiente de las consecuencias ilícitas del comportamiento antisindical, y en el artículo 180.1 de la Ley de Procedimiento Laboral, al precisar que la sentencia que declare al existencia de la vulneración de este derecho, ha de disponer de reparación de las consecuencias derivadas del acto, incluida la indemnización que procediera, no significa, en absoluto, que basta con que quede acreditada la vulneración de la libertad sindical para que el juzgador tenga que indemnizar automáticamente a la persona o entidad conculcadora al pago de una indemnización. Estos preceptos no disponen exactamente esa indemnización automática, puesto que de lo que en ellos se dice resulta claro que para poder adoptarse el mencionado pronunciamiento condenatorio al 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, y dando las pertinentes razones que avalen y respalden dicha decisión, en segundo lugar que queden acreditadas, cuando menos, indicios o puntos de apoyo suficientes en las que se pueda asentar una condena de tal clase"».

«Abundando en la misma idea, la primera de las sentencias citadas, advirtió que el demandante en esta modalidad procesal de tutela no queda totalmente exento de la obligación de alegar y razonar en su demanda los fundamentos de su pretensión indemnizatoria, o que deba quedar relevado de la carga de acreditar una mínima base fáctica que sirva para delimitar los perfiles y elementos de la indemnización que se haya

de aplicar, sino que, por el contrario, sobre el actor pesa el deber de justificar los elementos de hecho necesarios para que sea reconocida la indemnización».

«En este caso concreto, el trabajador se limitó a incluir en el suplico de su demanda la petición de condena para la empresa a que abonara una indemnización de dos millones de pesetas, sin hacer siquiera alusión al perjuicio que con el despido se le hubiera podido producir, ni identificar tampoco la especie de daño o perjuicio sufrido, así como su alcance, y sin que después prosperara ni practicara prueba alguna al respecto, y por ello la Sala se ve privada de los elementos suficientes para estimar el recurso, tal como ha sido planteado».

En el supuesto de los autos la parte actora hace derivar la indemnización solicitada (43.272,87 euros) de la gravedad de la conducta empresarial y de las múltiples violaciones acusadas, pero sin que se señalen -ni mucho menos se hubieran acreditado en juicio, en el que sobre este extremo no se propuso prueba de clase alguna- los concretos daños sufridos y los parámetros indemnizatorios a utilizar, lo que justifica el rechazo de esta petición actora.

FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos, parcialmente, la demanda interpuesta por el Sindicato Confederación General del Trabajo contra la Junta de Extremadura, sobre tutela de la libertad sindical, y, en consecuencia, debemos condenar y condenamos a este Organismo a que, reconociendo a don Javier C. I. su condición de Delegado Sindical, deje sin efecto su resolución de revocación del cargo de dicho Delegado, cesación del disfrute del crédito horario de que disponía y de la prohibición de la utilización de los medios materiales del centro de trabajo para fines sindicales, decisiones que fueron acordadas por oficio del Jefe de Servicios de Asuntos Generales de la Junta de fecha 27 de febrero de 2002, y que ha de declararse radicalmente nula, así como la de todas sus consecuencias apuntadas; reponiendo al referido Delegado Sindical a su anterior situación a la decisión que se anula.

Líbrese certificación de la presente para unir a los autos de su razón, incorpórese su original al Libro de Sentencias, y notifíquese a las partes haciéndoles saber que contra la misma sólo cabe recurso de Casación ante la Sala IV de lo Social del Tribunal Supremo, debiendo prepararse a los diez días siguientes al de la notificación, bien manifestándolo así en el momento de la notificación bien por comparecencia o por escrito ante esta misma Sala.

El recurrente que no gozare del beneficio de Justicia gratuita -que no sea Entidad Pública no litigue en su calidad de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos)- deberá acreditar mediante resguardo entregado en la Secretaría de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo al tiempo de la personación, la consignación de un depósito de 300,50 euros, en la entidad de crédito BBVA c/c ... Madrid, Sala de lo Social Tribunal Supremo.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgado lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

AS 2002\630

Sentencia Tribunal Superior de Justicia Asturias núm. 622/2002 (Sala de lo Social), de 1 marzo

Jurisdicción: Social

Recurso de Suplicación núm. 3129/2001.

Ponente: Ilma. Sra. D^a. M^a del Carmen Prieto Fernández.

LIBERTAD SINDICAL: contenido esencial: derecho de información: alcance; lesión del derecho: inexistencia: imposibilidad de utilizar los servicios telemáticos (correo electrónico) instalados por la empresa para transmitir información sindical.

EL TSJ desestima el recurso de suplicación interpuesto por la parte actora contra Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Oviedo, de fecha 30-07-2001, en autos promovidos sobre tutela del derecho de libertad sindical.

Texto:

En Oviedo, a uno de marzo de dos mil dos.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Asturias siendo el Ilmo. Sr. D. Eduardo Serrano Alonso, Presidente, formando Tribunal los Ilmos. Sres. D. Eduardo Serrano Alonso, Dña. María Eladia Felgueroso Fernández, Dña. M^a del Carmen Prieto Fernández, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA núm. 622/2001

En el recurso de suplicación interpuesto por Comisiones Obreras de Asturias, Unión General de Trabajadores contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Oviedo de fecha treinta de julio de dos mil uno, dictada en proceso sobre Tutela Derechos Libertad Sindical, y entablado por Comisiones Obreras de Asturias, Unión General de Trabajadores frente al Instituto Nacional de Empleo y el Ministerio Fiscal, ha sido ponente la Ilma. Sra. Dña. M^a del Carmen Prieto Fernández.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO Según consta en autos el mencionado Juzgado de lo Social dictó sentencia de fecha treinta de julio de dos mil uno por la que se desestimaba la demanda.

SEGUNDO En la mencionada sentencia y como hechos declarados probados, los siguientes:

«I.-Desde hace al menos 10 años, el personal laboral de la Subdirección de Prestaciones del Instituto Nacional de Empleo de Asturias trabaja con una red de

comunicaciones interna del Instituto Nacional de Empleo, que tiene varios programas o aplicaciones, uno de los cuales es el correo electrónico llamado CONNET. Hace unos seis años se estableció un tablón sindical informático. Para tener acceso al mismo es preciso la utilización de una clave de usuario (password).

Los trabajadores de la Subdirección de Prestaciones del Instituto Nacional de Empleo venían accediendo al tablón de anuncios virtual. La utilización de dicha clave está autorizada a los "usuarios" del correo electrónico que son, según la relación presentada por el Instituto Nacional de Empleo (doc. 14):

CP Asturias Dirección Provincial

SPFO Asturias Sub. Prov. Formac. Ocupacional

SPPE Asturias Sub. Prov. Prom. Empleo

SPGE Asturias Sub. Prov. Gest. Económica

SPPP Asturias Sub. Prov. Prestaciones

UPP Asturias Sub. Prov. Prestaciones

CFO Aviles Cent. Form. Ocupac. Avilés

CFO GijónCent. Form. Ocupac. Gijón

CFO Langreo Cent. Form. Ocupac. Langreo

CFO Oviedo Cent. From. Ocupac. Oviedo

CI Asturias Cordinac. Informática.

Línea 902 Asturias Línea 902

OE Aller Moreda Oficinas de Empleo

OE Aviles Vatican

OE Aviles G. Abarca

OE Cangas de Narcea

OE Cangas de Onís

OE Gijón Fermín Cane

OE Gijón Feijoo

OE Gijón Juan De Aus

OE Grado

OE Langreo

OE Pola de Lena

OE Luarca

OE Llanes

OE Mieres

OE Xubillaga

OE Elorza

OE Infiesto

OE Pravia

OE Pola de Siero

OE Siero, Severo Ocho

OE Tapia de Casarieg

OE Teverga

OE Tineo

OE Vegadeo

Las claves de acceso de las Secciones estatales de CC OO, y UGT continúan inalteradas.

II.-En febrero de 2001, fue modificada la clave de acceso al sistema CONNET, al considerar el Instituto Nacional de Empleo que la misma se había utilizado indebidamente para enviar mensajes de contenido sindical, cuya responsabilidad podría ser atribuida al titular de dicha clave.

III.-El 22 de febrero de 2001, 26 trabajadores de la Subdirección de Prestaciones del Instituto Nacional de Empleo, sita en la Plaza Gral. Ordóñez, presentaron escrito dirigido al Director Provincial del Instituto Nacional de Empleo comunicando que les había sido denegado el acceso al tablón sindical informático y la posibilidad de acceder a la información que el mismo contiene, solicitando que les fuera adjudicada la clave de usuario al correo electrónico (CONNET). Su solicitud fue desestimada pro la Dirección Provincia el 5 de abril de 2001, de acuerdo con el informe de la Subdirectora General Adjunta de Gestión de Recursos de 27 de marzo de 2001. La Subdirectora General

arbitró como fórmula Transitoria, tanto se regulase la utilización de los medios informáticos en la que se contempla la de noticias sindicales, y se instalase la nueva aplicación Lotus Notes en Infored, en la que todo el personal tendrá acceso a la información con su propia clave, la impresión de la información sindical y su propia clave, la impresión de la información sindical y su publicidad mediante su exposición en un lugar de fácil acceso para todo el personal, que es la que se viene utilizando en la Subdirección de Prestaciones.

IV.-Interpusieron demanda ante los Juzgados de lo Social el 4 de julio de 2001.

V.-Según Instrucción del Subdirector General de Gestión de Recursos, de 26 de noviembre de 1996, conforme con las dadas el 14 de marzo de 1995, "el uso indebido de la herramienta de trabajo que es el correo electrónico, así como si se efectúa por personal no autorizada, comportará la apertura de expediente disciplinario. Caso de no encontrar responsable directo del uso indebido, las acciones se dirigirán contra el que resulte ser usuario registrado, con cuya clave se cometió la infracción a menos que se hiciera en contra de su voluntad o con un claro abuso de confianza". En el mismo sentido, el 4 de marzo de 1997, el Subdirector General de Gestión de Recursos, establecía "a efectos de regular un uso adecuado del denominado Tablón Sindical por parte de los usuarios que disponen de autorización para su utilización y otorgarles al mismo tiempo las máximas garantías en el control de la transmisión y lectura de los mensajes que bajo su número de usuario puedan realizarse, se recuerda que la autorización que concede la administración y que permite tener acceso a dicho medio, tiene carácter discrecional y en evitación de supuestos en los que pudiese resultar revocada dicha autorización, deberán seguirse las pautas establecidas para su buen uso y que se concretan en las siguientes:

Primero.-El Tablón Sindical deberá utilizarse exclusivamente para transmisión de mensajes de contenido sindical, quedando expresa y terminantemente prohibido para dichos usos la utilización del Correo Electrónico.

Segundo.-El uso del citado medio se encuentra reservado al responsable autorizado a través de una clave de identificación o palabra de paso (password) que identifica al usuario, por lo que será de su responsabilidad el uso indebido que del mismo pueda derivarse.

Tercero.-Toda utilización del Tablón que se vaya a realizar pro usuario distinto del titular autorizado, requerirá del consentimiento previo y expreso de aquél y el traslado de este extremo a la Subdirección General de Gestión de Recursos.

En razón de lo expuesto, el uso de un terminal distinto del utilizado pro el usuario autorizado para funciones relacionadas con el contenido del citado Tablón, se deberá comunicar al Jefe de la Unidad Administrativa donde radique dicha terminal y le será facilitado cuando se acredite que para ese caso puntual se cuenta con el consentimiento del responsable autorizado de la central Sindical que corresponda.

Así pues, los usuarios registrado, titulares de la autorización, representantes de una organización sindical, velarán y podrán los medios a su alcance para que ningún

miembro de su organización use indebidamente no sólo el `Tablón Sindical` sino también el `Correo Electrónico`.

Cualquier uso no autorizado de ambos medios, y en especial del segundo de los citados, se reputará como uso ilegítimo y violación muy grave de la autorización administrativa, y comportará la suspensión cautelar de la clave de acceso y hasta la retirada definitiva de la misma.

Cuarto.-Todo cambio que se produzca en el titularidad del usuario autorizado, deberá ponerse en conocimiento de esta Subdirección".

VI.-En el centro de trabajo del Instituto Nacional de Empleo sito en la Plaza Gral. Ordóñez existe un tablón de Anuncios general al que tiene acceso los trabajadores así como los representantes de los sindicatos implantados en el centro, donde se da publicidad a los mensajes de carácter sindical.

VII.-En el presente procedimiento fue parte el Ministerio Fiscal, que informó en el sentido que consta en autos».

TERCERO Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante, siendo impugnado de contrario.

Elevados los autos a esta Sala, se dispuso el pase a ponente para su examen y resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO La Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Oviedo de 30 de julio de dos mil uno desestimó la demanda formulada por CC OO y la UGT de Asturias contra el Instituto Nacional de Empleo que tenía por objeto la declaración de una vulneración del derecho fundamental a la libertad sindical, intimidad y derecho a recibir información veraz, así como la nulidad de la conducta del Instituto Nacional de Empleo, en el sentido de que proceda a permitir el libre acceso de los trabajadores afectados al tablón sindical contenido en el correo electrónico del instituto demandado (CONNET).

Frente a la misma se interpone recurso de Suplicación al amparo procesal del art. 191 b) y c) de la Ley de Procedimiento Laboral (RCL 1995, 1144 y 1563).

El recurso es impugnado por el abogado del Estado en representación de la parte demandada.

SEGUNDO El primero de los motivos propugna la modificación de los hechos probados para que se incluya uno nuevo con el contenido siguiente: «El tablón sindical inserto en el sistema CONNET, tiene como fin el envío (y por ello recepción) de mensajes de contenido sindical. El Instituto Nacional de Estadística, denegó el acceso a los trabajadores de la Subdirección de Prestaciones, por enviar mensajes de contenido sindical».

También se solicita la adición al hecho primero del dato siguiente: «dentro de los usuarios del tablón sindical en Asturias, estaban los trabajadores que prestan servicios en la subdirección de prestaciones».

Ninguna de las dos pretensiones puede prosperar por las razones siguientes.

En primer lugar ha de tenerse muy presente cuál es el objeto del proceso. Se denuncia un atentado al derecho fundamental a la libertad sindical por considerar que el Instituto Nacional de Empleo niega a los trabajadores de las subdirección de prestaciones el uso de tablón de anuncios virtual, al suprimir el acceso de una clave que según se declara probado en el hecho primero (y se acredita sin posibilidad de contradicción alguna por el documento que obra al folio 114 de los autos), venían utilizando los trabajadores de la citada subdirección.

Para decidir la pertinencia de la adición solicitada es preciso distinguir dos cuestiones fácticas que aparecen poco delimitadas en el recurso.

Por un lado la titularidad de la clave de acceso, que corresponde, según se declara probado y no contradicho a la Subdirección de Prestaciones, en la persona de la subdirectora.

Por otro, el hecho, también demostrado de que una de las claves de acceso era utilizada por los trabajadores de la subdirección para recibir y enviar información de contenido sindical, a modo de tablón de anuncios.

Y otra, cosa distinta, pero conectada con la anterior, es la calificación que ha de hacerse de los mensajes transmitidos a través de dicha clave, cuyo contenido estrictamente sindical se discute.

El hecho probado tal y como se pretende introducir en la redacción que se propone vincula de forma insoluble ambos problemas.

Es cierto y consecuentemente es lógico afirmar, que si el correo electrónico se utiliza como tablón de anuncios sindical, su contenido tiene que ser sindical. Afirmar que los mensajes que obran a los folios 121 a 126 sean de contenido sindical, puede responder a la verdad, porque lógicamente están enviados con una finalidad reivindicativa que puede considerarse incluida en el ámbito del derecho a la libre expresión sindical. Ahora, bien, afirmar que la clave de acceso por correo electrónico a nombre de la subdirección, utilizada, dentro de la propia subdirección, como tablón de anuncios, y por lo tanto sustituyendo al modelo tradicional, pueda tener un contenido de utilización tan amplio que sobrepase los mensajes meramente informativos para convertirse en medio de queja, reivindicación y aglutinación, es otra cosa. El contenido sigue siendo sindical, pero la utilización del correo electrónico a tal fin puede exceder de los límites que establece el art. 8 de la LOLS (RCL 1985, 1980 y ApNDL 13091) que se estudiará en la fundamentación jurídica que se expondrá a continuación.

TERCERO Por el cauce procesal del art. 191 c) de la Ley de Procedimiento Laboral se denuncia la vulneración del art. 28.1 de la Constitución Española (RCL 1978, 2836 y ApNDL 2875), en relación con el art. 8 de la LO Libertad Sindical Ley 11/1985, de 2 de

agosto, en relación con el art. 3 del Código Civil y los artículos 18 y 20 de la Constitución Española y art. 180 de la Ley de Procedimiento Laboral.

El art. 8 de la LOLS establece que los trabajadores tienen derecho a un tablón de anuncios con la finalidad de facilitar la difusión de aquellos avisos que puedan interesar a los afiliados al Sindicato y a los trabajadores en General, debiendo garantizarse el adecuado acceso al mismo.

El uso y utilización y alcance de ese espacio físico no se discute en este procedimiento.

Es innegable que como dice la Sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de febrero de 2001 (Sentencia 17/2001) (AS 2001, 84), aportada a los autos, que el objetivo de la administración de modernizar los servicios públicos acercando su funcionamiento a los ciudadanos y empresas pasa por asumir los medios técnicos y electrónicos informáticos y telemáticos que numerosas normas ya prevén de forma específica. Pero la utilización de la red de la empresa (en este caso Administración) por correo electrónico para transmitir información sindical, no ha sido ordenada legalmente. No existe norma, convenio o acuerdo que lo imponga y así las cosas los criterios interpretativos que establece el art. 3. 1 del Código Civil, «no permiten reconocer en términos absolutos, con base en los artículos de la Constitución, y los invocados de la LOLS de 2 de agosto de 1985, el derecho a utilizar el medio de correo electrónico a través del servicios de la empresa para el ejercicio de la actividad sindical en la misma o recibir la información que le remita su sindicato, sin olvidar que el artículo 53.1 de la Ley Básica del Estado, dispone que sólo por Ley podrá regularse el ejercicio de los derechos fundamentales, con respeto de su contenido esencial, como así lo hizo en cuanto a la Libertad Sindical la Ley Orgánica precitada».

En el mismo sentido, se ha pronunciado recientemente el Tribunal Supremo en sentencia de 26 de noviembre de dos mil uno, donde estimando un recurso de Casación para Unificación de Doctrina absuelve a la empresa demandada porque «la utilización del sistema informático podría ser objeto de negociación colectiva o acuerdo de cualquier tipo, pero, mientras no se obtenga, la utilización deberá se expresamente consentida por la demandada.

El artículo 8 de la Ley Orgánica Libertad Sindical 11/1985 consagra el derecho a los afiliados a recibir la información que les remite su sindicato, mas no establece que sea la empresa la que deba facilitar los medios materiales para llevarla a cabo».

Los argumentos jurídicos que justifican el fallo de instancia no han sido desvirtuados en el recurso porque la Sala aprecia que no ha existido vulneración de las normas que se denuncian y consecuentemente el recurso debe desestimado confirmándose la sentencia recurrida.

Por cuanto antecede;

FALLAMOS

Desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por Comisiones Obreras y Unión General de Trabajadores frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Oviedo de fecha 30 de julio de 2001 en los autos seguidos a su instancia contra el Instituto Nacional de Empleo y el Ministerio Fiscal sobre Tutela Derechos Libertad Sindical, confirmamos al sentencia de instancia íntegramente.

Adviértase a las partes que contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en el plazo de diez días. Incorpórese el original al correspondiente Libro de Sentencias. Líbrese certificación para su unión al rollo de su razón. Notifíquese a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia y una vez firme, devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social de procedencia, con certificación de la presente.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgado, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.-Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

ARP 2001\849

Auto Audiencia Provincial Madrid (Sección 5ª), de 10 septiembre 2001

Jurisdicción: Penal

PRINCIPIO DE PUBLICIDAD: Presencia de medios de comunicación social; restricción de acceso; autorización de acceso a equipo de televisión: carácter público de los acusados: desempeño de altos cargos en la Administración en las fechas de los hechos: prevalencia del derecho a recibir información veraz sobre su derecho al honor, intimidad y propia imagen.

La Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Madrid autoriza el acceso de un equipo de televisión a la sala de vistas donde se celebrará el juicio oral señalado en la causa.

Texto:

En Madrid, a diez de septiembre del dos mil uno.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO En escrito presentado el 10 de julio del 2001 por Carlos B. B., Director de Tribunal Televisión, solicitó autorización para grabar el juicio que ha de celebrarse en esta causa, para emitirlo de forma simultánea a su celebración; solicitud a la que se unió la presentada por Televisión Española, SA el 18 de julio del 2001.

SEGUNDO Por providencia de 12 de julio del 2001 se acordó formar con ese escrito pieza separada de incidente y dar traslado del mismo a todas las partes personadas al objeto de que manifestaran lo que a su derecho conviniera; traslado que han evacuado varias partes, mostrándose contrarios a esa autorización el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado, la representación procesal de la Asociación de Estudios Penales y las

defensas de Rafael V. F.-H. y José B. P., y a favor de la misma la representación procesal del José María R. M. y J. T. y la defensa de José Luis C. C.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO La presencia de los medios de comunicación a las Salas de Vistas de los Tribunales donde se celebren juicios orales públicos afecta no sólo al derecho a comunicar y recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión (artículo 20.1 de la Constitución [RCL 1978, 2836; ApNDL 2875]), sino al derecho a un proceso público con todas las garantías (artículos 24.2 de la misma Constitución, 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos [RCL 1977, 893; ApNDL 3630]).

Un repaso a la Jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo así lo confirma. El auto del Tribunal Constitucional 195/1991 (RTC 1991, 195), tras recordar que «la publicidad no sólo es un principio fundamental de ordenación del proceso, sino igualmente un derecho fundamental» y apuntar una de las finalidades del principio de publicidad de los juicios -que «los "media" se hagan eco de lo ocurrido durante el juicio no sólo no merece en principio reproche constitucional alguno, sino que forma parte de las garantías del propio acusado frente a quienes ejercen potestad pública, y como tales se encuentran protegidas como derecho fundamental por los arts. 24 y 120 CE (STC 30/1982 [RTC 1982, 30])»-, señaló que «una vez decretada la apertura del juicio oral, rige el principio de publicidad absoluta e inmediata, en tanto que garantía procesal tendente a salvaguardar el derecho fundamental a un proceso público del art. 24.2 CE, así como instrumento para fortalecer la confianza del pueblo en la independencia e imparcialidad de sus Tribunales». Asimismo es ilustrativa la sentencia del Tribunal Constitucional 30/1982 «el principio de la publicidad de los juicios, garantizado por la Constitución (RCL 1978, 2836; ApNDL 2875) (art. 120.1), implica que éstos sean conocidos más allá del círculo de los presentes en los mismos, pudiendo tener una proyección general. Esta proyección no puede hacerse efectiva más que con la asistencia de los medios de comunicación social, en cuanto tal presencia les permite adquirir la información en su misma fuente y transmitirla a cuantos, por una serie de imperativos de espacio, de tiempo, de distancia, de quehacer, etc., están en la imposibilidad de hacerlo. Este papel de intermediario natural desempeñado por los medios de comunicación social entre la noticia y tantos no están, así, en condiciones de conocerla directamente, se acrecienta con respecto a acontecimientos que por su entidad pueden afectar a todos y por ello alcanzan una especial resonancia en el cuerpo social». Más recientemente, el Tribunal Supremo en su Sala de lo Contencioso-Administrativo, al resolver recursos interpuestos contra decisiones de las Salas de Gobierno del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional que regulaban el acceso de los medios de comunicación a las Salas de Justicia, haciéndose eco de la misma Jurisprudencia Constitucional, reconoció en sus sentencias de 9 de julio de 1999 (RJ 1999, 6881) y 15 de noviembre del 2000 (RJ 2000, 9603) la «preferencia del acceso a esta publicidad de los medios de comunicación social, con el fin de atender la formación de una opinión pública debidamente informada».

SEGUNDO El ejercicio de esos derechos constitucionales no puede ser, sin embargo, ilimitado ni, por tanto, puede predicarse un derecho absoluto a acceder los medios de comunicación a los juicios orales.

El propio artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (RCL 1977, 893; ApNDL 3630) ya contempla una limitación a los medios de comunicación al expresar que «la prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del Tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia».

Este criterio ha sido recogido en las sentencias antes citadas de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo al señalar que, en determinadas circunstancias, puede ser aconsejable, o bien eliminar drásticamente la publicidad -casos legalmente previstos de juicios a puerta cerrada- o bien establecer limitaciones de acceso, que sin anular o cercenar sustancialmente la publicidad, sin embargo vengam aconsejados por la razonable exigencia de asegurar el fin específico del proceso o de la actuación judicial, respecto de la que no se desconoce, por supuesto, el derecho de los medios de comunicación de hacerse presentes para obtener la información oportuna, aunque con las limitaciones concretas derivadas de aquella necesidad prevalente de garantizar el fin constitucional de prestar una tutela judicial efectiva. El respeto a otros derechos también constitucionalmente protegidos -el honor y la intimidad (artículo 18.1 de la Constitución [RCL 1978, 2836; ApNDL 2875]), y fundamentalmente, en relación concreta al uso de cámaras de televisión o grabación de la imagen, el derecho a la propia imagen reconocido en el mismo artículo-, justificará así la restricción del acceso a los medios de comunicación. Por otro lado, debe procurarse, en todo caso, que el acceso de los medios de comunicación no impida el desarrollo del acto procesal con plena normalidad, de modo que, como señalan las mismas sentencias del Tribunal Supremo «en ningún caso la actuación o presencia de los periodistas en el acto de que se trate pueda convertirse por sí misma en el origen de su desvirtuación sustancial o de anómalas interferencias en su normal desenvolvimiento, en orden a cumplir el fin para el que ha sido instituido».

La búsqueda de un equilibrio entre esos derechos constitucionales y la garantía de los citados intereses legítimos exige, por tanto, en cada caso una resolución del Tribunal correspondiente. De ese modo, la ponderación entre unos y otros derechos obligará a examinar individualizadamente cada uno de los factores confluyentes: la naturaleza de los hechos enjuiciados; el carácter público o privado de la persona encausada; la posible afectación, en el curso de la práctica de la prueba, a aspectos de la vida íntima de alguna de las personas relacionadas con el procedimiento; la declaración en el juicio oral de personas objeto de especial protección, como los menores; la concurrencia de especiales circunstancias que pudieran hacer peligrar la seguridad de testigos o cualquier otro interviniente en el proceso; o el peligro de alteraciones del orden público, entre otros.

TERCERO Aplicados los criterios generales anteriores a este procedimiento, debe autorizarse a los medios de comunicación -incluidas las cámaras de grabación de imagen- la presencia continua en la sala de vistas de esta Sección durante la celebración del juicio oral cuya celebración va a comenzar próximamente.

Referidos los hechos sometidos al enjuiciamiento de este Tribunal a la gestión de fondos públicos, es indudable la trascendencia también pública de este juicio y el interés general en conocer el desarrollo de sus sesiones, que sólo puede ser satisfecho si se superan las inevitables limitaciones de aforo de la sala de vistas mediante la posibilidad de que fuera de ella pueda ser presenciado por los demás ciudadanos.

En segundo lugar, el carácter público de los acusados, que desempeñaron altos cargos en la Administración en las fechas en las que se realizaron los hechos imputados, aparte de acrecentar el interés general en la difusión del contenido del juicio oral, obliga a sacrificar sus derechos al honor, intimidad personal y propia imagen -en la medida que se vean afectados-, en beneficio del derecho a emitir y recibir información veraz, preponderante sobre aquellos derechos cuando los titulares son personas públicas, ejercen funciones públicas o resultan implicadas en asuntos de relevancia pública, «obligados por ello a soportar un cierto riesgo de que sus derechos subjetivos de la personalidad resulten afectados por opiniones o informaciones de interés general» (sentencia del Tribunal Constitucional 107/1988 [RTC 1988, 107], recogida en la 110/2000 [RTC 2000, 110]).

Asimismo, la prueba propuesta por las partes no hace previsible que en su práctica puedan verse afectados gravemente derechos de otras personas que pudieran verse menoscabados por la difusión televisiva, ni está citado como testigo algún menor u otra persona cuyos derechos deban especialmente protegerse mediante la limitación de la publicidad.

La seguridad personal de acusados, testigos, peritos y demás intervinientes en el proceso no tiene porqué resentirse a consecuencia de la transmisión de las imágenes del juicio oral, que poco añade a la difusión pública del contenido del juicio ni evitaría la grabación audiovisual fuera del edificio de la Audiencia en el intento de los medios de comunicación de captar las imágenes imprescindibles para desempeñar su trabajo. Por el contrario, la obtención de imágenes del desarrollo del juicio oral seguramente reducirá el «acoso» habitual de las cámaras de televisión a todos los que tengan relación con el procedimiento, al tener menos interés público las declaraciones que puedan hacer unos y otros fuera de la sala de vistas que las manifestaciones realizadas en el juicio. Tampoco la serenidad o tranquilidad de los testigos en el momento de declarar ha de verse sensiblemente afectada por la presencia de las cámaras de televisión, máxime cuando muchos de los testigos propuestos desempeñan o han desempeñado cargos públicos de notable responsabilidad, en los que se habrán acostumbrado a soportar las tensiones propias de las declaraciones en público, inevitables en cualquier caso durante un juicio oral. Pero, en todo caso, la ubicación de las cámaras de televisión en la sala de vistas, a la que luego haremos referencia, servirá para hacer menos notoria su presencia al objeto de minimizar su efecto en las personas que tendrán que declarar.

Y, por último, no constituye un obstáculo a la presencia de las cámaras de televisión la previsión de la vetusta Ley de Enjuiciamiento Criminal en su artículo 704 sobre la incomunicación de los testigos, de imposible cumplimiento en la realidad social actual ante la proscripción de cualquier tipo de censura previa a los medios de comunicación (artículo 20.2 de la Constitución [RCL 1978, 2836; ApNDL 2875]) y la habitual facilidad de los mismos -incluso sólo de la prensa escrita- de reproducir el contenido de las declaraciones prestadas en el juicio oral.

CUARTO Estimada, por tanto, la petición formulada por los representantes de los dos medios de comunicación reflejados en los antecedentes de esta resolución -que se hace extensiva a otras empresas interesadas-, la limitación del espacio en la sala de vistas obliga necesariamente a permitir el acceso al equipo de una sola cadena de televisión -obligada, eso sí, a suministrar a las demás las correspondientes imágenes en las condiciones que acuerden entre ellas o, en caso contrario, decida, como cuestión gubernativa, el Presidente de esta Audiencia-, equipo que podrá situar las cámaras antes del comienzo del juicio oral en el lugar reservado al público, sin invadir el espacio destinado a estrados, y de forma que no altere en desarrollo de las sesiones ni moleste al resto de las personas presentes.

Esta autorización podrá ser revocada en el caso de que se incumplan las condiciones impuestas o se altere el desarrollo del juicio oral, a criterio de este Tribunal, quien podrá acordar la interrupción temporal de la grabación videográfica cuando resulten concretamente afectados los derechos de alguna persona.

La sala acuerda: Autorizar el acceso de un equipo de televisión, en los términos antes señalados, a la sala de vistas donde se celebrará el juicio oral señalado en esta causa.

Comuníquese a los solicitantes y notifíquese a las partes.

Lo acuerdan, mandan y firman los señores Magistrados que figuran al margen. Certifico.

RJ 2001\4295

Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), de 30 abril 2001

Jurisdicción: Contencioso-Administrativa

Recurso contencioso-administrativo núm. 610/1998.

Ponente: Excmo. Sr. D. Oscar González González.

CORREOS Y TELECOMUNICACIONES: Televisión digital terrenal: RD 2169/1998, de 9 octubre, aprueba el plan técnico nacional: gestión pública de televisión local: falta de regulación de su papel en el avance tecnológico: inexistencia: legislación vigente: vulneración inexistente. MEDIOS DE COMUNICACION SOCIAL: Radiodifusión y televisión: televisiones privadas: gestión indirecta de servicio público: concesión administrativa: televisión digital terrenal: RD 2169/198, de 9 octubre, aprobatorio del plan técnico nacional: examen; Criterios de adjudicación. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PUBLICAS: derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión (art. 20 CE): vulneración inexistente: doctrina del TC: ha de ser efectiva y actual: no cabe contra lesiones futuras o meramente hipotéticas.

El TSJ desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la entidad «Sogecable, SA» contra el RD 2169/1998, de 9 octubre, por el que se aprueba el plan técnico de la televisión digital terrenal, confirmando el mismo por ser ajustado a derecho; sin expresa imposición de las costas procesales.

Texto:

En la Villa de Madrid, a treinta de abril de dos mil uno.

En el recurso contencioso-administrativo número 610/1998 interpuesto por la entidad mercantil Sogecable, SA, representada por el procurador don Argimiro V. G. y asistida de letrado, contra Real Decreto 2169/1998, de 9 de octubre (RCL 1998, 2503 y 2560), por el que se aprueba el Plan Técnico de la Televisión Digital Terrenal; habiendo intervenido como partes demandadas la Administración General del Estado, representada y dirigida por el Abogado del Estado, y la entidad Onda Digital, SA -en la actualidad y por modificación del nombre social, Quiero Televisión, SA-, representada por el procurador don Manuel S.-P. G.-C., con asistencia de letrado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO El día 16 de octubre de 1998 se publicó en el Boletín Oficial del Estado núm. 248, el Real Decreto 2169/1998, de 9 de octubre (RCL 1998, 2503 y 2560), por el que se aprobó el Plan Técnico Nacional de la Televisión Digital Terrenal. Contra dicho Real Decreto se interpuso por la entidad mercantil Sogecable, SA recurso contencioso-administrativo en fecha 16 de diciembre de 1998.

SEGUNDO Dado traslado para formalizar la demanda, el procurador don Argimiro V. G., en representación de dicha entidad, presentó escrito en fecha 21 de julio de 1999 en el que suplicó a la Sala dicte sentencia declarando la nulidad del Real Decreto impugnado por las razones y motivos recogidos en el cuerpo del escrito. En segundo otrosí, solicitó asimismo el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad de la disposición adicional cuadragésimocuarta de la Ley 66/1997 (RCL 1997, 3106 y RCL 1998, 1636).

TERCERO La Administración General del Estado contestó la demanda mediante escrito de fecha 4 de octubre de 1999 con la súplica de que se dicte sentencia por la que, desestimando el recurso, se confirme el Real Decreto objeto de impugnación, absolviendo a la Administración de las pretensiones de la demanda. Respecto a la cuestión de inconstitucionalidad manifestó por medio de segundo otrosí su improcedencia.

CUARTO Por el procurador don Manuel S.-P. G.-C., en nombre y representación de la entidad Onda Digital, SA, se evacuó el trámite de contestación a la demanda en fecha 11 de noviembre de 1999, solicitando a la Sala que declare la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo, por falta de legitimación de la demandante, en todos aquellos puntos ajenos a su titularidad concesional, o en su defecto que dicte sentencia desestimatoria respecto de ellos y, en todo caso, de la totalidad de las pretensiones deducidas; asimismo se opuso al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad en segundo otrosí.

QUINTO Recibido el procedimiento a prueba y una vez concluida su práctica, se acordó en sustitución de la vista el trámite de conclusiones que fue evacuado por las partes.

SEXTO Por providencia de fecha 14 de noviembre de 2000 se señaló para la votación y fallo del presente recurso contencioso-administrativo el día 18 de abril de 2001, en que tuvo lugar.

SEPTIMO Aparecen observadas las formalidades de tramitación, que son las del procedimiento ordinario.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Oscar González González, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO La Disposición Adicional 44ª de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre (RCL 1997, 3106 y RCL 1998, 1636), sobre medidas fiscales, administrativas y del orden social, bajo el epígrafe «régimen jurídico de la radiodifusión sonora Digital terrenal y de la televisión Digital terrenal» dispuso que:

«1.-Los servicios de radiodifusión sonora Digital terrenal y de televisión Digital terrenal podrán ser explotados a través de redes de frecuencia única o de multifrecuencia, de ámbito nacional, autonómico y, en su caso, local.

2.-La explotación de los servicios de radiodifusión sonora Digital terrenal y de televisión Digital terrenal requerirá el correspondiente título habilitante.

3.-Con carácter previo al comienzo de la prestación de los servicios de radiodifusión sonora Digital terrenal y de televisión Digital terrenal, serán requisitos indispensables la aprobación por el Ministerio de Fomento de los correspondientes reglamentos técnicos y de prestación de los servicios y, atendidos a éstos, de los proyectos o propuestas técnicas respecto de las instalaciones y la comprobación de que estas últimas se ajusten a la vigente normativa.

4.-Las concesiones para la gestión indirecta de los servicios públicos de radiodifusión y televisión con tecnología Digital terrenal por entidades privadas, serán las que resulten técnicamente posibles, según la disponibilidad del espectro radioeléctrico y con arreglo a los planes técnicos para la prestación de los servicios de radiodifusión y televisión Digital terrenal que apruebe el Gobierno. Su otorgamiento se llevará a cabo por el Estado si su ámbito es estatal y por las Comunidades Autónomas si es autonómico o local».

En cumplimiento de las previsiones contenidas en la anterior disposición adicional, se dicta la Orden de 9 de octubre de 1998 (RCL 1998, 2504 y 2561), por la que se aprueba el Reglamento Técnico de prestación del Servicio de Televisión Digital Terrenal, y el Real Decreto 2169/1998, de 18 de octubre (RCL 1998, 2503 y 2560), por el que se aprueba el Plan Técnico Nacional de Televisión Digital Terrenal.

La entidad Sogecable, SA, cuya legitimación hay que reconocerle por ser titular de una concesión para emitir televisión de acceso condicional y, como tal, competidora en este sector, impugna este Real Decreto. La pretensión la dirige contra su totalidad, sin salvar ningún precepto concreto. La funda en las siguientes razones:

1º) Infracción del principio de jerarquía normativa y de reserva de ley, al establecer el «apagón» de la televisión terrenal analógica para el año 2012, lo que no se preveía en la disp. adic. 44ª. Esto supone, a su juicio, desconocer con norma sin rango adecuado y apartándose de la tradición legislativa en la materia, la Ley 4/1980, de 16 de enero (RCL 1980, 75 y ApNDL 11530), que regula el Estatuto de la Radio y Televisión, la Ley 46/1983, de 26 de diciembre (RCL 1984, 26 y ApNDL 11542), del Tercer Canal, y la Ley 10/1988, de 3 de mayo (RCL 1988, 956), de Televisión Privada; al propio tiempo que se lesiona el principio de proporcionalidad -para establecer la televisión Digital no hace falta, dice, apagar la televisión analógica- y la finalidad legítima, ya que si ésta es aumentar el número de concesionarios, se ha frustrado al otorgarse a uno solo los nuevos programas nacionales.

2º) Infracción del derecho a dar y recibir información «por cualquier medio». En su opinión, al suprimirse la televisión analógica se lesiona el derecho reconocido en el artículo 20.1.d) de la Constitución (RCL 1978, 2836 y ApNDL 2875). En cuanto a los usuarios, porque se les impide recibir información por un medio -tv analógica-, respecto del cual habían realizado inversiones en aparatos, que no están preparados para la nueva tecnología, sin que estén obligados a adquirir adaptadores o descodificadores que los hagan útiles a tal fin. En cuanto a los operadores, porque se les impide emitir sus opiniones e informaciones por el sistema analógico que tenían concedido.

3º) Lesión del régimen jurídico de la televisión pública estatal y de la televisión privada, contenidos en las Leyes 4/1980 (art. 13) y 10/1988 (arts. 4.2 y 14.1), que impone la necesidad de realizar programaciones de carácter territorial, lo que no es posible en los canales de isofrecuencia 66 a 69, que no pueden ofrecer desconexiones territoriales.

4º) Vulneración por la disp. adic. 1ª del Real Decreto impugnado, de la disp. adic. 44ª de la Ley 66/1997, al permitir que el Gobierno pueda otorgar una sola concesión de todos los canales y programas. A su entender, el uso del singular y del plural -«la concesión o las concesiones para la explotación del servicio mediante el empleo de los restantes canales y programas de cobertura estatal, no reservados con arreglo a los apartados precedentes, se adjudicarán por el Consejo de Ministros mediante concurso público»-, confiere esta potestad de una concesión conjunta de catorce programas, lesionándose lo dispuesto en la disp. adic. 44ª, conforme a la cual las concesiones serán «las que resulten técnicamente posibles». También se infringe, según manifiesta, el artículo 9.2 de la Ley 10/1988, que habla de «las concesiones», en plural.

5º) Se desborda el propio contenido del Plan al tomar decisiones de oportunidad, como la apuntada de sustitución de la tecnología analógica por la Digital, que rebasan el carácter exclusivamente técnico que debe tener.

6º) Se supera la finalidad de la DA 44ª, al sustituir, con norma sin rango adecuado, las anteriores modalidades de televisión que se habían regulado por normas con rango de Ley, por la televisión Digital terrenal, al considerarla como una técnica de transmisión y no de un nuevo medio de transmisión.

7º) En último término y con carácter subsidiario, para el caso de que los anteriores motivos de impugnación no fueren aceptados, se solicita que se plantee cuestión de inconstitucionalidad de la DA 44ª de la Ley 66/1997, al producir una deslegalización de la

materia sin ofrecer ningún criterio al titular de la potestad reglamentaria, y habilitarle para la determinación de aspectos que por estar vinculados a derechos y libertades fundamentales, son propios de ley orgánica, o al menos de ley ordinaria.

SEGUNDO Como punto de partida en el examen de las cuestiones planteadas debe concretarse el objeto de este recurso. No lo es ni la Orden de 9 de octubre de 1998, por la que se aprueba el Reglamento Técnico de Prestación del Servicio de Televisión Digital Terrenal, ni los actos que convocaron o resolvieron los concursos para adjudicar los canales de este tipo de televisión, disposición y actos, al parecer recurridos independientemente, y que, por ello, han de ser ajenos a esta litis, lo que a su vez comporta que haya de hacerse abstracción de los razonamientos de la demanda relativos a los mismos.

Se circunscribirá, por tanto, esta sentencia al Real Decreto 2169/1998, cuya declaración de ilegalidad se solicita en su conjunto, aunque a través del largo escrito de demanda se reconoce la operatividad, realidad y acierto de alguno de sus preceptos. Sin embargo, habida cuenta el carácter íntimamente conexionado de las diferentes partes integrantes de un Plan Técnico como el que se impugna, difícilmente sería posible, llegado el caso, una nulidad parcial del mismo dejando subsistente lo no afectado de vicio alguno.

No deben, por otra parte, tenerse en cuenta a la hora de incidir en el fallo, las alegaciones de la parte recurrente referidas a las imprecisiones, informes «anónimos», faltas de respuestas a las audiencias emitidas, que a su entender figuran en el expediente. Estos hipotéticos defectos no le llevan a formular una pretensión de nulidad formal del procedimiento de elaboración de la norma, siendo en algunas ocasiones manifestaciones «de lege ferenda», más que «de lege data». De aquí que esta Sala, dada la irrelevancia de tales defectos no se vea precisada a razonar sobre su existencia, al margen de que, tal cual se denuncian, caso de existir merecerían más el calificativo de irregularidades no invalidantes, que de nulidades determinantes de invalidez, no ya radical, sino meramente relativa.

Se observa que determinados informes que se traen a colación en la parte primera de la demanda, se transcriben parcialmente, de tal forma que su examen podría inducir a confusión si no se contemplan en su contexto y conjunto. Así ocurre con el dictamen del Consejo de Estado, del que se extraen conclusiones distintas a las que se infieren de su total contenido. En efecto, tanto este informe, como otros que obran en el expediente - Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, Secretaría General Técnica del Ministerio de Fomento y Consejo Asesor de Telecomunicaciones-, aunque ponen de manifiesto sus posturas no siempre coincidentes con el proyecto de Real Decreto, en ningún momento se muestran contrarios a la validez del mismo, en los puntos que son objeto de la presente impugnación.

TERCERO Es posible diferenciar tres tipos de servicios de televisión en función del soporte o infraestructuras utilizadas para la prestación del servicio: 1º) la televisión terrenal, cuya regulación sigue siendo la recogida en la Ley 4/1980, del Estatuto de la Radio y Televisión, en la Ley 46/1983, reguladora del Tercer Canal de Televisión, en la Ley 10/1988, de Televisión Privada, y en la Ley 41/1995 (RCL 1995, 3475), de Televisión Local por Ondas Terrestres; 2º) la televisión prestada utilizando principalmente redes de

satélites, regulada por Ley 37/1995 (RCL 1995, 3329); y 3º) la televisión por cable, regulada en la Ley 42/1995 (RCL 1995, 3443).

El Real Decreto impugnado se incluye en el campo del primero de aquellos servicios -televisión terrenal por ondas-, para incorporar el sistema Digital, ya utilizado en la televisión por satélite y por cable. Para ello se prevé un período de tiempo -hasta el año 2012-, en el cual ambas tecnologías convivirán. De ahí que, como se dice en la sentencia de esta Sala de 7 de febrero de 2000 (RJ 2000, 378) -que resuelve una impugnación contra el mismo Real Decreto 2169/1998-, «con independencia de la tecnología que se utilice, analógica o Digital, vayan a seguir siendo de aplicación a la televisión terrenal, en la medida en que no hayan sido derogadas, las leyes citadas números 4/1980, 46/1983, 10/1988 y 41/1995».

Es un hecho evidente que la tecnología Digital permitirá frente a la analógica un mayor aprovechamiento del espectro radioeléctrico -que es un bien de naturaleza escasa-, una mejor calidad de los servicios y un aumento espectacular en la diversidad de éstos. Esto posibilitará técnicamente el otorgamiento de más concesiones que las previstas hoy en día, pues mientras que los actuales canales sólo permiten la emisión de un único programa en un tiempo y espacio determinado -5, 6 ó 7 canales analógicos en los que se emite en abierto y con programación de carácter generalista, un canal analógico de carácter también generalista de acceso condicional y algunos canales locales-, la tecnología Digital hará realidad la emisión de múltiples programas por un solo canal (canal múltiple).

Se trata, por otra parte, de un sistema dotado de una mayor flexibilidad que permite la utilización de los canales no sólo para emitir diferentes programas, sino para la prestación de otros servicios distintos a los audiovisuales.

CUARTO Como se indica en el dictamen del Consejo de Estado emitido en relación con la norma impugnada, «la finalidad de la reforma proyectada no consiste en acumular al actual servicio de televisión terrenal otro prestado con tecnología Digital. Esto constituye una importante diferencia con lo ocurrido en la introducción de la regulación de la televisión por satélite y por cable; pues, en efecto, en la actualidad cabe referirse a tres servicios con una configuración diferente, al menos en lo que se refiere a la gestión: la televisión terrenal, la televisión por satélite y la televisión por cable, cada una de ellas con un régimen de prestación propio».

Esta Sala no puede por menos que aceptar esta conclusión, pues de lo que se trata, como el propio Alto Organismo Consultivo indica, «es de sustituir la tecnología analógica -actualmente empleada-, por la Digital, para lo cual se prevé un período de tiempo en el cual ambas coincidirán en la prestación del mismo servicio, el de la televisión».

Es decir, independientemente del sistema empleado, Digital o analógico, el servicio es uno y, por tanto, seguirán siendo de aplicación sus normas reguladoras, como antes se dijo -Leyes 4/1980, 46/1983, 10/1988, y 41/1995-, claro está, con las modificaciones que precise la utilización de la nueva tecnología. Mal puede decirse, por tanto, que se haya producido una derogación del sistema anterior por norma de rango inadecuado. La anterior regulación pervive, y así lo expresa la Exposición de Motivos del Real Decreto recurrido, y la de la Orden de 9 de octubre de 1998; ahora bien, ese régimen precedente

es lógico que sea modificado en aspectos concretos derivados de la nueva tecnología, y es esta modificación la que viene autorizada por la Disposición Adicional 44ª de la Ley 66/1997, cuyo rango no puede discutirse, pese a los argumentos en contra que respecto a la misma se realizan en la demanda, y cuya remisión al reglamento aparece con claridad meridiana de su tenor literal.

Esta modificación técnica venía ya propiciada por la propia Ley 10/1988, de Televisión Privada, en cuya Exposición de Motivos se indica que «Se trata de una Ley que quiere estar abierta a futuros cambios o innovaciones tecnológicas. Con esta finalidad se ha previsto un instrumento -el Plan Técnico Nacional de Televisión Privada-, que podrá ser modificado con bastante flexibilidad y en el que se regularán en cada momento, las condiciones técnicas para el funcionamiento de la televisión privada».

Será, por tanto, a través de este Plan como se adapte el servicio a las nuevas exigencias, sin que sea preciso una nueva Ley que regule al detalle sus precisiones, porque entonces no se lograría ni la flexibilidad ni la inmediatez requerida por la Ley 10/1988, al ser la tramitación parlamentaria de una ley más lenta y menos reconducible al detalle que un reglamento. Se comprende así fácilmente que la habilitación dada al Gobierno para redactar el Plan por la tantas veces citada disp. adic. 44ª, esté plenamente justificada, sin que se haya vulnerado el régimen de la televisión privada que hasta el momento estaba instaurado.

Por otra parte, el carácter escaso del espacio radioeléctrico justifica sobradamente la sustitución de un sistema por otro. Hay abundantes datos en el expediente que permiten afirmar, sin posibilidad de equivocarse, que el mantenimiento «sine die» del sistema analógico sería perturbador para el desarrollo de la televisión y supondría un atraso con respecto a los países de nuestro entorno. Es absurdo huir de los nuevos adelantos de la técnica a pretexto de unos pretendidos derechos adquiridos durante la vigencia de obsoletos sistemas de comunicación, que habría que petrificar para evitar la lesión de aquéllos. Baste en este momento señalar la acción renovadora que corresponde al ordenamiento jurídico para adaptarse a las nuevas exigencias que le imponen los avances de la ciencia, para lo cual ha de utilizar los mecanismos derogatorios generales y los principios que rigen las relaciones entre la ley y el reglamento, sin verse vinculado por tradicionales sistemas de regulación, más o menos acertados. El denominado por la entidad recurrente «apagón» de la televisión analógica está, por tanto, plenamente justificado y el que se realice por medio de un Plan Técnico Nacional aprobado por el Gobierno, entra dentro de aquellas relaciones, ya previstas en la Ley de Televisión Privada.

QUINTO Sentada la necesidad de sustituir el sistema analógico por el Digital, y la legalidad del medio empleado para realizarlo, hay que resolver a continuación la denunciada lesión del derecho fundamental a dar y recibir información, proclamado por el artículo 20 de la Constitución.

Desde la primera perspectiva, no puede pretenderse, con apoyo en este precepto, la pervivencia de un sistema que se reputa obsoleto y perturbador para el futuro desarrollo de las telecomunicaciones. Es comúnmente aceptado por la doctrina especializada, el de no coartarse por los poderes públicos «las migraciones tecnológicas» impuestas por los avances experimentados en los medios de

comunicación. Al contrario, y es esto lo que se hace en el presente caso, deben favorecerse habilitando los mecanismos jurídicos imprescindibles para darles acogida. La misma Ley de 1988 lo decía, como se ha señalado, en su exposición de motivos, y lo reiteraba en su artículo 6.1: «las concesiones se entenderán sometidas, a efectos exclusivos de la emisión y transporte de las señales, a las eventuales modificaciones de las condiciones técnicas contenidas en el Plan Técnico Nacional de la Televisión». No se priva con ello a los actuales concesionarios a dar su información, pues lo único que se les impone es que se proporcione mediante el nuevo sistema Digital.

El Real Decreto impugnado es respetuoso, no obstante, con los actuales operadores y cuida mucho de no ocasionarles perjuicios con el cambio, pues lejos de imponerles de forma inmediata la nueva tecnología, establece en su Disposición Adicional Primera un régimen de transitoriedad. Se indica que «cada una de las actuales concesionarias con arreglo a la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada, del servicio público de televisión, accederá, si le fuere renovada la concesión, a un programa dentro de un canal múltiple Digital, con objeto de permitir que emita, simultáneamente y por el período al que afecte la renovación, con tecnología analógica y con tecnología Digital. El acceso al citado programa se producirá por un plazo igual al de la renovación de la concesión».

La imposición de la tecnología Digital es, por otra parte, consecuencia de la renovación de la concesión que, como tal renovación, no sólo es potestad del Gobierno otorgarla (art. 11 de la Ley 10/1988), sino modificarla en su contenido y forma de prestación (art. 6). Por esta razón, mal puede hablarse de un derecho a dar información, cuando ese derecho aún no ha nacido, al ser una expectativa derivada de la hipotética renovación, cuyo contenido, si no le conviene, puede rechazarse por el operador actual.

En fin, aun aceptando la renovación en esas condiciones, resultaría que se podría emitir en analógico hasta el año 2012. Invocar una lesión del derecho a dar información a partir de esa fecha a través del anacrónico sistema resulta aventurado, en un campo como el de las telecomunicaciones, en que es imprevisible lo que puede ocurrir a tan largo plazo. Como señala el Tribunal Constitucional -sentencias de 26 de noviembre de 1984 (RTC 1984, 110), 15 de julio de 1987 (RTC 1987, 123) y 27 de abril de 1992 (RTC 1992, 62)- la vulneración de los derechos fundamentales ha de ser efectiva y actual, sin que quepa contra lesiones futuras o meramente hipotéticas.

Lo propio cabe decir sobre el derecho a recibir información por el sistema analógico. Su privación habría que referirla -en el sector televisivo- a aquella lejana fecha, sobre la que no cabe hacer vaticinio alguno, al ser posible que los televidentes admitan el sistema Digital o se ofrezcan medios gratuitos de adaptación. Procede repetir ahora que no se debe confundir la lesión de un derecho fundamental, con el perjuicio que sufren las personas con los cambios en la forma de recibirla.

SEXTO El artículo 4.2 de la Ley de Televisión Privada remite al Plan Técnico la previsión de emitir programas para cada una de las zonas territoriales que delimite. Ya se dijo que la misma Ley dispone que las concesiones estarán sometidas a las modificaciones que deriven de las condiciones técnicas de dicho Plan. De esta manera, se está habilitando a la norma que regule éste para determinar en qué forma se harán las desconexiones territoriales. El pretender que con la nueva tecnología se mantenga o no

el mismo sistema de desconexión que existía anteriormente es cuestión que pertenece a la discrecionalidad técnica de la Administración, que no puede ser controlada por esta Sala. Baste señalar que un sistema anterior, establecido en el Plan, puede ser modificado o suprimido por otro que se considere más ajustado a las necesidades presentes, pues ello es consecuencia de la potestad derogatoria de una norma respecto de las anteriores de igual o inferior rango, y es esto lo que se ha hecho en el caso presente.

SEPTIMO La Disposición Adicional 44ª de la Ley 66/1997 no está determinando numéricamente las concesiones que deban otorgarse. Si bien, en su inicio habla de «las que sean técnicamente posibles», a continuación refiere esa posibilidad a dos circunstancias: a) disponibilidad del espacio radioeléctrico, y b) con arreglo a los planes técnicos para la prestación de los servicios de radiodifusión y televisión Digital terrenal que apruebe el Gobierno. Por ello, el Real Decreto impugnado, en su disp. adic. 1ª.5, se refiere a «concesión o concesiones».

Es en esta parte eminentemente normativa, previa a la técnica del Plan, contenida en el Anexo, donde se inserta tal determinación, indudablemente pensando en lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley de Televisión Privada, que fija los criterios de adjudicación de las concesiones: «viabilidad técnica y económica del proyecto». No hay duda, al igual que ocurre en el campo de la contratación administrativa de los servicios públicos, que no sólo la concesión, sino su número, vendrá condicionado por la eficiencia, la cual está íntimamente ligada a los aspectos financieros, como la propia parte recurrente así lo reconoce en su escrito de demanda; en el cual pone de manifiesto las dificultades que ya hoy en día existen para obtener rendimientos por los operadores de televisión, dado el agotamiento, tanto de la financiación por publicidad, como de los abonados a la televisión de acceso condicional, dificultades que se acrecentarían con el aumento de nuevos operadores en los distintos canales múltiples que se instauran.

Si esto es así, resultaría absurdo que la Ley ampliase el número de concesiones limitándolo únicamente por las posibilidades técnicas, y no por razones económicas, pues ello equivaldría a propiciar la quiebra del servicio. Una interpretación más lógica, de acuerdo con lo antes expuesto, es remitir al reglamento, para que sea éste, en función de aspectos no sólo técnicos sino también financieros, el que cuantifique las concesiones a otorgar.

OCTAVO El Real Decreto impugnado contiene dos partes claramente diferenciadas. Una primera de carácter normativa y otra de carácter técnico, contenida en los Anexos. No cabe, por tanto, acoger la pretensión de nulidad con base en que se ha excedido en sus funciones técnicas al contener determinaciones de oportunidad que no son propias de un Plan. Al no expresarse de forma concreta cuáles son éstas, el argumento debe rechazarse, pues ya se dijo que la remisión al reglamento hecha por la disp. adic. 44ª es legítima y que la Ley de Televisión Privada había remitido al Plan para acoger cualquier tipo de modificación impuesta por los avances tecnológicos, como es sustituir lo que, como señala el Consejo de Estado, es sólo un sistema -no un medio- de transmisión: el analógico, por otro, el Digital.

Las anteriores consideraciones sirven igualmente para rechazar el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad propuesta por la recurrente. Las habilitaciones que la

Ley otorga al plan, y el mantenimiento en todo lo restante de la legislación anterior, impiden hablar de remisión en blanco o de deslegalización. Se parte de un hecho aprobado por la Ley, cual es la instauración de un sistema. A partir de ahí, la función eminentemente técnica se confiere al reglamento, al ser éste su campo más propio, sin que, como ya se dijo, se hayan lesionado derechos fundamentales referidos al momento presente.

Para terminar, baste reproducir la sentencia del Tribunal Constitucional 127/1994 (RTC 1994, 127) que, en caso similar al presente, expresó (F. 5º):

«Pero la razón que debe llevarnos a desestimar estas tachas de inconstitucionalidad es otra. Unos extremos como son los sistemas de transporte y difusión de señales, la fijación de bandas, frecuencias y potencias o los diagramas de radiación no son ni desarrollo directo de los derechos fundamentales del art. 20.1 de la Constitución ni tampoco realmente, una verdadera regulación de las condiciones para su ejercicio, en el sentido expresado en el art. 53.1 de la Norma fundamental, tal y como ocurre con el régimen jurídico de las sociedades concesionarias, sino un simple complemento reglamentario de carácter técnico.

Estos extremos atañen a la ordenación de aspectos muy técnicos del dominio público radioeléctrico, sumamente flexibles y cambiantes, y atinentes a la competencia exclusiva del Estado para ordenar de manera unitaria la radiocomunicación y las telecomunicaciones en general y en sus distintos usos y no sólo el uso televisivo de ese dominio público; tal y como fueron estos títulos interpretados en la STC 168/1993 (RTC 1993, 168) (fundamento jurídico 4º). Como en dicha sentencia se dijo, priman en esta regulación los aspectos propios del soporte técnico de la emisora sobre las libertades que se ejercen en un servicio de difusión y comunicación social, a diferencia de con lo que ocurre en las condiciones de adjudicación de una concesión de radiodifusión».

NOVENO No procede hacer expresa imposición de costas, por no darse temeridad o mala fe, que para ello exige el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional (RCL 1998, 1741).

En atención a todo lo expuesto, en nombre de Su Majestad El Rey,

FALLAMOS

Que, sin apreciar causa de inadmisibilidad, debemos desestimar el presente recurso contencioso-administrativo número 610/1998 interpuesto por la entidad mercantil Sogecable, SA, contra Real Decreto 2169/1998, de 9 de octubre (RCL 1998, 2503 y 2560), por el que se aprueba el Plan Técnico de la Televisión Digital Terrenal, el que confirmamos por ser ajustado a Derecho; sin expresa condena en costas.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-Fernando Ledesma Bartret.-Oscar González González.-Segundo Menéndez Pérez.-Manuel Campos Sánchez-Bordona.-Francisco Trujillo Mamely.-Fernando Cid Fontán.-Rubricado.

PUBLICACION.-Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Oscar González González, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretaria, certifico.-M^a Rosario B. P.-Rubricado.

RTC 1994\127

Sentencia Tribunal Constitucional núm. 127/1994 (Pleno), de 5 mayo

Jurisdicción: Constitucional

Recursos de Inconstitucionalidad núms. 1363/1988, 1364/1988, 1412/1988 y 1430/1988.

Ponente: D. Vicente Gimeno Sendra.

MEDIOS DE COMUNICACION SOCIAL: TELEVISIONES PRIVADAS: Ley de: declaración de la televisión como servicio público: vulneración inexistente del derecho a la libertad de empresa y de los derechos fundamentales a la libertad de expresión y a comunicar o recibir información veraz por cualquier medio de información; Rango formal: no es necesario que sea mediante Ley Orgánica; Gestión indirecta de servicio público: concesión administrativa: constitucionalidad: autorización administrativa previa que no viene vedada ni por la Constitución ni por el Convenio Europeo de los Derechos Humanos: vulneración inexistente de la libertad de empresa; Número máximo de las de ámbito nacional: tres: constitucionalidad: fijación justificada que queda dentro de la libertad de configuración normativa del legislador; Monopolio: doctrina del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, que declaró injustificable el monopolio del servicio de radiodifusión en Austria en manos de un ente público: doctrina de la Corte Constitucional italiana y del Tribunal Constitucional alemán sobre monopolios de televisión privada; Plan Técnico Nacional: rango formal: es suficiente su aprobación por Real Decreto: vulneración inexistente del principio de reserva de Ley: se trata de un simple complemento reglamentario que ordena aspectos técnicos del dominio público radioeléctrico, sumamente flexibles y cambiantes: doctrina constitucional.MEDIOS DE COMUNICACION SOCIAL: TELEVISION: servicio público esencial de titularidad estatal: declaración por el Estado («publicatio»): constitucionalidad: libre opción del legislador: doctrina constitucional y jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.LEY ORGANICA: RELATIVAS AL DESARROLLO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y DE LAS LIBERTADES PUBLICAS: alcance: expresión «desarrollo»: ha de interpretarse restrictivamente: no todo lo que afecte a los derechos fundamentales es un desarrollo directo que requiera Ley Orgánica: doctrina constitucional; Reserva de Ley Orgánica: alcance: restrictivo y excepcional: doctrina constitucional.DERECHO FUNDAMENTAL A COMUNICAR O RECIBIR LIBREMENTE INFORMACION VERAZ POR CUALQUIER MEDIO DE DIFUSION: Alcance: derecho instrumental: no se puede equiparar en intensidad de protección a los derechos primarios directamente garantizados por el art. 20 CE: no comprende las concesiones administrativas ni la regulación del régimen jurídico de un sistema de emisiones con cobertura nacional por sociedades concesionarias y en gestión indirecta del servicio público esencial de televisión.COMUNIDAD AUTONOMA DE CATALUÑA Y COMUNIDAD AUTONOMA DEL PAIS VASCO: COMPETENCIAS: Televisión: Televisiones privadas: Ley estatal de: vulneración inexistente de las competencias autonómicas: la Ley estatal regula la televisión privada de ámbito nacional y no contempla las televisiones públicas -y entre sus variantes el llamado tercer canal- ni la televisión de alcance local o autonómico: competencia exclusiva del Estado en materia de telecomunicaciones y

radiocomunicación y de normas básicas del régimen de televisión y medios de comunicación social; Gestión indirecta de servicio público: otorgamiento de concesión administrativa sin participación de la Comunidad Autónoma: vulneración inexistente de competencias autonómicas: sólo el Gobierno del Estado puede adjudicar un número tan escaso de concesiones de emisoras con cobertura nacional, ámbito territorial que supone una razonable limitación al ejercicio de las competencias autonómicas: criterio competencial que se extiende a cualesquiera otras medidas accidentales o instrumentales de la concesión; Plan Técnico Nacional: elaboración: sin participación de la Comunidad Autónoma: vulneración inexistente de competencias autonómicas; Zonas territoriales: delimitación de las inferiores de ámbito estatal sin participación autonómica: vulneración inexistente de competencias autonómicas: necesidad de respetar el pluralismo cultural y lingüístico de las nacionalidades y regiones.

Recursos de inconstitucionalidad promovidos por el Consejo Ejecutivo y el Parlamento de la Generalidad de Cataluña, el Parlamento Vasco y cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso en relación con la Ley 10/1988, de 3 mayo, de regulación de la Televisión privada: desestimación.

Texto:

El Pleno del Tribunal Constitucional compuesto por don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Presidente; don Luis López Guerra, don Fernando García-Mon y González-Regueral, don Carlos de la Vega Benayas, don Eugenio Díaz Eimil, don Alvaro Rodríguez Bereijo, don Vicente Gimeno Sendra, don José Gabaldón López, don Rafael de Mendizábal Allende, don Julio Diego González Campos, don Pedro Cruz Villalón y don Carles Viver Pi-Sunyer, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En los recursos de inconstitucionalidad núms. 1363, 1364, 1412 y 1430/1988, acumulados, promovidos, respectivamente, según su orden de registro, por don Ramón Riu i Fortuny Abogado de la Generalidad de Cataluña, en nombre y representación del Consejo Ejecutivo de la misma, doña Inmaculada Folchi i Bonafonte, Letrada del Parlamento de Cataluña, en representación y defensa de la Cámara, don Juan Carlos de Silva Ochoa, Letrado del Parlamento Vasco y en nombre y representación del mismo, y por don Federico T.F., Comisionado a tal efecto por el Grupo Parlamentario Popular del Congreso y en nombre y representación de cincuenta Diputados de dicho Grupo; recursos promovidos contra la totalidad (núm. 1430/1988) y una pluralidad de artículos (núms. 1430/1988, subsidiariamente, y núms. 1363, 1364 y 1412/1988) de la Ley 10/1988, de 3 de mayo (RCL 1988\956), de Televisión Privada tal y como se citan en los respectivos suplicos de los recursos. Ha comparecido el Abogado del Estado en la representación que legalmente ostenta del Gobierno de la Nación y ha sido Ponente el Magistrado don Vicente Gimeno Sendra quien expresa el parecer del Pleno del Tribunal.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante escrito registrado con núm. 1368/1988 en este Tribunal el 28 de julio de 1988, don Ramón Riu i Fortuny, Abogado de la Generalidad de Cataluña y en nombre y representación del Consejo Ejecutivo de la misma, promovió recurso de inconstitucionalidad contra los arts. 4.2 y 5.1 en relación con los arts. 5.2 c) 8.1, 9.1.d), 9.2 y 11 de la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada.

2. El recurso se funda en las siguientes alegaciones:

A) La Ley impugnada no responde al enunciado de su título, pues en ella no se dispone el acceso de los particulares al libre servicio de las actividades televisivas, sino una mera regulación de la concesión a entidades privadas de tres canales de televisión de titularidad estatal. Además, la Ley mantiene una constante ambigüedad desde la óptica competencial, que no se aviene con la seguridad jurídica constitucionalmente garantizada (art. 9.3). Y, en este ámbito, la claridad en la delimitación competencial es, si cabe, más necesaria, porque puede suceder como ocurrió con el art. 14.2 del Estatuto de la Radio y la Televisión [Ley 4/1980, de 10 de enero (RCL 1980\75 y ApNDL 11530)], donde, después de exigirse la creación por una Ley Autonómica de los Consejos Asesores del Delegado Territorial de RTVE y de haberse promulgado tal Ley, todavía hoy no ha sido nombrado el Delegado Territorial en cuestión, y siete años después el citado Consejo Asesor no ha empezado a funcionar. Los enunciados muy generales en las Leyes, en suma, no son bastantes para garantizar las competencias autonómicas.

El recurso denuncia, pues, vicios de incompetencia sustancialmente derivados de la ambigüedad de la ley.

La Ley en su art. 1 proclama que su objeto es regular la gestión indirecta del servicio público esencial de la televisión «cuya titularidad corresponde al Estado»; desde ahí toda la Ley tiene un sentido anfibológico como el propio término Estado. Dentro del mismo Capítulo Primero en su art. 4, se ordena un sistema de cobertura mixta por el cual el objeto de la concesión son emisiones de programas con cobertura nacional, pero previéndose la posibilidad de emisiones «para cada una de las zonas territoriales que se delimiten en el Plan Técnico Nacional de la Televisión Privada»; sin embargo, es nula la participación de las Comunidades Autónomas en la elaboración de ese Plan, así como más que discutible su rango normativo reglamentario, y es obvia la indefinición de tales zonas territoriales. Unos extremos que evidencian un primer vicio de incompetencia.

El segundo bloque de motivos de incompetencia procede de la ausencia de participación autonómica alguna en el otorgamiento de concesiones que han de permitir emitir en el territorio autonómico (Capítulo Segundo), ello es así tanto en la fase de regulación del procedimiento de adjudicación como en la de otorgamiento en sentido estricto.

Se dejan en todo caso fuera del ámbito del recurso los Capítulos Tercero y Cuarto de la Ley.

B) Por lo que atañe al marco de las competencias en materia de televisión, la Constitución (RCL 1978\2836 y ApNDL 2875) en su art. 149.1.27 reserva al Estado la competencia para dictar normas básicas del régimen de prensa, radio y televisión y, en general, de medios de comunicación social, sin perjuicio de las facultades de desarrollo y

ejecución que correspondan a las Comunidades Autónomas. Una regulación que impide excluir u obstaculizar la misma existencia de competencias autonómicas en la materia.

Por su parte, el Estatuto de Autonomía de Cataluña, en su art. 16 (RCL 1979\3029; ApNDL 1910 y LCAT 1979\318), dispone dos reglas en sus apartados primero y tercero: que la Generalidad asume competencias de desarrollo legislativo y ejecución del régimen de radiodifusión y televisión «en los términos y casos» establecidos en la Ley que regule el Estatuto jurídico de la Radio y la Televisión; y que en los términos establecidos en los apartados anteriores de este artículo, la Generalidad podrá regular, crear y mantener su propia televisión y, en general, todos los medios de comunicación social para el cumplimiento de sus fines.

El primer elemento de discusión es el alcance que quepa dar a la remisión expuesta (art. 16.1 del Estatuto de Autonomía) al Estatuto de la Radio y la Televisión. No es, sin duda, una atribución competencial genérica al Estado. Así, en la STC 10/1982 (RTC 1982\10), se reconoció que no puede interpretarse en un sentido que deje sin contenido las competencias autonómicas de desarrollo normativo y ejecución. De nuevo, en la STC 26/1982 (RTC 1982\26) se dijo que no era una norma habilitante de competencia en sentido estricto y al margen de la Constitución y del Estatuto de Autonomía. Y en la STC 76/1983 (RTC 1983\76) se reconoció que el Estado -salvo por el mecanismo del art. 150.2 de la Constitución- no puede atribuir competencia alguna por Ley. Al cabo, la autolimitación estatutaria no puede suponer la «aniquilación» o exclusión de las competencias autonómicas [STC 21/1988 (RTC 1988\21)] de desarrollo normativo y ejecución.

Por otro lado, el art. 16.3 del Estatuto de Autonomía permite a la Generalidad «crear, regular y mantener» su «televisión propia», de suerte que no pueden confundirse las normas dispuestas en el apartado 1.º y en el 3.º Debe, por tanto, corresponder a la Generalidad la posibilidad de disciplinar el régimen jurídico de una televisión, aunque esto se haga respetando bases estatales. Esta posibilidad no puede vaciarse de contenido. Y para preservar esa competencia autonómica la Ley recurrida debe ser interpretada correctamente.

Es preciso, por ello, aclarar que la Ley discutida se refiere a la televisión de titularidad estatal gestionada por el Estado y que no afecta al establecimiento de una televisión propia de Cataluña ni a la gestión por la Generalidad de un canal de titularidad estatal. Conviene reconocer la existencia de estas tres variantes televisivas.

Además, la remisión del art. 16.3 del Estatuto de Autonomía a los términos expuestos en los apartados anteriores se refiere, únicamente, a lo común a esos dos apartados, es decir, a las normas básicas estatales, pero no a los «términos y casos establecidos en la Ley ...».

Tampoco puede confundirse la previsión estatutaria ex art. 16.3 de una televisión propia de Cataluña con el mandato de la Disposición transitoria octava de dicho Estatuto que atiende a la gestión por parte de la Generalidad de un canal de televisión de titularidad estatal en régimen de concesión, el llamado tercer canal. La utilización del verbo «supone» en dicha disposición corrobora esta afirmación, quiere decirse que la competencia asumida en el art. 16.3 del Estatuto comprende la gestión de un tercer

canal, pero no se agota en este supuesto. Esta conclusión se corrobora cuando se cae en la cuenta de que en el citado art. 16.3 se alude también a la radio, pero no se hace lo mismo en la Disposición transitoria de referencia. Incluso hay Estatutos de Autonomía [Andalucía (RCL 1982\47; ApNDL 496 y LAN 1982\53), Canarias (RCL 1982\2170; ApNDL 1512 y LCAN 1982\836) y Baleares (RCL 1983\396; ApNDL 1138 y LIB 1983\388)] con cláusulas como las del art. 16.3 y que no poseen contenidos similares a los de la Disposición transitoria octava. En definitiva, no puede restringirse el ámbito del art. 16.3 por su conexión con ese otro precepto, que tiene una finalidad transitoria y no permanente.

Sentado cuanto precede, debe esclarecerse si hay contradicción entre la competencia autonómica expuesta y la definición de la televisión como un servicio público de titularidad estatal (art. 1 de la Ley). La necesidad de hacer posible la validez de ambas definiciones obliga a pensar que la declaración del art. 1 de la Ley no afecta a las competencias autonómicas y va únicamente dirigida a las televisivas estatales. La Ley «se inhibe del problema autonómico».

Es cierto que el art. 128 de la Constitución permite reservar al sector público recursos o servicios esenciales mediante Ley, pero este precepto no puede aplicarse a un derecho fundamental de los contenidos en el art. 20 de la Constitución.

Y si el Estatuto de Radio y Televisión hubiese querido hacer todas las televisiones de titularidad estatal (de acuerdo con el art. 1.2) no hubiera insistido en puntualizar que los canales concedidos a las Comunidades Autónomas son de titularidad estatal, pues en tal caso ésta sería una afirmación superflua e innecesaria. Otro tanto se desprende de la lectura del Real Decreto 2625/1982, de 24 de septiembre (RCL 1982\2768; ApNDL 1963 y LCAT 1982\953), de traspasos en la materia.

C) La Ley impugnada no precisa el carácter básico o no de sus preceptos con la inseguridad jurídica que ello entraña. Ya se ha dicho que la cláusula del art. 1 «cuya titularidad corresponde al Estado», referida al servicio público esencial de televisión, debe ser interpretada como que la Ley tiene por objeto las televisiones del Estado en régimen de gestión indirecta y no las propias o de la titularidad de una Comunidad Autónoma. Pues si se entendiera como una calificación global del servicio público en todas sus variantes se violaría el Estatuto de Autonomía. La Ley debe interpretarse a la luz del bloque de la constitucionalidad y no a la inversa.

Esta exégesis fue defendida por la Diputada miembro de la ponencia señora B. en el debate parlamentario (Diario de Sesiones, Comisión, Congreso de los Diputados, núm. 203, pág. 7247) como respuesta a una intervención del Diputado señor Espasa, requiriendo que se hiciera explícito el alcance de la Ley en relación con las televisiones autonómicas: «ésta es una ley de concesión de tres canales de televisión; es eso, no es otra cosa. Por tanto, no es una Ley que pretenda ni mucho menos regular las televisiones autonómicas». También el señor Martín T., en el debate en el Pleno (DSCD, Pleno, núm. 53, pág. 3152): «es por eso, señorías, reitero, que aquí no se contemplan competencias de las Comunidades Autónomas porque no son del caso; no porque se nieguen esas competencias, sino porque lo que se regula no les afecta directamente».

Mas estas afirmaciones no son tan ciertas, porque de la naturaleza de una competencia compartida sobre televisión se deriva la existencia de un principio de participación de la Generalidad en la televisión de titularidad estatal, dado que las Comunidades Autónomas forman parte del Estado. El art. 2.3 del Estatuto de Radio y Televisión es un claro reconocimiento de esto cuando se refiere al control parlamentario autonómico de los canales estatales en emisoras de ámbito territorial autonómico.

Pero todo esto atañe, por otro lado, al otorgamiento de concesiones para la gestión indirecta del servicio, lo cual hace pensar que la Generalidad debe ostentar cuando menos las competencias que en materia de radiodifusión sonora se le reconocieron en la STC 26/1982. De manera que no puede alejarse a la Comunidad Autónoma de este aspecto, desconociendo sus competencias de desarrollo normativo y ejecución so pretexto de la emanación de normas pretendidamente básicas e incumpliendo los requisitos formales que tales normas constitucionalmente requieren, y sobrepasando los límites a las mismas. Así ocurre con el establecimiento de unas condiciones mínimas para la concesión de los canales, y con la emisión de programas para unas zonas territoriales que no se delimitan y que se habilita al Plan Técnico Nacional de Televisión para fijar; en nada de esto participan las Comunidades Autónomas.

D) La inconstitucionalidad que a la Ley se imputa procede de los arts. 4.2 y 5.1 c), preceptos que configuran el llamado Plan Técnico Nacional de Televisión Privada.

El citado art. 4.2 deja en absoluta indefinición el ámbito, previsto en la concesión, de las emisiones de programas para cada una de las zonas territoriales que se delimiten en el Plan. No hay razón técnica alguna que justifique esta medida; tal ámbito debe coincidir con el del territorio de las Comunidades Autónomas por razones de adecuación a la estructura del Estado, de no haber motivos técnicos que lo impidan. De hecho, es obvio que la Ley reguladora del tercer canal [Ley 46/1983, de 26 de diciembre (RCL 1984\26 y ApNDL 11542)] adopta como ámbito subestatal el de las Comunidades Autónomas. Además, la solución seguida por la Ley recurrida es contradictoria con la remisión que hace el art. 3 de la Ley al art. 4 [letra c)] del Estatuto de la Radio y la Televisión que contempla el pluralismo lingüístico como un principio inspirador de la actividad de los medios de comunicación del Estado. El respeto a la cooficialidad lingüística parece imponer esta interpretación.

Lo mismo cabe decir de los arts. 5.1 y 5.2 c) que prevén la elaboración del Plan Técnico Nacional de la Televisión Privada sin ajustarse al mapa autonómico, cercenando, por tanto, la cooficialidad lingüística, así como quebrando el deber general de fidelidad a la Constitución.

Por otra parte, la dimensión territorial de las emisiones debe considerarse como un elemento básico cuya configuración ha de hacerse por Ley formal.

E) En relación a la adjudicación de las concesiones, la Ley ha optado por la existencia de tres concesiones y cada una de ellas debe prever unas horas de programación en ámbitos territoriales menores al nacional. La exclusión en el Capítulo Segundo de cualquier tipo de intervención autonómica debe llevar a pronunciar la inconstitucionalidad de los arts. 8.1, 9.1 d), 9.2 y 11, así como «la nulidad de toda concesión otorgada en un concurso público realizado de conformidad con lo que

disponen esos preceptos». La atribución del otorgamiento de las concesiones en exclusiva al Gobierno es contradictoria con la naturaleza de los requisitos legalmente previstos, porque «las necesidades de la programación con una cobertura limitada a cada una de las zonas territoriales ...», por razones de proximidad y sensibilidad, sin duda, podrían ser mejor apreciadas por las Comunidades Autónomas; especialmente en lo relativo a las necesidades lingüísticas. Las mismas consideraciones pueden extenderse a los arts. 8.1, 9.2 y 11. No cabe duda de que la presencia de nuevos canales con programaciones de ámbito estatal supondrá un incremento de las horas de emisión en castellano «con el consiguiente desequilibrio en el proceso de normalización lingüística emprendido por expreso mandato estatutario». Así el art. 14, también impugnado, prohíbe expresamente que la duración diaria de la programación con cobertura limitada pueda exceder de la programación con cobertura nacional y, en cambio, no pone límite a la situación inversa: las emisiones en lengua castellana. Todo lo cual es contrario a la doctrina expuesta en la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1988 [Autos 407/1987 (RJ 1988\284)] que reconocía la necesidad de establecer medidas de fomento del catalán. Y no puede obviarse la trascendencia de las emisiones televisivas en la normalización lingüística del catalán. En consecuencia -a juicio de la demanda- del art. 3 de la Constitución y del art. 3.2 del Estatuto de Autonomía se deriva la inconstitucionalidad del art. 9.2 de la Ley que al establecer los criterios de valoración de las ofertas presentadas desconoce el respeto a la oficialidad del catalán.

F) Como conclusión, la ambigüedad de la Ley desde la óptica competencial permite en el art. 1 una interpretación salvadora de las competencias autonómicas ex art. 16.3 del Estatuto de Autonomía. Pero no es ese el caso de los arts. 4.2, 5.1 y 5.2.c) que incurren en inconstitucionalidad por diversos motivos: por quebrantar las garantías formales de consagración de las bases en normas con rango de Ley, dada la remisión al Reglamento para delimitar zonas territoriales de emisión; por violar la seguridad jurídica en virtud de las mismas razones; por infringir el principio de organización territorial del Estado en Comunidades Autónomas (art. 137 de la Constitución); por impedir de hecho la cooficialidad de las lenguas propias de las Comunidades Autónomas por excluir a las Comunidades Autónomas de la elaboración del Plan Técnico Nacional.

Respecto de los arts. 8.1, 9.1 d), 9.2 y 11 de la Ley, son inconstitucionales por atribuir exclusivamente al Gobierno, de nuevo con exclusión de las Comunidades Autónomas, el otorgamiento de las concesiones.

Finalmente, el art. 9.2 es inconstitucional por incumplir el deber de respeto de las distintas lenguas de España.

En virtud de lo cual, se solicita se dicte una declaración de inconstitucionalidad de los arts. 4.2 y 5.1, en relación con los arts. 5.2 c), 8.1, 9.1 d), 9.2 y 11 de la Ley impugnada.

3. La Sección de Vacaciones del Pleno, por providencia de 12 de agosto de 1988, acordó: a) admitir a trámite el recurso; b) dar traslado de la demanda y documentos presentados al Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de sus Presidentes, y al Gobierno, a través del Ministerio de Justicia, según dispone el art. 34 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (RCL 1979\2383 y ApNDL 13575) (en adelante, LOTC), con el fin de que se personaran en el proceso y formularan las

alegaciones que estimaran pertinentes en el plazo común de quince días; y c) publicar la formalización del recurso en el Boletín Oficial del Estado para general conocimiento.

4. El Presidente del Congreso de los Diputados, en escrito registrado el 12 de septiembre de 1988, comunicó el Acuerdo de la Mesa de no personarse en este procedimiento y de poner a disposición del Tribunal Constitucional las actuaciones que pudiera precisar.

5. El Presidente del Senado, en escrito registrado el día 25 siguiente, se personó en el procedimiento y ofreció su colaboración a los efectos dispuestos en el art. 88.1 de la LOTC.

6. Por escrito registrado con núm. 1364/1988 el 28 de julio de 1988, doña Inmaculada Folchi i Bonafonte, Letrada del Parlamento de Cataluña y en nombre y representación de la Cámara, interpuso recurso de inconstitucionalidad frente a los arts. 4.2, 5.1, 5.2 c) y 14 de la citada Ley 10/1988, de Televisión Privada.

7. El recurso tiene como fundamento las siguientes alegaciones:

A) Con carácter preliminar, se argumenta la legitimación del Parlamento de Cataluña para promover el recurso en virtud de las competencias autonómicas sobre televisión.

B) El objeto de la Ley recurrida es regular la gestión indirecta del servicio público esencial de televisión cuya titularidad corresponde al Estado; dejando fuera de su ámbito tanto el llamado tercer canal como las competencias de la Generalidad para crear su propia televisión (art. 16.3 del Estatuto de Autonomía); estas dos últimas afirmaciones se corroboran con la lectura de la discusión parlamentaria de la Ley en el Diario de Sesiones.

También en el ámbito de la gestión indirecta del servicio público de titularidad estatal la Generalidad ostenta competencias de desarrollo normativo y ejecución cuando el alcance de las emisiones coincida con el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma (arts. 149.1.27 de la Constitución y 16 del Estatuto de Autonomía). Sin embargo, la Ley no prevé intervención autonómica alguna, exclusión que probablemente trata de justificarse por la falta de coincidencia entre el mapa autonómico y las zonas territoriales de cobertura televisiva limitada, según sean delimitadas por el Plan Técnico Nacional; así resulta también de la lectura del debate parlamentario en el Diario de Sesiones: el alcance supracomunitario de las emisiones televisivas de alcance superior al estatal.

Cuanto precede obliga a reflexionar sobre las reglas de deslinde competencial. El art. 149.1.27 de la Constitución otorga al Estado la competencia para emanar normas básicas. En la STC 26/1982 se interpretó tal título competencial respecto de la radiodifusión sonora aclarando que se trata de una competencia compartida; otro tanto debe sostenerse ahora en relación a la televisión. El art. 16.1 del Estatuto de Autonomía atribuye a la Generalidad competencias de desarrollo normativo y ejecución que no pueden vaciarse de contenido, tal y como se reconoció en la citada STC 26/1982, en la cual se matizó que la limitación recogida en la cláusula estatutaria «en los términos y casos» no permite vaciar de contenido la misma asunción de competencias. La fórmula

«en los términos y casos» permite sujetar más intensamente las competencias autonómicas a las bases estatales, pero sin que llegue a privarse de contenido a éstas (STC 5/1982) (RTC 1982\5). En consecuencia, la autolimitación estatutaria recogida en el art. 16.1 no permite extinguir las competencias autonómicas ni atribuye al Estado las facultades para ordenar toda la materia televisiva en sus aspectos legislativos y ejecutivos; así se reconoció en las SSTC 26/1982 y 44/1982 (RTC 1982\26 y RTC 1982\44) en materia de radio.

Pese a todo lo que se ha expuesto, la Ley impugnada no ha dejado margen alguna a las Comunidades Autónomas «reservándose el Estado la integridad de la materia», y marginándose a la Comunidad Autónoma del otorgamiento de las concesiones y del control de su uso. Sin embargo, en las SSTC 26/1982 y 44/1982 se reconoció la competencia autonómica para regular el procedimiento de adjudicación y otorgar concesiones de emisoras de radio en FM en virtud de la cobertura local de estas emisiones.

Ahora en cambio, la Ley discutida excluye a las Comunidades Autónomas (art. 5) de la elaboración del Plan Técnico Nacional y del otorgamiento de concesiones (art. 4), aunque comparte la emisión de programas en el territorio autonómico. Una marginación que contraviene el art. 16 del Estatuto de Autonomía y el art. 149.1.27 de la Constitución.

C) En efecto, respecto de las emisiones televisivas de cobertura limitada a las que se refieren los arts. 4.2 y 5.2 c) de la Ley, es decir, aquellas sobre ámbito territorial más reducido que el de cobertura nacional, la Ley se limita a decir que serán delimitadas por el Plan Técnico Nacional de la Televisión Privada aprobado por el Gobierno, sin fijarse legalmente criterio alguno. Esta indeterminación de la regulación legal atañe a un elemento esencial y deja totalmente en manos del Gobierno una ordenación de carácter básico; de manera que será el Gobierno quien determinará las competencias de la Generalidad en relación con las sociedades concesionarias. Es ésta una operación que debió hacer el legislador por razones formales conexas a las exigencias constitucionales para emanar bases. Cabría argumentar que la indeterminación legal no impide que el Plan Técnico reproduzca el mapa autonómico, pero no fue ésta la solución defendida por el Portavoz del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso (DSCD núm. 53, pág. 3137) quien negó la posibilidad de la televisión privada en el ámbito específico de cada Comunidad Autónoma. En definitiva, con la excusa de las áreas territoriales limitadas se excluye a las Comunidades Autónomas de toda intervención en la autorización de programas regionales, y acaba por sentarse una articulación contraria a la Constitución, pues se hacen de imposible ejercicio las competencias autonómicas; y no hay razones técnicas que obliguen a seguir un modelo de zonas distinto a los territorios autonómicos.

D) El art. 5.1 de la Ley es inconstitucional, porque remite al Gobierno la elaboración de un Plan Técnico sin prever sus contenidos materiales, pese a la capital importancia de este instrumento, dado que allí se han de fijar los sistemas de transporte y difusión de señales, las bandas, canales, frecuencias y potencias; en definitiva, las condiciones necesarias para la prestación del servicio, todo lo cual tiene innegable incidencia en el ejercicio de las competencias autonómicas. Por ello, la indeterminación legal vulnera las reglas de distribución de competencias, pues se entrega en blanco una materia al Gobierno, y se vulnera la necesidad de formalizar las bases en Leyes, según se enfatizó en la importante STC 69/1988 (RTC 1988\69). La necesidad de aprobar estos extremos

por Ley puede deducirse también de la reserva impuesta en el art. 131 de la Constitución para la planificación. Y tampoco es extraña a la actividad normal de las Cortes Generales el recurso a la Ley en estos aspectos, v. gr.: Plan Energético, Plan Nacional de Carreteras, etc ...; y la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones ha establecido que el Plan Nacional de Telecomunicaciones se apruebe por el Parlamento.

E) El art. 14 de la Ley es inconstitucional en cuanto omite toda referencia a la diversidad de lenguas españolas. En él se hace una detallada regulación del contenido de la programación televisiva que no contempla la pluralidad lingüística y cultural del Estado que preserva el art. 3.3 de la Constitución y el art. 3 del Estatuto de Autonomía. La mera remisión en el art. 3 de la Ley al art. 4 del Estatuto de la Radio y la Televisión no es una garantía bastante.

En virtud de lo expuesto, se solicita se declare la inconstitucionalidad de los arts. 4.2, 5.1, 5.2.c) y 14 de la Ley de la Televisión Privada.

8. La Sección de Vacaciones del Pleno acordó, en providencia de 12 de agosto de 1988, lo siguiente: a) admitir a trámite el recurso; b) dar traslado de la demanda y demás documentos presentados al Congreso de los Diputados y al Senado, por medio de sus Presidentes, y al Gobierno, por conducto del Ministerio de Justicia, para que -según prescribe el art. 34.1 de la LOTC- formularan las alegaciones que estimaran procedentes en el plazo común de quince días; c) publicar la incoación del recurso en el Boletín Oficial del Estado.

9. El Presidente del Senado, en escrito registrado el 25 de agosto de 1988, comunicó el Acuerdo de la Cámara de personarse en el procedimiento y ofrecer su colaboración a los efectos del art. 88.1 de la LOTC.

10. El Presidente del Congreso de los Diputados, mediante escrito que tuvo entrada en este Tribunal el 12 de septiembre de 1988, comunicó el Acuerdo de la Mesa de no personarse en el procedimiento y poner a disposición las actuaciones parlamentarias que pudieran precisarse.

11. Mediante escrito de demanda registrado el 2 de agosto de 1988, don Juan Carlos da Silva Ochoa, Letrado del Parlamento Vasco y en nombre y representación de la Cámara, promovió recurso de inconstitucionalidad (registrado con núm. 1412/1988) frente a una pluralidad de preceptos de la Ley de la Televisión Privada que se detallan en el suplico de la demanda.

12. Los fundamentos jurídicos del recurso son los que a continuación se relatan:

A) La Ley impugnada infringe la reserva de Ley Orgánica del art. 81 de la Constitución. Si observamos el concepto de televisión que da el art. 1.4 del Estatuto de la Radio y la Televisión, se cae en la cuenta de que a través de ella se ejercen los derechos fundamentales comprendidos en el art. 20.1 de la Constitución; así la Ley, junto a otros extremos, regula el titular del derecho (art. 1), quiénes -en nombre del titular- pueden ejercerlo (arts. 2, 10 y 18 a 23), los principios inspiradores (art. 3), su objeto (arts. 4, 14 y 15), las condiciones para su ejercicio (arts. 5,6 y 17), la autoridad correspondiente (art. 7), el régimen de infracciones y sanciones (arts. 24 a 26). Esta exigencia de Ley

Orgánica puede desprenderse de la STC 74/1982 (RTC 1982\74) y de diversas elaboraciones de la doctrina científica.

B) Infringen el art. 20.1 de la Constitución los arts. 2; 3; 4; 5.1; 5.2 a); 6; 7.1 c); 8; 9.1; 9.2; 10; 11; 12; 14.1; 14.3 a); 14.5; 14.6; 15; 16; 17; 18; 19; 21; 22; 24.2 a); 24.3.f); 24.4; 24.5; 25.1; 26 y Disposición transitoria primera.

Según la Ley, la televisión es un servicio público esencial en los términos del art. 128 de la Constitución (párrafo 1.º de la Exposición de Motivos). Si esto se une al concepto de televisión que da el art. 1.4 del Estatuto de Radio y Televisión resulta que el Estado es el titular del derecho a producir imágenes y servicios a través de ciertos medios técnicos. Pero «un derecho puede ser ejercido por su titular o por otro sujeto» y el objeto de esta Ley es precisamente regular la producción y transmisión de señales por particulares tras la correspondiente concesión administrativa. La declaración de una actividad como servicio público la incorpora a la esfera de acción de la Administración y la excluye de la acción libre de los particulares, de suerte que éstos se convierten en virtuales fideicomisarios de las facultades estatales, conservando los poderes públicos importantes facultades; transcurrido un plazo, la actividad vuelve al pleno dominio de la Administración. Pero lo más significativo es que nadie más que el Estado puede pretender la titularidad.

«En franca asintonía» con esto se encuentra la titularidad de los derechos comprendidos en el art. 20 de la Constitución de los que gozan por igual todos los ciudadanos. Esta «suplantación» de la titularidad de los derechos no puede ser fundamentada en el art. 128 de la Constitución, puesto que no cabe la reserva al sector público de actividades cuyo desempeño constituye un derecho fundamental.

La televisión, por tanto, no es sino un medio para el ejercicio del derecho fundamental esencialmente igual a la prensa o la radio. Pero se distingue de los demás medios de comunicación social por varias razones: a) utiliza -salvo en el caso del cable- un bien que no es susceptible de apropiación privada, esto es, el aire o espacio; b) las propias características del medio imponen un reducido número de emisiones; c) el coste actual de las instalaciones impide a cualquier ciudadano -de no contar con cuantiosos recursos económicos- la utilización de este medio; d) la trascendencia e influencia de la televisión es muy superior a la de cualquier otro medio de información de la opinión pública; e) se encuentra fuertemente disciplinada por el Derecho Internacional.

Estas peculiaridades excluyen que el ejercicio de la libertad de expresión a través de la televisión pueda hacerse al margen de la intervención de la Administración. Pero no hasta el extremo de expropiar a los ciudadanos la titularidad de su derecho para restituirles luego sólo algunas facultades a través de la concesión. Esto es así porque la titularidad de los derechos fundamentales del art. 20 de la Constitución corresponde a los ciudadanos y, además, se trata de un derecho que se ejerce frente al Estado. Y, en segundo lugar, porque existen otros medios de intervención administrativa alternativos y menos lesivos que la concesión, puesto que entrañan un menor sacrificio para el derecho fundamental. La expropiación de la titularidad del derecho es una grave interferencia en el proceso de comunicación.

C) Infringen el art. 149.1.27 de la Constitución y el art. 19 del Estatuto de Autonomía para el País Vasco (RCL 1979\3028; ApNDL 10500 y LPV 1980\10) los arts. 1; 4.1; 4.2; 6.1; 7.1 b), c) y d); 7.2; 8.1; 8.2; 9.1; 9.2; 11; 16; 17.3; 22; 24.5; 25.2; 25.3 y Disposiciones adicionales primera y segunda.

La Ley de la Televisión Privada cercena cualquier intervención autonómica por lo cual deben considerarse viciados de incompetencia todos aquellos preceptos que atribuyen competencias exclusivamente al Estado, entendido como Administración Central, y excluyen las facultades autonómicas de desarrollo normativo y ejecución. La Ley despreja, por otra parte, la estructura territorial del Estado y las peculiaridades culturales y lingüísticas del mismo. Se consagra así un «instrumento homogeneizado» en la formación de la opinión pública que se superpone a los poderes públicos territoriales.

De acuerdo con cuanto se ha expuesto, se insta de este Tribunal que declare la inconstitucionalidad: a) de los arts. 1; 4.1; 4.2; 6.1; 7.1 b), c) y d); 7.2; 8.1; 8.2; 9.1; 9.2; 11; 16; 17.3; 22; 24.5; 25.2; 25.3 y Disposiciones adicionales primera y segunda por contravenir el art. 19 del Estatuto de Autonomía del País Vasco; b) de los arts. 2; 3; 4; 5.2 a); 6; 7.1 c); 8; 9.2; 10; 11; 12; 14.1; 14.3 a); 14.5; 14.6; 15; 16; 17; 18; 19; 21; 22; 24.2 a); 24.3 f); 24.4; 24.5; 25.1 c); 26 y Disposición transitoria primera por sus referencias al concepto de concesión administrativa que resultan contrarias al art. 20.1 de la Constitución; c) de los arts. 5.1; 9.1; 12 en su inciso «y será transferible»; y 21.1 por vulnerar también el art. 20.1 de la Constitución.

13. La Sección de Vacaciones del Pleno, en providencia de 12 de agosto de 1988, acordó: a) admitir a trámite el recurso; b) dar traslado de la demanda y demás documentos presentados al Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de sus Presidentes, y al Gobierno, a través del Ministerio de Justicia, para que formularan alegaciones en el plazo de quince días; c) publicar la incoación del recurso en el Boletín Oficial del Estado para general conocimiento.

14. El Presidente del Senado, mediante escrito registrado el 25 de agosto de 1988, comunicó el Acuerdo de la Cámara de personarse en el procedimiento y ofrecer su colaboración en los términos del art. 88.1 de la LOTC.

15. El Presidente del Congreso de los Diputados, en escrito registrado el 12 de septiembre de 1988, comunicó el Acuerdo de la Mesa de no personarse y al tiempo poner a disposición del Tribunal las actuaciones de la Cámara que pudieran precisarse.

16. Don Federico T.F., Comisionado a estos efectos por cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, en escrito de demanda registrado el 4 de agosto de 1988, interpuso recurso de inconstitucionalidad frente a la totalidad de la citada Ley de Televisión Privada y, subsidiariamente, contra los artículos que en el suplico del recurso se citarán.

17. La demanda tiene como basamento las siguientes alegaciones:

A) Se impugna la totalidad de la Ley por imponer un sistema contrario a la libertad consagrada en los arts. 20, 53 y 81 de la Constitución. El propio título de la Ley efectúa una manipulación del lenguaje, pues realmente no se trata de una ley reguladora de la

televisión privada sino de la gestión indirecta de la televisión de titularidad estatal; se enmascarará así una operación restrictiva de las libertades y de «publicación encubierta».

El art. 1 de la Ley declara que la televisión es un servicio público esencial. El legislador ha optado por la decisión de regular una televisión cuya titularidad es del Estado, es decir, ha optado por el control. Porque o se defiende la libertad con todos sus riesgos o se defienden las invasiones de esa libertad. De ahí la responsabilidad del Tribunal sentenciador, dada la importancia de este medio de comunicación en una democracia de masas. Y si la televisión es un servicio público de titularidad estatal «es evidente que no existe televisión privada», porque un servicio no puede pertenecer a un titular público y privado a la vez. La Ley no privatiza la televisión simplemente permite la gestión indirecta del servicio público; es una operación de «imagen» o de «aparición jurídica». Por eso, causa sorpresa que la expresión «televisión privada» sólo aparezca en la Ley para acompañar el título del llamado Plan Técnico Nacional y que ni tan siquiera se use en el art. 1 al precisar el objeto de la Ley. Conviene impedir la arbitrariedad del legislador y la «manipulación del lenguaje».

Estas consideraciones previas de los actores permiten -a su juicio- afrontar el problema de si es posible configurar un derecho fundamental de libertad como servicio público esencial en un dilema entre libertad o estatalización. En efecto, las técnicas no son neutrales ante este dilema y, en concreto, la idea de servicio público es incompatible con el desarrollo de una libertad fundamental.

Así -con el fin de justificar la existencia de esta incompatibilidad- cuando el legislador se encuentra ante un derecho de libertad, como son los derechos protegidos en el art. 20 de la Constitución, debe acudir a la Ley Orgánica (arts. 53 y 81 de la Norma fundamental) y, aunque se trate de actividades privadas de interés público, el carácter expansivo del principio de libertad obliga a respetar un principio de pluralidad que lleva a que no sea precisa la previa autorización en todo lo que no sea imprescindible. Es antagónico de este principio de libertad el principio institucional del servicio público. No puede aplicarse el art. 128 de la Constitución a una libertad fundamental, ya que acaba por hacerse monopolio, mediante la titularidad estatal, lo que es una libertad; por eso, en este artículo no se exige la Ley Orgánica para reservar al sector público servicios esenciales y basta con una Ley ordinaria. La técnica de la concesión administrativa, además, supone la cesión en manos privadas de una esfera pública lo cual no se compadece con el carácter privado de una libertad. La opción del legislador en favor del servicio público es, en consecuencia, arbitraria y lesiona la libertad consagrada en el art. 20 de la Constitución y las garantías de los arts. 53 y 81. Son por eso, en consecuencia inconstitucionales todos los artículos que derivan del principio concesional.

B) El segundo motivo de inconstitucionalidad afecta al art. 1 de la Ley en la medida en que configura la televisión como servicio público y atribuye su titularidad al Estado.

No puede aceptarse como dice el preámbulo de la Ley que el Tribunal Constitucional haya ya reconocido la configuración de la televisión como servicio público; es ésta una «manipulación» de la jurisprudencia.

Así en la STC 12/1982 (RTC 1982\12), el caso Antena 3, la doctrina verdaderamente importante es: a) el reconocimiento de los derechos del art. 20 de la

Constitución; b) la declaración de que la calificación de la televisión como servicio público -no cuestionada en el recurso- no es una afirmación necesaria en nuestro ordenamiento; y c) la declaración de que, si bien esa calificación se encuentra dentro de los poderes del legislador, la gestión indirecta del servicio requiere de una decisión política y no viene impuesta por el art. 20 de la Constitución.

Respecto de esta tercera afirmación, el Tribunal se limitó a decir que la declaración de servicio público es una posibilidad constitucional no que «sea conforme con la Constitución» y no es cierto, en rigor, que tal declaración para que se produzca la gestión indirecta del servicio requiera de una decisión del legislador, pues existen en nuestro ordenamiento multitud de servicios gestionados indirectamente sin necesidad de una decisión expresa del legislador. Es también inaceptable que el ejercicio de una libertad fundamental requiera de una decisión política. Por el contrario, el Tribunal debió remover un obstáculo que impide que la libertad del art. 20 de la Constitución sea real.

Tampoco la STC 74/1982 (RTC 1982\74), caso de la televisión por cable, resolvió el problema; el Tribunal, después de reconocer que las limitaciones técnicas que concurrían en el caso anterior no existían en éste, reiteró que la televisión privada era una decisión política que podía adoptarse por Ley Orgánica.

Ni menos aún lo hizo la STC 106/1986 (RTC 1986\106) que resolvió una cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 1.2 del Estatuto de la Radio y la Televisión.

Sentado que la jurisprudencia constitucional no se ha pronunciado directamente sobre el tema, hay que resaltar que no puede utilizarse el art. 128.2 de la Constitución para declarar la televisión servicio público como pretende el preámbulo de la Ley. La actividad televisiva se resiste a ese planteamiento. No puede admitirse un abuso ideológico en la declaración de servicio público que es, en realidad, un instrumento sustitutivo de las nacionalizaciones, pues en ambos casos se sustrae de la iniciativa privada una actividad libre y protegida por el art. 38 de la Constitución. Este reiterado abuso del citado art. 128 se ha producido ya en muchos casos: Ley de Reforma Universitaria (RCL 1983\1856 y ApNDL 13793), Ley de Protección Civil (RCL 1985\174 y ApNDL 11377), Ley de Aguas (RCL 1985\1981, 2429 y ApNDL 412), Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones (RCL 1987\2638), etc ... Es cierto que la libertad de empresa y la economía de mercado pueden venir sometidas a limitaciones, y el propio art. 38 menciona algunas, pero éstas deben corresponderse a la función y naturaleza de esas libertades. De este modo, para que el art. 128.2 pudiera amparar la declaración de servicio público de la televisión debería tratarse de una actividad económica, sería preciso una Ley que respetara el contenido esencial de la libertad y que todo ello afectara a un recurso o servicio esencial. Nada de esto ocurre con la televisión.

Debe, pues, insistirse en que el ejercicio de los derechos fundamentales no puede regularse de manera que el Estado asuma la titularidad de los mismos y los ciudadanos sólo puedan ejercerlos por concesión, en virtud de varias razones. En primer lugar, en una sociedad democrática el monopolio televisivo pugna con el derecho de millones de españoles a recibir información veraz. Además, la verdadera noción de servicio público parte de las siguientes notas: la existencia de actividades esenciales para la comunidad y así declaradas por Ley; la exclusión de dicha actividad de la esfera de los particulares por la técnica concesional y la tendencia al monopolio; el mantenimiento de unos

poderes estatales de dirección; la temporalidad de las concesiones. Si la titularidad de los derechos fundamentales corresponde a una pluralidad de personas, cualquier intromisión estatal que no respete su contenido esencial es ilegítima; por eso, la noción de servicio público -que conduce al monopolio- no puede aplicarse a los derechos fundamentales, ya que excluye la titularidad privada de estos derechos. Del mismo modo que el art. 128 de la Constitución no puede aplicarse a actividades no económicas como ocurre con la radiodifusión.

Ya se ha dicho, que el Tribunal Constitucional no ha sancionado -especialmente en la STC 12/1982- ni admitido que pueda declararse como servicio público la titularidad de derechos fundamentales. El que se trate de un vehículo esencial de información y de participación política de los ciudadanos no impide que pueda prestarse en un régimen de libre concurrencia. Y de lo que no cabe duda es de que el monopolio televisivo, al que conduce la declaración de servicio público, se convierte en «un instrumento de propaganda política e ideológica en manos de los correspondientes poderes, siendo esto el fondo político de la polémica».

Y el propio Voto particular a la STC 10/1982 (RTC 1982\10) reconoce que la Constitución no admite el monopolio estatal sobre ningún medio de comunicación.

El proceso televisivo puede ser descrito en tres niveles: la presencia de unos derechos fundamentales; la existencia de una costosa organización; y la forma de gestionar esa organización. Con la nueva Ley se pretende que de la gestión participen empresas concesionarias, pero esta consideración no elimina el fondo de la cuestión: la configuración de un monopolio para el ejercicio de unas libertades, es decir, la inconstitucionalidad de la titularidad estatal del servicio público. En la situación actual, donde las posibilidades técnicas si bien no son ilimitadas son muy amplias nada justifica esa titularidad.

Por último, la existencia de un régimen de servicio público respecto de un derecho fundamental supone un cúmulo de contradicciones: a) normativas, porque un servicio público a diferencia de un derecho fundamental, puede regularse por un Reglamento; b) en relación a la actividad, porque un servicio público es, por definición, neutral, igualitario y sometido a un poder de la Administración, algo que no ocurre con una libertad; c) respecto de la llamada «gestión indirecta», puesto que esta expresión supone que un particular accede a la titularidad sólo de modo impropio, mediante un poder delegado o subordinado; d) referida a las limitaciones, que son consecuencia lógica de la idea de servicio público y no del principio del favor libertatis.

C) El tercer motivo de inconstitucionalidad, expuesto en la demanda con carácter subsidiario de los anteriores, radica en carecer la Ley del rango constitucionalmente exigible de Ley Orgánica (art. 81.1). O la gestión indirecta de un servicio público no es materia reservada a la Ley; o si hace falta una Ley para regular este extremo, dado que afecta a derechos fundamentales, debe ser una Ley Orgánica. Así se desprende de la STC 74/1982 (fundamento jurídico 4.º).

D) El art. 5.1 de la Ley en relación con el art. 4.3 es inconstitucional por infringir el principio de reserva de ley contenido en el art. 53.1 de la Constitución. El citado art. 5.1 delega en el Gobierno la aprobación de un Plan Técnico Nacional de Televisión Privada,

pero siendo esencial a este Plan la determinación del número de canales a conceder, el art. 4.3 se anticipa, arbitrariamente, a fijar en tres ese número.

La televisión es una información que se transmite -imagen y sonido- por medio de una señal electromagnética. La frecuencia de la energía electromagnética es el número de vibraciones por segundo de la onda. Por ello, en un espacio determinado hay que emplear una frecuencia para cada transmisión. A un conjunto de frecuencias se le denomina canal. Varios canales forman una banda de frecuencias. La unidad de medida es el Hertzio (Hz), usándose comúnmente múltiplos de esta unidad (KHz, MHz, GHz). A medida que aumenta la frecuencia, lo hace también su capacidad para concentrarse y la posibilidad de interferencias; en otras palabras, las frecuencias bajas se dirigen de forma mucho más compacta al emisor. Es más conocido el otro aspecto de las ondas, su potencia, que afecta a la cantidad de energía emitida y se mide en watios o en múltiplos (KW o submúltiplos (mW)). Las ondas, por último, pueden transmitirse en el espacio libre -ondas hertzianas- o a través de un soporte físico como es el cable o la fibra óptica.

Pues bien, toda la regulación presente en el Reglamento de la UIT tiene como fundamento evitar que se produzcan interferencias entre varios servicios a causa de la recepción de energías electromagnéticas de la misma frecuencia. Pero ello sólo es posible cuando se usa el espacio libre como soporte de la transmisión y se emite con frecuencias por debajo de un cierto valor. De ahí que en transmisiones por cable o en altas frecuencias nada haya que reglamentar.

El correcto uso del espectro electromagnético se consigue mediante la planificación y posterior asignación de frecuencias y potencias. Lo cual se hace de forma escalonada: primero a nivel internacional en la UIT y luego a nivel nacional a través del Plan Técnico; el escalón final es la asignación de una concreta frecuencia a un emisor por un acto administrativo. Un acto que, según el Reglamento de la UIT, es equiparable a una autorización administrativa.

En lo que se refiere a la televisión, la UIT estableció un Plan para Europa, denominado «Plan de Estocolmo», que, definiendo una malla de triángulos equiláteros de 100 kilómetros de lado, adjudicó a cada vértice de esta retícula una cuaterna de unas frecuencias (cuatro programas de TV: uno de VHF y tres de UHF) con potencias aparentes radiadas superiores a 1 KW en VHF y 10 KW en UHF. Pero este Plan de Estocolmo puede complementarse con canales de baja potencia, inferiores al límite establecido en el art. 3 de ese Convenio, es decir, en potencias inferiores a las precitadas. De este modo, se lograría emplazar veintiún emisoras de televisión en el mismo canal, lo que trasladado a España permite situar doce mil canales de UHF en baja potencia, perfectamente compatibles con el Plan de Estocolmo.

Cuando se inició el servicio de televisión en España, se optó por obtener la mayor cobertura posible de un programa nacional. Para ello se instalaron transmisores de gran potencia en las cotas geográficas más altas, con radiaciones omnidireccionales y empleando los canales de frecuencia más baja. Las zonas de sombras producidas por los accidentes geográficos se fueron rellenando con una red de reemisores secundaria. Algunos años más tarde se implantó la segunda cadena, aprovechando los transmisores y la infraestructura de la primera y emitiendo en canales de UHF. Con las Comunidades

Autónomas aparecieron las primeras dificultades, por ello, hubo de adjudicarse el último canal de la cuaterna de Estocolmo (el tercero de la banda de UHF).

Por eso, al tiempo de aprobarse la Ley de la Televisión Privada, nos encontramos con una red de difusión formada por: a) el primer programa de TVE en VHF con cobertura nacional; b) el segundo programa de TVE, en UHF, proyectado en las mismas condiciones que la primera; c) un canal de UHF para emitir los programas de las Comunidades Autónomas, el denominado tercer canal.

En estas condiciones pueden obtenerse con facilidad tres nuevos canales de cobertura nacional instalando transmisiones de UHF en los mismos emplazamientos -red de transmisores, más red secundaria- en los que se encuentran los de TVE; más un número variable de canales -entre dos y seis- de UHF situados en emplazamientos cercanos a los grandes núcleos de población y utilizando transmisores de potencia reducida y con diagramas de radiación limitados a coberturas locales.

Las consideraciones técnicas expuestas demuestran la posibilidad de conceder a la iniciativa privada más de tres canales, a diferencia de la solución acogida en el art. 4.1 de la Ley, que elimina arbitrariamente posibilidades de emisión con cobertura territorial limitada. El problema es que estas cuestiones deben resolverse por el Plan Técnico Nacional, de manera que el Gobierno puede limitar por Decreto un derecho fundamental. El proceso lógico, en cambio, hubiera sido aprobar primero el Plan y a la vista de sus resultados determinar legalmente el número de concesiones.

Por todo ello, es inconstitucional, por insuficiente, el art. 5.1 de la Ley, e inconstitucional, por excesivo, el art. 4.3.

De acuerdo con lo expuesto, se solicita que se declare inconstitucional la totalidad de la Ley por carecer del rango formal de Ley Orgánica y afectar a la libertad de expresión recogida en el art. 20.1, letras a) y d) de la Constitución, y reservar en monopolio al Estado la titularidad de la actividad televisiva. Subsidiariamente, se pide la inconstitucionalidad de los arts. 1 y 5.1, en relación con el art. 4.3 por infringir los arts. 20.1, letras a) y d) y 53.1 de la Constitución.

Por otro sí se solicita se requiera del Gobierno y al Parlamento el expediente de tramitación de la Ley a efectos de conocer el Acuerdo de la Mesa del Congreso por el cual se dispuso la tramitación de la Ley como Ley ordinaria y no como Ley Orgánica; Acuerdo mencionado en la intervención del Ministro de Cultura (Diario de Sesiones, núm. 70, de 16 de marzo de 1988).

18. Por providencia de 12 de agosto de 1988, la Sección de Vacaciones del Pleno acordó: a) admitir a trámite el recurso; b) dar traslado de la demanda y documentos presentados al Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de sus Presidentes, y al Gobierno a través del Ministerio de Justicia, para que se personaran en el procedimiento y formularan las alegaciones que estimaran convenientes (art. 34.1 de la LOTC); c) recabar atentamente del Gobierno, por medio del Ministerio de Cultura, y del Parlamento el expediente de tramitación de la Ley (art. 88.1 de la LOTC); d) publicar la incoación del recurso en el «Boletín Oficial del Estado» para general conocimiento.

19. En escrito registrado el 30 de agosto de 1988, el Ministerio de Cultura manifestó que el expediente del anteproyecto de Ley fue tramitado por el Ministerio del Portavoz del Gobierno, departamento al cual se daba traslado del citado requerimiento.

20. El Abogado del Estado solicitó la acumulación de todos estos recursos, con núms. 1363, 1364, 1412 y 1430/1988, en escrito presentado el 1 de septiembre de 1988.

21. El Presidente del Congreso de los Diputados, en escrito registrado el 12 de septiembre de 1988, comunicó el Acuerdo de la Cámara de no personarse ni formular alegaciones, poniendo a disposición del Tribunal las actuaciones que se pudieran precisar.

22. A su vez, el Presidente del Senado comunicó, en escrito registrado el 12 de septiembre de 1988, el Acuerdo de la Mesa de personarse y ofrecer su colaboración a los efectos del art. 88.1 de la LOTC.

23. En Auto del Pleno de 25 de octubre de 1988, oídas las partes, se acordó la acumulación al primero de estos recursos, con núm. 1363/1988, de los procesos siguientes y expuestos en estos antecedentes. 24. El Abogado del Estado, en la representación que legalmente ostenta del Gobierno de la Nación y a través de escrito de alegaciones registrado el 4 de noviembre de 1988, se personó en el proceso y solicitó que se inadmitiera el recurso núm. 1430/1988, promovido por el Comisionado del Grupo Parlamentario Popular, así como que se desestimaran los otros tres recursos formulados contra la Ley de la Televisión Privada.

25. La oposición del Gobierno de la Nación a los recursos de inconstitucionalidad reseñados se fundamenta en los siguientes razonamientos:

A) El escrito de interposición del recurso 1364/1988 se dirige contra los arts. 4.2, 5.1, 5.2 c) y 14 de la Ley; sin embargo, la resolución del Pleno del Parlamento de Cataluña y el Acuerdo impugnatorio de la Mesa se refiere no a los cuatro preceptos citados sino sólo a uno, el art. 5.1 «en relación con los arts. 5.2 c), 4.2 y 14». No es lo mismo recurrir cuatro preceptos que uno sólo en relación con otros. Hay pues que interpretar el escrito por el cual se formaliza el recurso en estricta congruencia con el Acuerdo impugnatorio de la Cámara.

También si se compara el escrito de interposición del recurso 1412/1988 con el Acuerdo del Pleno del Parlamento Vasco se observan discrepancias. El punto 2.º del Acuerdo parlamentario se refiere a la Disposición transitoria única. Con manifiesto error puesto que la Ley contiene dos disposiciones de esa índole. La demanda, en cambio, se refiere a las Disposiciones adicionales Primera y Segunda. Es obvio que éstas, al no venir mencionadas en el Acuerdo del órgano legitimado, deben venir excluidas del recurso. El último párrafo del Acuerdo del Parlamento Vasco dice: «igualmente, por contrarios al art. 20.1 CE, los arts. 5.1; 9.1; 12 en su inciso y será intransferible; y 21.1». Las mismas palabras pueden leerse en el petitum de la demanda, pero sin venir apoyadas de la más mínima fundamentación. Circunstancia que hace se incumpla la exigencia de fundamentación impuesta por el art. 85.1 de la LOTC. Por eso, la Abogacía del Estado se considera exonerada de examinar la pretendida inconstitucionalidad de estos preceptos.

Respecto del recurso 1430/1988, el documento anejo al mismo en el que se explicita el Acuerdo de los Diputados firmantes y su voluntad concurrente de recurrir cita «la Ley Orgánica 2/1988, de 3 de mayo (RCL 1988\955), reguladora de la publicidad electoral en emisoras de televisión privada». Sin embargo, es obvio, que el escrito de demanda interpone el recurso contra la Ley 10/1988, de Televisión Privada. Y en la copia de la escritura de poder aportada tampoco se recoge Acuerdo alguno que comisione al señor Trillo-Figueroa para interponer recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 10/1988, incluso -conviene resaltarlo- el poder que se acompaña es de fecha muy anterior a la publicación de esta Ley en el «Boletín Oficial del Estado» el 5 de mayo de 1988. Como resultado de todo esto, es evidente que no se ha acreditado la voluntad de los Diputados recurrentes, de manera debida y en forma respecto de la Ley 10/1988; de acuerdo con la doctrina expuesta en la STC 42/1985 (RTC 1985\42). En la medida en que esta falta -de ser subsanable- no sea subsanada, el recurso debe ser inadmitido. No obstante, «y sólo para el caso de que la subsanación se produjera válidamente», examinaremos las alegaciones formuladas en este recurso.

B) El orden de exposición que se seguirá, para dar respuesta a las cuestiones de fondo planteadas en los cuatro recursos es el siguiente: ausencia de infracción de la reserva de Ley Orgánica; inexistencia de violación del art. 20.1 de la Constitución; el art. 5.1 en relación con el art. 4.1 no viola la reserva de Ley contenida en el art. 53.1 de la Constitución; la Ley respeta el orden constitucional de distribución de competencias.

C) La Ley no infringe la reserva constitucional de Ley Orgánica (art. 81.1 de la Constitución). Para alcanzar esta conclusión es preciso describir primero el contenido de la Ley y recordar luego la jurisprudencia constitucional emanada acerca del alcance de dicha reserva.

En lo que atañe al contenido legal, la Ley abre la gestión indirecta del servicio público de televisión a sociedades anónimas de capital privado. El Capítulo Primero contiene una serie de disposiciones generales sobre dicha gestión indirecta.

En el art. 2 se precisa el modo de gestión indirecta elegido: la concesión; es ésta una opción que venía impuesta por el art. 25.1 de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones (Ley 31/1987, de 18 de diciembre) según el cual la prestación de los servicios de difusión en régimen de gestión indirecta requerirá concesión administrativa; de acuerdo con el art. 66 de la Ley de Contratos del Estado (RCL 1965\771 y NDL 7365), la concesión se caracteriza porque el empresario gestiona el servicio «a su riesgo y ventura»; de manera que la concesión -en contra de lo que se dice en los recursos- ofrece un mayor margen de libertad a la iniciativa privada que otros medios de gestión como son la sociedad mixta o la gestión interesada; así en la sociedad mixta es forzosa la presencia de capital público y en la gestión interesada la Administración ha de participar en los resultados de la explotación del servicio; además el art. 2 limita la aptitud para ser concesionario a un tipo de persona jurídica, la sociedad anónima, que es el tipo de sociedad mercantil mas idónea para reunir en una empresa grandes capitales.

El art. 3 impone a las sociedades concesionarias el respeto a los principios de objetividad, veracidad e imparcialidad de las informaciones y otros principios expresados en el art. 4 del Estatuto de la Radio y la Televisión.

El art. 4 precisa el objeto de la concesión. Lo que se concede es la emisión de programas con cobertura nacional, pero el concesionario queda obligado a emitir programas para las zonas territoriales que delimite el Plan Técnico. En íntima conexión con la cobertura nacional de la emisión, está la decisión del legislador de otorgar un número de tres concesiones.

En el art. 5 se regula la aprobación y el contenido del Plan Técnico Nacional de la Televisión Privada.

Se establecen en el art. 6 tres principios fundamentales de las relaciones entre la Administración concedente y los concesionarios: el sometimiento de las concesiones a las eventuales modificaciones de las condiciones técnicas contenidas en el Plan; la sujeción de las concesiones a la disciplina internacional de las telecomunicaciones y de los medios de comunicación social; la irresponsabilidad por nuevos usos de la potestad concesionaria.

El art. 7 enumera las funciones del Ministerio de Transportes, Turismo y Comunicaciones.

Dentro del Capítulo Segundo, la Ley ordena el régimen jurídico de la concesión: el otorgamiento mediante concurso y convocatoria pública (art. 8), los criterios de adjudicación de las concesiones (art. 9), las incapacidades y prohibiciones para ser una sociedad concesionaria (art. 10), el plazo de la concesión (art. 11), el carácter intransferible de la concesión (art. 12), las obligaciones del concesionario (arts. 12, 13, 14, 15 y 16), las causas de extinción de las concesiones (art. 17).

En el Capítulo Tercero se regulan las sociedades anónimas concesionarias: forma social, objeto social, acciones nominativas (art. 18); la composición del accionariado (art. 19); el registro administrativo de estas sociedades (art. 20), etcétera.

Finalmente, en el Capítulo Cuarto se prevé un régimen de infracciones y concesiones, en el cual destaca el cierre de las emisoras y la incautación de los equipos en el caso de emisiones televisivas efectuadas sin la previa concesión administrativa o cuando la concesión se encuentre extinta o suspendida (art. 26).

En la parte final de la Ley, la Disposición adicional habilita al Gobierno para desarrollar y ejecutar la Ley y actualizar la cuantía del capital social mínimo legalmente previsto. Al tiempo, que la Disposición transitoria primera modula durante los dos primeros años de la concesión la aplicación de los porcentajes de programación exigibles; y la segunda somete a las televisiones privadas, provisionalmente, a la misma normativa que al ente público RTVE en materia de publicidad para el consumo de alcohol, tabaco y otras sustancias nocivas para la salud.

A resultas de la exposición de los contenidos legales, no puede sostenerse que haya en la Ley un «desarrollo» de los derechos fundamentales a la libertad de expresión e información, aunque para corroborar esta afirmación sea menester revisar la jurisprudencia constitucional emanada acerca de la reserva constitucional de Ley Orgánica (art. 81.1).

La STC 160/1987 (RTC 1987\160) (fundamento jurídico 2.º) ha interpretado restrictivamente la reserva de Ley Orgánica, así pues la noción «desarrollo» de los derechos fundamentales ha de ser restrictivamente entendida, de suerte que cualquier regulación legal que incida en alguno de los derechos no constituye un «desarrollo». A esta conclusión apuntó ya la STC 67/1985 (RTC 1985\67) (fundamento jurídico 3.º).

Del mismo modo, la STC 140/1986 (RTC 1986\140) (fundamento jurídico 5.º) declaró que el desarrollo legislativo de un derecho proclamado en abstracto en la Constitución consiste en la determinación de su alcance y límites en relación con otros derechos y con su ejercicio por las demás personas. También la STC 95/1988 (RTC 1988\95) (fundamento jurídico 5.º) advirtió que, mientras el ejercicio de algunos derechos requiere de una actividad normativa de desarrollo, no ocurre así con otros que no requieren de la previsión legal de condiciones para su efectividad.

Los recursos 1412/1988 y 1430/1988 no hacen mención alguna de estas sentencias precitadas, si bien se refieren a la STC 12/1982 (fundamento jurídico 6.º), reiterada en la STC 74/1982 (fundamento jurídico 4.º). Estas dos últimas sentencias dicen que la decisión política de implantar la televisión privada «puede adoptarse dentro del marco de la Constitución por la vía de una Ley Orgánica, en la medida en que afecte al desarrollo de algunos de los derechos constitucionalizados en el art. 20». Se trata de una afirmación en hipótesis: sólo si hay desarrollo es precisa la Ley Orgánica. Por tanto, esas sentencias dejan la cuestión intacta.

La Ley de la Televisión Privada se publicó en el «Boletín Oficial del Estado» el mismo día que la Ley Orgánica 2/1988 reguladora de la publicidad electoral en emisoras de televisión privadas. El contenido de esta última Ley, de artículo único, formaba parte del proyecto de Ley de Televisión Privada (Acuerdo de la Mesa del Congreso de los Diputados de 9 de diciembre de 1987, publicado en el BOCG, Congreso, III Legislatura, serie A, núm. 64/1). Aparece, pues, claro que el contenido de la Ley Orgánica 2/1988 viene afectado por la reserva de Ley Orgánica, no por desarrollar los derechos fundamentales controvertidos, sino por afectar al «régimen electoral general». En este mismo sentido, la Ley de la Televisión Privada no desarrolla el art. 20 de la Constitución ni especifica sus límites ni los deslinda de otros derechos fundamentales ni prevé condiciones para su efectividad.

Sin duda, la Ley «afecta» a los derechos del art. 20, pero no los «desarrolla». Como ha declarado la STC 95/1988 (fundamento jurídico 5.º), no es posible equiparar el ámbito negativo de exclusión del Decreto-ley según el art. 86.1 de la Constitución con el positivo de exigencia de reserva de Ley Orgánica del art. 81.1 de la Constitución; este último es más restringido.

De igual manera, el objeto del derecho fundamental no puede ser confundido con el objeto de la concesión del servicio; y tampoco el ejercicio de los derechos fundamentales con los principios concesionales contenidos en el art. 6 de la Ley.

Conviene tener presente la relación entre diversos cuerpos legales: el Estatuto de la Radio y la Televisión; la Ley reguladora del tercer canal; y la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones. El art. 1.2 del citado Estatuto definió la televisión como un servicio

público cuya titularidad corresponde al Estado. La Ley reguladora del tercer canal facultó al Gobierno para otorgarlo en régimen de concesión a las Comunidades Autónomas. Y la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones (LOT) introdujo varias modificaciones: la calificación como servicio de difusión de la televisión y su prestación en régimen de gestión indirecta (art. 25 de la LOT); la realización de una nueva definición de televisión que sustituye a la del art. 1.4 del Estatuto de la Radio y la Televisión, derogado expresamente por la LOT. Como tal servicio de difusión, la declaración de servicio público esencial de la televisión queda englobada en la publicatio general de las telecomunicaciones (art. 2.1 de la LOT). Es decir, a la televisión se le aplica la LOT en cuanto servicio de telecomunicación además de su legislación específica. Y merece resaltarse que la Disposición adicional quinta, apartado 2.º, de la LOT introdujo una modificación capital del art. 5.1 del Estatuto de la Radio y la Televisión que ahora se limita a reconocer al ente público RTVE como gestor directo de los servicios públicos de radiodifusión.

La regulación de la gestión directa o indirecta de un servicio público de telecomunicación no puede considerarse desarrollo de los derechos fundamentales del art. 20. Cuestión distinta es si una actividad que sirve de soporte, vehículo o instrumento para el ejercicio de un derecho fundamental puede o no ser objeto de publicatio, es decir, ser declarada servicio público cuya titularidad asume el Estado. Pero esto mismo es la demostración más clara de que no puede considerarse que el establecer el régimen de la gestión indirecta del servicio represente el desarrollo de un derecho fundamental.

D) La Ley no viola el art. 20.1 de la Constitución. La tesis que desarrolla el recurso 1430/1988, promovido por el Comisionado del Grupo Parlamentario Popular, es que la técnica del servicio público esencial tiene una naturaleza jurídica y un régimen jurídico propios que le hace incompatible con el desarrollo de una libertad fundamental. El resto de las consideraciones del llamado motivo primero de inconstitucionalidad carecen de trascendencia jurídica «y no expresan más que puntos de vista políticos de los Diputados recurrentes o de su comisionado». Así, lo que para los recurrentes es una «manifestación del lenguaje» no constituye una infracción de la seguridad jurídica (art. 9.3 de la Constitución); e intentar discutir ahora la declaración de la televisión como servicio público esencial de titularidad estatal supone una impugnación fuera de plazo de normas ya contenidas en el Estatuto de la Radio y la Televisión y en la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones. Por esta razón debería rechazarse el examen de las alegaciones a este respecto contenidas en los recursos núms. 1412 y 1430/1988.

Por otro lado, y en contra de lo que se dice en las demandas de esos recursos la STC 12/1982 (fundamento jurídico 4.º) y la STC 79/1982 (RTC 1982\79) (fundamento jurídico 3.º) dejaron bien claro que la consideración de la radiodifusión como servicio público esencial no es constitucionalmente cuestionable.

Por si esos pronunciamientos no fueran bastante, debe insistirse en que los recursos citados incurren en un error: confundir dos derechos distintos y de diverso rango, aunque relacionados. No es lo mismo el derecho a expresar una opinión o a comunicar una información que el derecho a fundar una editorial o a emitir ondas radioeléctricas para difundir opiniones e informaciones. En ningún modo puede deducirse del art. 20.1 de la Constitución un derecho originario e incondicionado a emitir mediante emisoras de radiodifusión sonora o de televisión, un derecho libre y exento de toda

intervención normativa configuradora. La interpositio legislatoris es indispensable según resulta de la STC 12/1982. Un derecho fundamental no puede concebirse abstraído del ordenamiento jurídico, como si fuera un camino para la anarquía. Así el propio art. 10.1 del Convenio Europeo (RCL 1979\2421 y ApNDL 3627) prevé la posibilidad de someter a un régimen administrativo la actividad de radiodifusión.

Junto a esta tesis general es necesario subrayar cuatro extremos importantes. En primer lugar, los derechos del art. 20.1 son ciertamente derechos de libertad, pero, cuando se pretende obtener una prestación del Estado, se sale fuera de ese ámbito, siendo menester justificar por qué un ciudadano obtiene una prestación con preferencia a otro. En segundo lugar, emitir programas de televisión con cobertura nacional exige un uso o aprovechamiento del dominio público radioeléctrico -bandas, canales, frecuencias y potencias- del que es titular el Estado (art. 7.1 de la LOT), uso excluyente respecto del de otros y que supone una actividad prestacional por parte del Estado. En tercer lugar, la escasez del medio para emitir programas de televisión, aunque no fuera dominio público, debe bastar para estimar que la igualdad exige una concurrencia de oportunidades idénticas para distribuir un bien escaso; de manera que quien accede a un bien escaso es un privilegiado tal y como ha reconocido una importante jurisprudencia comparada. De la nota de «privilegiado» deriva la Corte Suprema de los Estados Unidos el carácter de public trustee asumido por el titular de la frecuencia. Este rasgo de privilegio da pie también al Tribunal Constitucional Alemán para suscitar la garantía del «acceso a la palabra» de los grupos sociales significativos. Por otro lado, la escasez lleva consigo una «tendencia oligopolística» (STC 12/1982 fundamento jurídico 3.º) dadas las elevadas inversiones que una emisión con cobertura nacional requiere, y conlleva una finalidad de lucro [STC 49/1988 (RTC 1988\49), fundamento jurídico 12]; desde esta óptica, la intervención del legislador frente a la concentración empresarial que amenaza el pluralismo informativo o cualquier otro aspecto institucional de los derechos puede ser exigible. Como ha dicho la Sentencia de 4 de noviembre de 1986 del Tribunal Constitucional Alemán: tratándose de radiodifusión privada no hay justificación para confiar en las fuerzas del mercado mediante la desregulación y esto tanto menos cuando no puede contarse con un verdadero mercado en los próximos tiempos. La cuarta línea de razonamiento jurisprudencial es la procedente de las exigencias de una disciplina internacional de las frecuencias (SSTC 12/1982, 44/1982, etc.), según recoge el art. 7.1 de la LOT.

Estas cuatro orientaciones jurisprudenciales confluyen en un punto: es imposible entender que el derecho a emitir programas de televisión con cobertura nacional sea un derecho fundamental, de libertad y cuyos titulares sean las personas, al igual que ocurre con las libertades de expresión e información. Por el contrario, el derecho a emitir televisión presupone un uso privativo y excluyente del dominio público radioeléctrico en beneficio de unos pocos y con eliminación de los demás.

Y sólo podría considerarse inconstitucional la declaración como servicio público del servicio de telecomunicaciones bien cuando se demostrase que la Constitución prohíbe esa publicatio o bien cuando se probase su incompatibilidad con los derechos fundamentales. Es claro que la Constitución no contiene prohibición alguna de declarar la televisión como servicio público, lo cual era precisamente el régimen vigente cuando entró en vigor la Norma fundamental; de hecho, el art. 20.3 de la Constitución al referirse al acceso a los medios de comunicación social dependientes del Estado presupone

precisamente esa situación. Y tampoco puede razonarse una incompatibilidad clara entre la publicatio de la televisión y el art. 20.1 de la Constitución, incompatibilidad de la que no fuera consciente el constituyente, y que surgiera en la medida en que fueran delimitándose en su contenido los derechos fundamentales. La publicatio constituye una técnica jurídica apropiada con la escasez de las frecuencias y el uso privativo que la emisión entraña.

El Estado como gestor del interés general se reserva un recurso escaso -el dominio público radioeléctrico- y una actividad que sólo puede desarrollarse mediante ese recurso, para lograr su óptima distribución y asegurarse de que quienes la ejerzan sean los agentes más adecuados, y respondan a un pluralismo informativo, protegiendo a los espectadores.

En el razonamiento precedente está implícito que la técnica del servicio público no sólo no es incompatible con los derechos fundamentales, sino que puede servir para asegurarlo institucionalmente. Y, cuando menos, que evidenciado que no puede admitirse como postulado a priori que servicio público y derechos fundamentales sean realidades enemigas. De hecho, la libertad de cátedra [art. 20.1 c)] no es incompatible con la configuración de la educación como servicio público. Es cierto, sin embargo, que cuando un servicio público tiene una conexión relevante con un derecho fundamental las exigencias de éste se convierten en máximas de organización del servicio. Pero, para demostrar alguna incompatibilidad desde esta perspectiva, habría que descender a los preceptos concretos de la Ley cosa que no hacen en sus recursos ni el Parlamento Vasco ni los Diputados recurrentes.

Por último, emitir programas de televisión con cobertura nacional no es una actividad meramente económica, pero también es, sin duda, una actividad económica a través de sociedades mercantiles que persiguen hacer rentables cuantiosas inversiones. De ahí la justa invocación del art. 128 de la Constitución que hace la Ley.

E) El art. 5.1 en relación con el art. 4.3 de la Ley no es contrario a la reserva de Ley del art. 53.1 de la Constitución. Ese precepto habilita al Gobierno para aprobar el Plan Técnico Nacional. El sistema es congruente con la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones (arts. 26.4 y 27.2). La reserva constitucional de Ley ex art. 53.1 lo es para regular el ejercicio de ciertos derechos y libertades, pero no puede decirse que del contenido del art. 5.2 de la Ley, relativo al contenido del Plan, se deduzca la regulación de los derechos fundamentales del art. 20.1 de la Constitución. El Plan supone la regulación técnica de una actividad prestacional de la cual es titular el Estado; reglamentar la difusión de señales, fijar diagramas de radiación o delimitar zonas técnicas no es regular el ejercicio de derechos fundamentales. El Plan es la pieza fundamental del régimen jurídico básico del servicio que es necesario aprobar antes de otorgar su gestión a un particular.

Tampoco es el Plan una regulación del ejercicio de la libertad de empresa (art. 38 de la Constitución). El Plan limitará la libertad técnica de decisión de los empresarios a quienes se otorgue la concesión, pero no configura una regulación del ejercicio del derecho a la libertad de empresa, según fue expuesta esta libertad en la STC 83/1984 (RTC 1984\83) (fundamento jurídico 3.º).

Rige, en suma, para enjuiciar el Plan simplemente el principio de legalidad, pero no la reserva constitucional de Ley del art. 53.1. Y, desde esta óptica, el art. 5 de la Ley constituye una habilitación legal más que suficiente. Por otra parte, la reserva de ley del citado art. 53.1 de la Constitución no impide la intervención en ciertos extremos del Reglamento, completando la regulación legal, entre otros motivos, por razones técnicas. La remisión al Reglamento no es, además, incondicionada porque el art. 5.2 de la Ley contiene una serie de criterios y directrices; y, sobre todo, porque la decisión esencial -el número de concesiones- ya ha sido tomada por el legislador.

El recurso 1430/1988, motivo cuarto, impugna el art. 5.1 de la Ley «por insuficiente», junto al art. 4.3 «por excesivo», ya que el número de concesiones no podría -se dice- ser determinado por Ley hasta no conocerse los resultados del Plan Técnico. Asimismo se sostiene que la limitación a tres del número de las sociedades concesionarias elimina arbitrariamente las posibilidades de concesiones con cobertura territorial limitada. No hay, sin embargo, precepto constitucional alguno que impida al legislador precisar el número de las concesiones o que le fuerce a abstenerse de fijar este número hasta que se apruebe el Plan Técnico. Por el contrario, para la elaboración del Plan es un dato capital la determinación legislativa del número de las concesiones.

Tampoco hay una eliminación arbitraria de la posibilidad de concesiones con cobertura territorial limitada. «Simplemente la Ley no la regula. La Ley regula únicamente la actividad de emisión de programas con cobertura nacional (art. 4.1)».

Precisamente es esa cobertura nacional lo que explica que el número de concesiones se limite a tres y los propios Diputados recurrentes no tachan de arbitraria esa determinación.

En suma, la Ley no regula las emisiones de televisión de cobertura local o regional. No se puede decir que las elimine arbitrariamente. Sencillamente, están fuera de su objetivo de regulación.

F) La Ley impugnada respeta el orden constitucional de competencias, pese a lo que se afirma en los recursos núms. 1363 y 1364/1988, así como en parte en el recurso 1412/1988. Las normas competenciales de relevancia son básicamente el art. 149.1.27 de la Constitución y los arts. 19 del Estatuto de Autonomía del País Vasco y 16 del Estatuto de Autonomía de Cataluña. Es necesario no perder de vista que este proceso es un recurso de inconstitucionalidad y no un conflicto de competencias y, como ha precisado, la STC 154/1988 (RTC 1988\154) (fundamento jurídico 1.º) no es función del recurso definir en abstracto el modo de ajuste entre las competencias estatales y autonómicas, sino estrictamente resolver la constitucionalidad o no de las disposiciones objeto del recurso. Dicho esto conviene partir de lo que ya dijo la Abogacía del Estado en los recursos acumulados contra la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones, y, en concreto, del deslinde entre la competencia estatal en materia de telecomunicaciones y radiocomunicación (art. 149.1.21 de la Constitución) y la competencia del Estado para emanar normas básicas del régimen de televisión (art. 149.1.27). Una de las conclusiones entonces expuestas fue que la elaboración de Planes Técnicos, la fijación de condiciones técnicas y su inspección y control eran facultades que habían de encuadrarse en la competencia del Estado ex art. 149.1.21; mientras no ocurre así con el otorgamiento de las concesiones.

Es obvio, desde este planteamiento, que las competencias autonómicas contenidas en los arts. 19 del Estatuto Vasco y 16 del Estatuto Catalán enlazan con la competencia compartida contenida en el art. 149.1.27.

Pero es claro también, después de las SSTC 10/1982 y 26/1982, que las competencias asumidas en el art. 16.1 del Estatuto de Cataluña no se extienden a todos los campos en que sea posible un desarrollo legislativo de la normativa básica estatal en la materia ni a toda la función ejecutiva; pues, la cláusula «términos y casos» permite al legislador estatal mantener la titularidad y la gestión estatales de determinados medios de comunicación social en el ámbito regional, comarcal o incluso local y reservar al Estado competencias concretas en las fases de desarrollo, legislación y de ejecución (STC 26/1982, fundamento jurídico 2.º).

El art. 19.1 del Estatuto Vasco no contiene una cláusula de «términos y casos» explícita, pero la STC 44/1982 (fundamento jurídico 3.º) no concedió relieve alguno a esa emisión.

Partiendo de estas reglas de deslinde competencial, pueden ser desestimadas las tachas de incompetencia recogidas en los recursos. La argumentación de la Generalidad relativa a la posibilidad de regular, crear y mantener su propia televisión con arreglo al art. 16.3 del Estatuto de Cataluña, sin sujeción alguna a los términos y casos fijados en la Ley estatal no puede ser aceptada. Pero en cualquier caso no puede entrarse ahora a discutirla, porque el alcance del art. 16.3 del Estatuto es irrelevante para decidir si los arts. 4.2 y 5.1 -este último en relación con los arts. 5.2 c), 8.1, 9.1 d), 9.2 y 11- de la Ley de la Televisión Privada son o no constitucionales. No es materia enjuiciable en este proceso decidir en abstracto el alcance y el sentido de la asunción estatutaria efectuada en el art. 16.3, puesto que lo que aquí se discute afecta a los dos primeros apartados del mismo artículo del Estatuto de Cataluña.

Por lo que atañe a las extensas razones expuestas en el recurso vasco acerca de la inconstitucionalidad por incompetencia de una pluralidad de preceptos de la Ley, es preciso destacar la ausencia de una argumentación concreta sobre cada uno de ellos. El recurso vasco se contenta con afirmar, sin razonarlo, que la Ley impugnada cercena cualquier intervención autonómica. Mas para rebatir una aseveración tan general basta con recordar que la Ley de Televisión Privada regula la gestión indirecta del servicio de televisión mediante concesiones para emitir programas con cobertura nacional, aunque asimismo hayan de emitirse programas para zonas territoriales más reducidas y determinadas en virtud de condiciones técnicas [arts. 4.2 y 5.2 c) de la Ley]. Estas zonas territoriales no tienen por qué coincidir con los límites de una determinada Comunidad Autónoma, si bien tampoco cabe excluir esa coincidencia. En cualquier caso, la competencia estatal para regular este extremo procede no sólo del ámbito nacional de la emisión sino de la posibilidad de que el Estado se reserve competencias concretas en las fases de desarrollo legislativo y de ejecución, según se reconoció en las SSTC 26/1982 y 44/1982. Tampoco puede servir de fundamento de una declaración de inconstitucionalidad la inadecuación de la Ley a la estructura territorial del Estado y a sus peculiaridades culturales y lingüísticas; puesto que las concesiones reguladas en la Ley son para emitir programas de cobertura nacional que lógicamente habrán de emitirse en castellano, «idioma que todos los españoles -también los de las Comunidades

Autónomas con lengua propia oficial- tienen el deber constitucional de conocer (art. 3.1 de la Constitución)». Pero, además, el recurso se basa en una mera conjetura, ya que nada impide a los concesionarios emitir programas en lenguas españolas distintas al castellano o atender a las peculiaridades culturales de las nacionalidades y regiones.

Una vez contestados los argumentos generales formalizados en los recursos 1363 y 1364/1988, es preciso enjuiciar los argumentos dirigidos contra preceptos concretos de la Ley.

En relación al art. 5.1 que deja al Gobierno mediante el Plan Técnico Nacional la determinación de las zonas territoriales a que se refieren los arts. 4.2 y 5.2 c), una primera línea de impugnación se contrae a sostener que el legislador debía haber delimitado directamente esas zonas o, cuando menos, haber establecido pautas precisas para su delimitación. Para que esta argumentación conduzca a una lesión constitucional sería preciso singularizar qué precepto de la Constitución impone al legislador el deber de formalizar tales zonas. Sin embargo, no es posible encontrar ese precepto. No es atendible el argumento de que determinar zonas territoriales configure una norma materialmente básica del régimen de la televisión. Por el contrario, todo lo relativo a la planificación técnica, incluida la determinación del órgano competente para aprobar el Plan, ha de incluirse en la competencia exclusiva del Estado sobre telecomunicaciones y radiocomunicación (art. 149.1.21 de la Constitución); una esfera en la cual las Comunidades Autónomas carecen de toda competencia. Así, determinar las zonas territoriales de cobertura para programas específicos es una decisión técnica, puesto que depende exclusivamente de datos técnicos derivados de la elección de sistemas de transportes y difusión de señales, supeditados a la orografía o a la optimización técnica y económica de las inversiones. Siendo una decisión técnica -extremo que no discuten los recurrentes-, la competencia estatal pertinente es la contenida en el art. 149.1.21 y no la dispuesta en el apartado 27 del mismo precepto. Por último, las Cortes Generales no pueden predeterminar una decisión técnica sin interferir y limitar las posibilidades de una solución técnica y económicamente racional; por eso la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones atribuye al Gobierno la facultad de aprobación de los distintos Planes (arts. 26.4 y 27.2 de la LOT).

Tampoco puede aducirse una vulneración del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 de la Constitución), ya que las Comunidades Autónomas carecen de toda competencia respecto de la planificación técnica de la televisión.

Otro tipo de argumentaciones en los recursos se condensan en la idea de la vinculación al mapa autonómico, de suerte que toda división en zonas del territorio nacional, cualquiera que sean sus fines y razones debe seguir obligatoriamente los límites de las Comunidades Autónomas. Es más que dudoso que el principio autonómico plasmado en los arts. 2 y 137 de la Constitución pueda ser fuente de tal inexorable vinculación. Pero, aun si aceptáramos dialécticamente semejante tesis, cabría argumentar que los arts. 4.2, 5.1 ó 5.2 c) de la Ley recurrida no imponen, pero tampoco impiden, que las zonas territoriales de programación se ajusten a los límites de las Comunidades Autónomas. De lo cual se deduce que las argumentaciones contenidas en los recursos antes bien deben utilizarse contra la delimitación territorial que se haga en el Plan Técnico Nacional de la televisión privada.

Estos mismos argumentos valen contra la afirmación de que se dificulta indebidamente el ejercicio de las competencias autonómicas de desarrollo legislativo y ejecución en materia de televisión; habrá que esperar a que el Plan Técnico Nacional determine las zonas de programación territorial para comprobar si realmente se dificultan o no. Dicho esto, hay que insistir en que nos hallamos en el terreno del apartado 27, y no del apartado 21, del art. 149.1 de la Constitución.

De manera semejante, la previsión de zonas territoriales cuyos límites la Ley no fija no viola el pluralismo lingüístico constitucionalizado en el art. 3.3 de la Constitución. Los arts. 4.2, 5.1 y 5.2 c) de la Ley nada dicen sobre el idioma en que vaya a emitirse la programación territorial. Tampoco el art. 14 de la Ley, al fijar unas normas mínimas de programación, supone lesión alguna del pluralismo cultural y lingüístico de España; cuando los apartados 3.º y 4.º de este art. 14 establecen un porcentaje de programación «en expresión originaria española» tal cláusula abarca, sin ningún género de dudas, la expresión en castellano y en cualquier otra lengua española. Y, por si esto no fuera evidente, el art. 3 de la Ley remite a los principios del art. 4 del Estatuto de la Radio y la Televisión entre los que se cuenta el respeto al pluralismo cultural y lingüístico que deberá informar la gestión del servicio por las sociedades concesionarias.

Los referidos arts. 4.2, 5.1 y 5.2 c) de la Ley recurrida ni imponen ni impiden la participación de las Comunidades Autónomas en la determinación de las zonas territoriales de programación. Si esta participación es preceptiva con arreglo al bloque de la constitucionalidad, la vulneración se producirá al aprobarse el Plan y en el caso de que dicha participación se omita. Recuérdese, no obstante, que la delimitación de zonas es un extremo de la planificación técnica de la televisión y, por ello, corresponde al Estado, según el art. 149.21 de la Constitución.

En definitiva, la argumentación de los recursos 1363 y 1364/1988 contra los arts. 4.2, 5.1, 5.2 c) y 14 de la Ley reposa no en lo que los artículos dicen, sino en lo que los órganos recurrentes juzgan que está constitucionalmente obligado que dijeran. Una inconstitucionalidad por omisión. Pero la Constitución no fuerza al legislador a pronunciarse sobre una delimitación de zonas de programación que sólo puede ser debidamente hecha cuando se despejen una serie de incógnitas previas: sistema de transporte y difusión de señales, emplazamientos, etc...; sin estos datos técnicos el legislador carece de medios para solventar tales incógnitas. Y, en todo caso, juega la competencia exclusiva del Estado prevista en el art. 149.1.21 de la Constitución.

En relación a los arts. 8.1, 9.1 d) y 11 de la Ley se recurren por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad al no reconocer una intervención decisoria a las Comunidades Autónomas en el otorgamiento de las concesiones y en su renovación «en lo que respecta a la valoración de la parte de los proyectos que se refiera a los programas territoriales dentro de su propio ámbito». Esta impugnación no está bien fundada por varias razones. En primer lugar, el objeto de la concesión es la emisión de programas con un ámbito territorial nacional que excede del propio de cualquier Comunidad Autónoma. Y, aunque el art. 4.2 de la Ley prevea la emisión de programas territoriales, las concesionarias siguen siendo emisoras con alcance nacional y, por ello, extramuros de la competencia autonómica recogida en el art. 16.1 en virtud de la limitación territorial impuesta en el art. 25.1 del propio Estatuto de Autonomía. En segundo lugar, las competencias del art. 16.1 del Estatuto de Autonomía de Cataluña quedan supeditadas a

la reserva de competencias ejecutivas en favor del Estado que el legislador estatal puede legítimamente efectuar según la STC 26/1988 (RTC 1988\26) (fundamento jurídico 2.º). En tercer lugar, la argumentación de los recurrentes confunde dos planos distintos, la intervención en el otorgamiento de las concesiones y la intervención en la programación territorial. En esta segunda faceta bien pudiera existir un interés autonómico, mas no sucede lo mismo en el primero. Por eso, no es posible aislar lo previsto en la letra d) del art. 9 de la Ley, la capacidad de las sociedades para atender programaciones con cobertura en zonas territoriales limitadas, del resto de los criterios fijados en el mismo art. 9 y que requieren una valoración conjunta por parte de quien únicamente puede conceder concesiones de ámbito nacional: el Gobierno de la Nación. Y la previsión de un informe preceptivo -vinculante o no- por parte de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas abriría un irresoluble problema en el caso de que unos ejecutivos autonómicos estuvieran de acuerdo y otros en desacuerdo con la capacidad de una sociedad concursante para atender programaciones territoriales.

No cabe, por último, apreciar una inconstitucionalidad por omisión en el art. 9.2 de la Ley por no preveer, como «criterio de valoración prioritaria» de las ofertas, las previsiones que éstas contengan en orden a la expresión lingüística en catalán, gallego y euskera; dado que ni la Ley ha fijado los territorios de programación limitada ni es esa una imposición que se deduzca de la Constitución como tal criterio «de valoración prioritaria» ni puede razonablemente decirse que el pluralismo lingüístico esté desatendido en la Ley recurrida. Así la cláusula «expresión originaria española» que contienen los arts. 9 y 14 de la Ley incluye, sin duda, la expresión en las distintas lenguas oficiales y propias de las Comunidades Autónomas.

No hay, pues, viso de inconstitucionalidad alguna en los arts. 8.1, 9.1 d), 9.2 y 11 de la Ley.

26. La Sección Primera del Pleno, en providencia de 21 de noviembre de 1988, acordó tener por recibidas las alegaciones del Abogado del Estado y, puesto de manifiesto en ellas que en el documento aportado con la demanda los Diputados acreditan su voluntad de recurrir contra la Ley Orgánica 2/1988, de 3 de mayo, cuando el recurso realmente se dirige contra la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada se dispuso conceder a los recurrentes en el recurso 1430/1988 un plazo de diez días para la subsanación de dicho error.

Una vez subsanado el error del Grupo Parlamentario Popular e incorporado a las actuaciones el documento acreditativo de la voluntad de los Diputados firmantes del recurso de impugnar expresamente la Ley de la Televisión Privada, se dictó por la Sección Primera del Pleno una providencia, de fecha 16 de enero de 1989, en la cual se tuvo por subsanado el citado error. Contra dicha providencia, el Abogado del Estado interpuso recurso de súplica ante este Tribunal el 20 de enero de 1989, en el cual puso de manifiesto que los Diputados que firman la subsanación no son exactamente los mismos que figuran en el escrito de interposición del recurso. Después de darse vista del recurso a las partes, en Auto del Pleno de fecha 18 de abril de 1989 se desestimó el recurso de súplica de manera motivada.

27. La Sección Segunda del Pleno, en proveído de 4 de mayo de 1989, acordó volver a recabar del Ministerio del Portavoz del Gobierno y del Congreso de los

Diputados el expediente de elaboración de la Ley impugnada; después de ser atendido este requerimiento por el Congreso de los Diputados, y puesto de manifiesto por el Gobierno que el expediente obraba en el Ministerio de Relaciones con las Cortes, la Sección Segunda del Pleno dictó nueva providencia el 16 de julio de 1991 por la cual se recababa de éste el expediente citado. El 16 de septiembre de 1991 la Sección Segunda dio traslado de los expedientes de elaboración de la Ley impugnada a las partes con el fin de que formularan las alegaciones que estimasen pertinentes en el plazo de diez días.

28. El Abogado del Estado, en escrito de alegaciones registrado el 27 de septiembre de 1991, manifestó que la documentación aportada ya fue en su día considerada, pero que en relación con ella procedía consignar algunas reflexiones adicionales sobre la jurisprudencia constitucional sobrevenida. En este sentido, se destacó que la Secretaría General del Congreso emitió un informe que debió ser tenido en cuenta a la hora de segregar del contenido de la Ley de Televisión Privada lo que luego fue la Ley Orgánica 2/1988, reguladora de la publicidad electoral en emisoras de televisión privada. Este mismo criterio restrictivo en la interpretación de las materias de Ley Orgánica y especialmente en el desarrollo de los derechos fundamentales ha sido mantenido en las SSTC 57/1989 (RTC 1989\57) [fundamento jurídico 2 c)]; 132/1989 (RTC 1989\132) (fundamento jurídico 16); y 131/1991 (RTC 1991\131) (fundamento jurídico 2.º). En definitiva, la Ley impugnada no amplía el contenido de los derechos fundamentales del art. 20.1 de la Constitución, sino que ordena un modo de ejercerlos mediante la emisión de programas con cobertura nacional.

Uno de los temas debatidos en las Cortes durante la elaboración parlamentaria de la Ley fue si la declaración de servicio público o publicatio de la actividad televisiva era o no compatible con los derechos fundamentales. Las SSTC 206/1990 (RTC 1990\206) y 119/1991 (RTC 1991\119) ratifican la doctrina expuesta en las SSTC 12/1982 y 44/1982 y subrayan que el derecho de creación de los medios de comunicación social viene sometido a una amplia capacidad de configuración del legislador, a la par que admiten que la existencia de límites a la gestión pública de la televisión no entraña un derecho directo a emitir por los particulares; asimismo, se volvió a insistir en el argumento de la escasez de las frecuencias.

En la STC 101/1991 (RTC 1991\101), fundamento jurídico 3.º, se afirmó que en muchos casos será obligado y necesario que el legislador orgánico remita al Reglamento para el desarrollo de la regulación por él establecida, con el límite de no degradar la reserva constitucional.

También es digno de remarcarse que la STC 206/1990 (fundamento jurídico 8.º) ha señalado que la Ley de Televisión Privada no ha previsto o regulado la modalidad de televisión de alcance local sino únicamente la televisión privada de ámbito nacional; la virtual exclusión de la televisión local no deriva directamente de la Ley citada -se dijo- «sino del ordenamiento jurídico globalmente considerado del sector»; por otro lado, no es constitucionalmente exigible que la regulación legal en la materia «sólo tenga como único límite el número máximo de frecuencias que las posibilidades técnicas permitan otorgar».

Finalmente, la STC 248/1988 (RTC 1988\248) confirma la doctrina sobre la cláusula estatutaria «términos y casos» que en su momento se invocó y fue expuesta en las SSTC 10/1982, 26/1982 y 44/1982.

Por todo ello se reitera la petición de que se desestimen en su totalidad los presentes recursos de inconstitucionalidad acumulados.

29. El Abogado de la Generalidad de Cataluña, en representación y defensa de su Gobierno y por escrito registrado el 10 de octubre de 1991, manifestó que, una vez examinados los expedientes, no ha encontrado ningún documento que justifique por qué la Ley cierra el paso a las posibilidades de desarrollo normativo de ejecución por parte de las Comunidades Autónomas. La falta de cualquier motivación expresa, razonable y razonada, que justifique no adaptar las áreas territoriales de cobertura televisiva limitada al mapa autonómico pone de relieve que la Ley altera el orden constitucional de distribución de competencias. Y es de señalar que la programación de las emisiones televisivas privadas no respeta la pluralidad cultural y lingüística del Estado, lo que obstaculiza la plena efectividad del principio de cooficialidad lingüística del catalán.

Tanto es así que el Parlamento de Cataluña ha adoptado la Resolución 232/III, de 1 de octubre de 1991, en la que se insta la actuación del Gobierno de la Generalidad con miras a conseguir que la programación de las televisiones privadas «esté de acuerdo con la realidad sociolingüística de Cataluña, el régimen de doble oficialidad lingüística establecido por el marco legal y el proceso de normalización lingüística iniciado por el pueblo catalán y sus instituciones».

30. Por providencia de 3 de mayo de 1994 se señaló el siguiente día 5 del mismo mes y año para deliberación y votación de la presente sentencia.

II. FUNDAMENTOS JURIDICOS

1. Por diversos motivos de inconstitucionalidad, tanto competenciales como sustantivos, el Consejo Ejecutivo y el Parlamento de Cataluña, el Parlamento Vasco y un Comisionado a tal efecto por cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados impugnan la totalidad, y, subsidiariamente, una pluralidad de preceptos de la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada, según se refleja con detalle en los antecedentes de esta sentencia.

En síntesis, las alegaciones de los recurrentes suscitan las siguientes cuestiones delimitadoras del objeto procesal: a) desde un punto de vista formal, hay que determinar, en primer lugar, si la normativa discutida requiere de la cobertura formal de una Ley Orgánica, o, en otras palabras, si se viola o no la reserva de Ley Orgánica establecida en el art. 81.1 de la Constitución; b) en segundo y en estrecha relación con la anterior cuestión, se hace preciso dilucidar si es constitucionalmente lícito que el Plan Técnico Nacional de la Televisión Privada deba aprobarse por Real Decreto del Gobierno o si dicho cauce normativo lesiona la reserva de Ley establecida en el art. 53.1 de la Constitución o las garantías de Ley formal constitucionalmente exigibles para formalizar normas básicas; c) desde un punto de vista material, en tercer lugar, debe responderse también a las impugnaciones que estiman incompatibles con las libertades de expresión e información ejercidas a través de la televisión (art. 20.1 de la Constitución) y con la misma libertad de empresa (art. 38 de la Norma fundamental) la consideración de la televisión como un servicio público esencial de titularidad estatal que se ejercita mediante la gestión indirecta por las sociedades anónimas que hayan obtenido una concesión; d)

por último, pero no en importancia, hay que dar una adecuada respuesta a los razonamientos efectuados por las Comunidades Autónomas actoras relativos a que la existencia de un régimen de competencias compartidas en materia de difusión por televisión (art. 149.1.27 de la Constitución, art. 16 del Estatuto catalán y art. 19 del Estatuto vasco) impide que el Estado se reserve la totalidad del régimen jurídico de la televisión privada en emisiones de cobertura nacional, una reserva que sobrepasa el ámbito posible de lo básico, y excluye la participación autonómica del otorgamiento de las concesiones y de la delimitación de las zonas territoriales de cobertura limitada.

2. Pero, antes de entrar en el examen de las cuestiones de fondo, hay que analizar las excepciones formales opuestas por el Abogado del Estado.

Al escrito de interposición del recurso por el Parlamento de Cataluña contra los arts. 4.2, 5.1, 5.2 c) y 14 de la Ley se opone la discordancia de la demanda con el Acuerdo impugnatorio de la Mesa que se refiere únicamente al art. 5.1 «en relación con los arts. 5.2 c) y 14». Sin embargo, de este dato cierto, no cabe extraer mayores consecuencias en este proceso, pues en uno y otro caso es evidente la interconexión de las normas que se prevén en ese bloque de preceptos: aprobación del Plan por el Gobierno (art. 5.1), ausencia de participación autonómica en la delimitación de zonas territoriales infraestatales [arts. 4.2 y 5.2 c)], y una programación televisiva que se discute -se dice- por no utilizar el pluralismo lingüístico como criterio (art. 14). La representación y defensa de la Cámara se ha limitado a dar forma jurídica -con más o menos precisión- al Acuerdo impugnatorio del Parlamento autonómico.

Respecto de la demanda del recurso interpuesto por el Parlamento Vasco, se opone también por el Abogado del Estado la existencia de discrepancias, de un lado, entre el Acuerdo adoptado por el órgano legitimado, en donde se decide impugnar -junto a un amplio elenco de preceptos- la «Disposición transitoria única», y, de otro, la impugnación en el recurso de las Disposiciones adicionales primera y segunda. Tampoco esta excepción, encaminada a restringir el objeto del recurso, puede ser aceptada. En primer lugar, porque en el Acuerdo del Pleno del Parlamento Vasco consta la voluntad efectivamente de recurrir una inexistente «Disposición transitoria única», pero la impugnación se hace en relación con una amplia serie de preceptos y todos ellos por razones competenciales, a diferencia de lo que acontece en otros bloques de preceptos; el error en la invocación del precepto se advierte con claridad cuando se cae en la cuenta, de un lado, de que es en la Disposición adicional -ésta sí única- donde se contiene la atribución de una competencia al Gobierno, y, de otro, de que la Disposición transitoria primera se impugna en el mismo acuerdo, pero por razones derivadas de la hipotética lesión del art. 20.1 de la Constitución. La defensa de la Cámara se limitó, pues, a subsanar el error en la invocación del precepto acaecido en el acuerdo del Pleno y no cabe de ahí restringir el objeto del recurso a causa de una discordancia entre el acuerdo de recurrir del órgano legitimado y la demanda formalizada por su representante.

Es cierto, sin embargo -como denuncia el Abogado del Estado-, que en el petitum del recurso promovido por el Parlamento Vasco se impugnan los arts. 5.1, 9.1, 12 en su inciso «y será transferible» y 21.1, por vulnerar el art. 20.1 de la Constitución, sin que tal impugnación vaya acompañada en la demanda de una motivación expresa; razón por la cual, en vez de proceder a la inadmisión parcial de estos recursos por su falta de fundamentación y en aplicación del art. 85.1 de la LOTC -como insta que se haga el

Abogado del Estado-, habrá que entender simplemente que tales preceptos, ante la omisión de cualquier argumentación, se impugnan por los mismos motivos que otros preceptos supuestamente lesivos de los derechos fundamentales del art. 20.1 de la Constitución, es decir, por adoptarse las técnicas del servicio público y de la concesión.

3. Desechadas estas objeciones procesales, procede entrar a conocer del fondo de la fundamentación de los recursos, afrontándose en primer lugar la tacha de inconstitucionalidad trabada frente a la Ley por transgredir la reserva constitucional de Ley Orgánica (art. 81.1), impugnación recogida en los recursos del Parlamento Vasco y del Grupo Parlamentario Popular. La primera de las demandas de estos recursos señala que, del concepto de televisión que acoge el art. 1.4 del Estatuto de la Radio y la Televisión, se desprende que «a través de» ese medio de comunicación se ejercen los derechos fundamentales consagrados en el art. 20.1 de la Constitución. Y, en concreto, que son desarrollo del art. 20 de la Constitución, e infringen el art. 81.1 de la misma, los siguientes preceptos legales: la regulación del titular del derecho (art. 1); quiénes, en nombre del titular, pueden ejercerlo (arts. 2, 10, 18 a 23); los principios que inspiran su ejercicio (art. 3); su objeto (arts. 4, 14 y 15) y las condiciones para su ejercicio (arts. 5, 6 y 17); el régimen de infracciones y sanciones (arts. 24 a 26) y la autoridad que ha de velar por el correcto cumplimiento de la normativa (art. 7). La demanda formalizada por el Comisionado parlamentario de dicho Grupo, en cambio, se limita a efectuar una impugnación genérica de la Ley, razonando que o bien la gestión indirecta de un servicio público como es éste no es materia reservada a la Ley, o, si hace falta una Ley para regular estos extremos, debe ser una Ley Orgánica dado que «afecta», sin duda, a derechos fundamentales.

Sabido es que el art. 81.1 de la Norma fundamental enuncia determinados contenidos que sólo pueden ser regulados por Leyes Orgánicas y, entre ellos, y por lo que aquí atañe, el «desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas». La interpretación que deba hacerse de esta reserva, pese a su complejidad, ha sido ya precisada en distintos pronunciamientos de este Tribunal de los que es inevitable partir y que conviene recordar, sin perjuicio de lo que más adelante sea menester agregar, y de lo que se señale también respecto de la intervención confluyente de la Ley ordinaria para regular el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I (art. 53.1 de la Constitución):

A) En diversas resoluciones hemos afirmado que nuestro constituyente, al configurar la denominada Ley Orgánica (art. 81 CE), lo ha hecho, y así lo ha interpretado este Tribunal Constitucional «de modo restrictivo y excepcional en cuanto excepcional es también la exigencia de mayoría absoluta y no la simple para su votación y decisión parlamentaria» [STC 160/1987 (RTC 1987\160)].

a) Ello supone «que sólo habrán de revestir la forma de Ley Orgánica aquellas materias previstas de manera expresa por el constituyente, sin que el alcance de la interpretación pueda ser extensivo al tiempo que, por lo mismo, dichas materias deberán recibir una interpretación restrictiva» [STC 160/1987, fundamento jurídico 2.º; en el mismo sentido, la reciente STC 142/1993 (RTC 1993\142), fundamento jurídico 2.º.1].

Este carácter rigurosamente excepcional de la Ley Orgánica como fuente del Derecho se justifica, entre otras razones, porque «llevada a su extremo, la concepción

formal de la Ley Orgánica podría producir en el ordenamiento jurídico una petrificación abusiva en beneficio de quienes en un momento dado gozasen de la mayoría parlamentaria suficiente y en detrimento del carácter democrático del Estado, ya que nuestra Constitución ha instaurado una democracia basada en el juego de las mayorías, previendo tan sólo para supuestos tasados y excepcionales una democracia de acuerdo basada en mayorías cualificadas o reforzadas» [STC 5/1981 (RTC 1981\5), fundamento jurídico 21.A), y, entre otras, la STC 76/1983 (RTC 1983\76), fundamento jurídico 2.º]. De manera que «si es cierto que existen materias reservadas a Leyes Orgánicas (art. 81.1 de la CE) también lo es que las Leyes Orgánicas están reservadas a estas materias y que, por tanto, sería disconforme con la Constitución la Ley orgánica que invadiera materias reservadas a Ley ordinaria» (Ibidem).

b) Mas no sólo las materias objeto de la reserva de Ley Orgánica sino también la expresión «desarrollo» que la Constitución emplea para delimitar en este extremo el objeto de las Leyes Orgánicas ha de recibir una interpretación restrictiva. Así, tal expresión se refiere al desarrollo «directo» de los derechos fundamentales [STC 6/1982 (RTC 1982\6), fundamento jurídico 6.º], puesto que el instrumento de la Ley Orgánica «no puede extremarse» hasta el punto «de convertir el ordenamiento jurídico entero en una mayoría de Leyes Orgánicas, ya que es difícil concebir una norma que no tenga una conexión, al menos remota, con un derecho fundamental», habida cuenta, además, de que el instrumento de la Ley Orgánica «convierte a las Cortes en constituyente permanente» (Ibidem). Es por ello, por lo que hemos precisado que «el desarrollo legislativo de un derecho proclamado en abstracto en la Constitución consiste, precisamente, en la determinación de su alcance y límites en relación con otros derechos y con su ejercicio por las demás personas...» [STC 140/1986 (RTC 1986\140), fundamento jurídico 5.º]; siendo, no obstante, cierto que el dato de que la Constitución requiera que una norma se contenga en una Ley Orgánica, con un procedimiento específico de elaboración y aprobación, «añade una garantía frente al mismo legislador a las demás constitucionalmente previstas para proteger el derecho a la libertad» (Ibidem). Todavía con mayor concreción en la STC 93/1988 (RTC 1988\93) (fundamento jurídico 5.º) pusimos de manifiesto que no es posible equiparar «el ámbito negativo de exclusión de Decreto-ley del art. 86.1 de la CE con el positivo de exigencia de Ley Orgánica del art. 81.1 CE. Este último es por fuerza más restringido, pues tan sólo cubre el desarrollo general de un derecho o, en todo caso, la regulación de aspectos esenciales de dicho desarrollo, aunque se produzca en Leyes sectoriales» (en el mismo sentido, STC 140/1986, fundamento jurídico 5.º).

B) De la anterior doctrina una primera conclusión se desprende y es la de que la prohibición de «afectar» a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos por Decretos-leyes (art. 86.1 de la Constitución) no coincide en su objeto con la necesidad de disciplinar por Ley Orgánica el «desarrollo» de los derechos fundamentales y libertades públicas. O, en otras palabras, no todo lo que «afecte» a los derechos fundamentales constitucionalizados en el art. 20.1 -como parece creerse en la demanda presentada por el Comisionado parlamentario- es un desarrollo directo de esos derechos fundamentales, esto es, una regulación de sus aspectos esenciales que requiera de una disposición de las Cortes emanada con forma de Ley Orgánica. La Constitución veda al Decreto-ley afectar a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos y, correlativamente, reserva a la Ley ordinaria regular el ejercicio de tales derechos y libertades respetando su contenido esencial (art. 53.1); pero no obliga -por obvio que sea el recordarlo- a

regular por Ley orgánica las modalidades de su ejercicio ni los presupuestos o condiciones que los hagan efectivos, extremos que restan en los cometidos que la Constitución señala a la Ley ordinaria.

De este modo, hemos reconocido que «la función de garantía adicional» que cumple el art. 81.1 de la Constitución en materia de derechos fundamentales «conduce a reducir su aplicación a las normas que establezcan restricciones de esos derechos y libertades» o los desarrollen de modo directo «en cuanto regulen aspectos consustanciales de los mismos, excluyendo, por tanto, aquellas otras que simplemente afecten a elementos no necesarios sin incidir directamente sobre su ámbito y límites» [STC 101/1991, fundamento jurídico 2.º, que invoca las SSTC 160/1987, 161/1987 (RTC 1987\161), 57/1989 (RTC 1989\57) y 132/1989 (RTC 1989\132)].

En suma, cualquier disciplina legal que «afecte» a los derechos fundamentales no viene constitucionalmente obligada a ser aprobada por Ley Orgánica, sino que una «regulación» de tales derechos se adentra inevitablemente en la reserva del art. 81.1 de la Constitución -en vez de en la reserva de Ley ordinaria del art. 53.1- cuando «desarrolle» la Constitución de manera directa y en elementos esenciales para la definición del derecho fundamental, ya sea en una regulación directa, general y global del mismo o en una parcial o sectorial, pero, igualmente, relativa a aspectos esenciales del derecho y no, por parcial, menos directa o encaminada a contribuir a la delimitación y definición legal del derecho. Puede, por eso, razonarse que cuando las Cortes Generales en Ley Orgánica desarrollan un derecho fundamental están, en realidad, desarrollando y concretando la norma constitucional reconocedora del derecho -a menudo dotada de considerables dosis de abstracción- en sus espacios abiertos a la libertad de configuración normativa del legislador de los derechos fundamentales. Constitución y Ley Orgánica de desarrollo del derecho fundamental se integran, por tanto estrechamente - como evidencia el art. 28.2 de la LOTC-, sin perjuicio de la evidente superioridad jerárquica de las normas constitucionales.

Dicho cuanto precede, y a la vista de estos criterios generales, sólo si, a resultas de una interpretación restrictiva, la Ley recurrida contuviera un desarrollo directo -global o de aspectos esenciales- del ámbito subjetivo u objetivo de los derechos fundamentales del art. 20.1 de la Constitución, lo que ha de acontecer cuando el legislador incide en la «regulación de determinados aspectos esenciales para la definición del derecho, la previsión de su ámbito y la fijación de sus límites en relación con otras libertades constitucionalmente protegidas» (STC 132/1989, fundamento jurídico 16) deberíamos pronunciar su inconstitucionalidad formal por vulnerar el art. 81.1 de la Constitución.

4. La aplicación de nuestra doctrina a la Ley impugnada exige dar noticia previa de los principales contenidos de la Ley discutida. Según el art. 1 el objeto de la Ley consiste en regular la gestión indirecta del servicio público esencial de la televisión de titularidad estatal. Una gestión que se realiza por sociedades anónimas en régimen de concesión administrativa (art. 2) y con emisiones de cobertura nacional (art. 4.1); concesiones que otorga el Gobierno tras el oportuno concurso público (art. 8.1), apreciando en su conjunto las ofertas presentadas y según distintos criterios legalmente determinados (art. 9), y por un período de diez años susceptible de renovación (art. 10). Las concesiones vienen vinculadas al correspondiente Plan Técnico Nacional que regula las condiciones técnicas necesarias para la prestación del servicio (arts. 5.2 y 6) y quedan sujetas a la profusa

disciplina internacional que regula el tema (art. 6); así como sometidas a la inspección del Ministerio de Transportes, Turismo y Comunicaciones (art. 7). La Ley regula con detalle en su Capítulo II el régimen jurídico de la concesión: adjudicación (art. 9); solicitantes e interdicciones (art. 10); plazo (art. 11); naturaleza intransferible (art. 12); gastos de mantenimiento de los sistemas de difusión de señales (art. 13); porcentajes y contenidos de la programación (art. 14) y límites de emisiones publicitarias (art. 15); extinción (art. 16), etc... Así como, disciplina con no menos detalle en el Capítulo III las características y requisitos de las sociedades concesionarias: capital mínimo suscrito y desembolsado (art. 18.2); límites a la titularidad de las acciones, a la concentración de capital (arts. 19 y 23) y a la transmisión de las acciones (art. 21) y condiciones de inscripción en el correspondiente Registro (art. 20). E, igualmente, se tipifica un régimen de infracciones y sanciones (Capítulo IV) que no es preciso describir aquí:

A) A la luz de esta síntesis de los contenidos legales, una primera afirmación -no por obvia menos relevante- debe efectuarse: la Ley no contempla una regulación directa y global de la televisión como servicio de radiodifusión ni siquiera de todas las modalidades constitucional y técnicamente posibles de televisión privada -conviene insistir en ello-, es decir, con distinto alcance y mediante diversos soportes tecnológicos. Partiendo de una normativa legal preexistente sobre la materia, se limita a ordenar el acceso de tres sociedades concesionarias (art. 4.3), tras la adjudicación de la concesión en concurso público entre las distintas entidades solicitantes y concurrentes, a la gestión indirecta del servicio público de titularidad estatal a través de un determinado sistema de difusión de señales y para emisiones básicamente con cobertura nacional (art. 4.1). Es evidente, pues, cualquiera que sea la opinión que desde la política legislativa tal opción merezca -que, como se verá, no redundaría necesariamente en un vicio de inconstitucionalidad- que, pese a la relativa confusión que encierra la denominación de la Ley que hace pensar en una ordenación general de la gestión del medio de comunicación por los particulares, el legislador se ha limitado a ordenar una modalidad de televisión privada de entre las posibles: la de cobertura nacional y mediante emisiones de señales por ondas. Esta opción del legislador no configura una injustificable limitación o restricción de los derechos fundamentales del art. 20.1 de la Constitución, porque nada impide la existencia de diversas Leyes que regulen las distintas modalidades televisivas técnica y constitucionalmente posibles.

B) La Constitución protege en su art. 20.1 el derecho a expresarse libremente mediante la palabra, el escrito o «cualquier otro medio de reproducción» [letra a)], y el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz «por cualquier medio de difusión» [letra d)]. Interpretando este precepto, en diversas ocasiones hemos reiterado que los derechos de libre expresión y de información, en su dimensión de derechos de libertad, significan básicamente ausencia de interferencias o intromisiones ilegítimas en el proceso de comunicación, pero, a la vez, en su dimensión institucional, suponen una garantía de una opinión pública libre y del mantenimiento de un pluralismo político; en definitiva, el art. 20 de la Constitución es una garantía de una comunicación pública libre sin la cual vendría falseada la libertad democrática; «no hay inconveniente en entender que el derecho de difundir las ideas y opiniones comprende en principio el derecho de crear los medios materiales a través de los cuales la difusión se hace posible»; mas este derecho a crear «soportes o instrumentos de comunicación» como «derecho referido a cada uno de los posibles instrumentos o soportes, presenta indudables límites» (STC 12/1982, fundamento jurídico 3.º).

Esta importante y matizada distinción -pues no puede llegar a ser una separación- entre los derechos fundamentales garantizados por el art. 20.1 de la Constitución y los derechos a instaurar soportes, instrumentos o medios de comunicación indispensables para el ejercicio de esas libertades ha sido mantenida por este Tribunal en distintas resoluciones hasta la muy reciente STC 31/1994 (RTC 1994\31) en la que se ratificó, de nuevo (fundamento jurídico 7.º), que la Constitución consagra junto a las libertades de expresión e información por cualquier medio de difusión el «derecho a crear los medios de comunicación indispensables para el ejercicio de estas libertades, si bien es cierto, como hemos tenido ocasión de señalar, que no se puede equiparar la intensidad de protección de los derechos primarios directamente garantizados por el art. 20 CE y los que son meramente instrumentales de aquéllos, de modo que respecto del derecho de creación de los medios de comunicación el legislador dispone, en efecto, de una mayor capacidad de configuración, debiendo contemplar, al regular dicha materia, otros derechos y valores concurrentes» siempre que no restrinja el contenido esencial de aquellos derechos fundamentales.

Partiendo de esta distinción conceptual, ya muy consolidada en nuestra jurisprudencia (STC 12/1982, 206/1990, 119/1991 y 31/1994), de un lado, entre los «derechos primarios», reconocidos con rango de fundamental en el art. 20.1 de la Constitución, a la libre expresión y a comunicar y recibir información veraz, y, de otro, « los derechos instrumentales» de éstos a crear los soportes, instrumentos o medios de comunicación necesarios para ejercer esas libertades, debemos precisar lo que a continuación se expone. Es, sin duda, cierto que los mencionados derechos fundamentales y dichos instrumentos técnicos de comunicación no pueden distinguirse radicalmente; en nuestros días, la libertad de información es, casi, sin excepción, un derecho a servirse de determinados medios, de manera que, de algún modo, la posibilidad de crear medios de comunicación social conecta y se integra con estos derechos fundamentales. Y así lo hemos venido reconociendo -como se ha expuesto- desde las iniciales SSTC 12/1982 y 74/1982. Pero tampoco es menos cierto que la libertad de configuración normativa del legislador para disciplinar los soportes técnicos e instrumentos de comunicación -en el caso que nos ocupa, la emisión por ondas radioeléctricas con cobertura nacional- es mayor que la que posee a la hora de ordenar directamente los derechos fundamentales del art. 20.1 de la Constitución, que son en gran parte derechos de libertad pese a la clara conexión presente entre uno y otro aspecto. Son conceptualmente distintos los derechos de los ciudadanos a expresarse libremente y a transmitir y recibir información veraz en radiodifusión -sustancialmente unos derechos de libertad-, y los instrumentos técnicos o ámbito de la realidad social en el cual tales derechos a través de la radiodifusión se proyectan y en los cuales dichos derechos se ejercen, que reclaman -por su misma naturaleza- una detallada regulación estatal, entre otras razones, para posibilitar su ejercicio en condiciones de igualdad y no interferir otros usos del dominio público radioeléctrico.

C) El objeto de los derechos fundamentales del art. 20.1 de la Constitución no coincide, pues, totalmente con el objeto de las concesiones. Puede, por eso, decirse que la previsión de las condiciones y la regulación del régimen jurídico de un sistema de emisiones con cobertura nacional por sociedades concesionarias y en gestión indirecta del servicio público esencial de televisión es una modalidad de ejercicio -de entre las constitucionalmente posibles- de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 20.1

de la Constitución y, al tiempo, un presupuesto mediante la regulación de las condiciones que hacen posible y efectivo el ejercicio de esos derechos (art. 53.1 de la Constitución); y no realmente un desarrollo directo, global o en aspectos esenciales, de tales derechos fundamentales, que es lo que la Constitución reserva a la Ley Orgánica en su art. 81.1; ni tampoco una delimitación negativa o restricción de los derechos fundamentales del art. 20.1 de la Constitución, que debiera venir cubierta por Ley Orgánica, pues de la misma no se deduce necesariamente una exclusión de las modalidades televisivas no reguladas.

No cabe, por tanto, declarar inconstitucional la Ley por este motivo, pues, como ya se ha expuesto, son cosas distintas desarrollar de modo directo los derechos fundamentales que disciplinar las condiciones que hacen posible una forma de su ejercicio, o, en otras palabras, regular una de las modalidades posibles para el ejercicio de los derechos fundamentales en juego y en lo que aquí respecta la regulación del régimen jurídico de las concesiones.

Por otra parte, una materia como es la radiodifusión en general, sonora o televisiva, y, en especial, la emisión de programas por televisión, se encuentra sometida a constantes cambios e innovaciones tecnológicas. Se trata de una materia extremadamente flexible, donde el recurso con carácter general a la Ley Orgánica, que está dotada de una gran fuerza pasiva o resistencia a su modificación, podría bloquear posteriores intervenciones del legislador ordinario restringiendo o, cuando menos, dificultando la extensión del ejercicio de los derechos fundamentales en juego a través de este soporte técnico a nuevos ámbitos derivados de distintas modalidades de emisión actualmente posibles o futuras. La naturaleza de los derechos fundamentales implicados aconseja no entender como una decisión esencial respecto de esos derechos la ordenación de las condiciones técnicas del medio televisivo y la concreta regulación del régimen jurídico de la concesión, desechando una interpretación maximalista o extensiva de la reserva de Ley Orgánica en materia televisiva.

5. Intimamente unido con el problema anterior, se encuentra la aseveración, que en los recursos del Parlamento y el Consejo Ejecutivo de Cataluña se realiza, relativa a que no es constitucionalmente lícito que el Plan Técnico Nacional de la Televisión Privada (art. 5.1 de la Ley) se apruebe por Real Decreto del Gobierno, pues -se afirma- que, bien ello vulnera la reserva de Ley establecida en el art. 53.1 de la Constitución, bien las garantías de Ley formal exigibles para emanar normas básicas ex art. 149.1.27 de la Constitución.

Este segundo vicio de inconstitucionalidad formal no puede ser aceptado, aunque para hacer una adecuada motivación de rechazo sea preciso efectuar algunas imprescindibles consideraciones previas.

Incluso en los ámbitos reservados por la Constitución a la regulación por Ley no es imposible una intervención auxiliar o complementaria del reglamento, pero siempre que estas remisiones «sean tales que restrinjan efectivamente el ejercicio de esa potestad (reglamentaria) a un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley», de tal modo que no llegue «a una total abdicación por parte del legislador de su facultad para establecer reglas limitativas, transfiriendo esta

facultad al titular de la potestad reglamentaria, sin fijar ni siquiera cuáles son los objetivos que la reglamentación ha de perseguir» [STC 83/1984, fundamento jurídico 4.º; que reproduce la STC 99/1987 (RTC 1987\99), fundamento jurídico 3.º.a)].

En el caso que nos ocupa, la Ley habilita expresamente al Gobierno para aprobar un Plan Técnico Nacional de la Televisión Privada (art. 5.1). Una habilitación que contiene una delimitación del objeto de la remisión en el art. 5.2 de la Ley que puede considerarse suficiente. Así se determina allí que el Plan comprenderá:

«la regulación de las condiciones de carácter técnico que sean necesarias para garantizar la adecuada prestación del servicio y, entre ellas, las siguientes: a) sistemas de transporte y difusión de señales previstos para la prestación del servicio por parte de las sociedades concesionarias; b) bandas, canales, frecuencias y potencias reservadas para la emisión de los programas de tales sociedades, así como emplazamientos y diagramas de radiación de los centros emisores y reemisores; c) la delimitación de las zonas a que se refiere el artículo anterior.»

Pero la razón que debe llevarnos a desestimar estas tachas de inconstitucionalidad es otra. Unos extremos como son los sistemas de transporte y difusión de señales, la fijación de bandas, frecuencias y potencias o los diagramas de radiación no son ni desarrollo directo de los derechos fundamentales del art. 20.1 de la Constitución ni tampoco realmente, una verdadera regulación de las condiciones para su ejercicio, en el sentido expresado en el art. 53.1 de la Norma fundamental, tal y como ocurre con el régimen jurídico de las sociedades concesionarias, sino un simple complemento reglamentario de carácter técnico.

Estos extremos atañen a la ordenación de aspectos muy técnicos del dominio público radioeléctrico, sumamente flexibles y cambiantes, y atinentes a la competencia exclusiva del Estado para ordenar de manera unitaria la radiocomunicación y las telecomunicaciones en general y en sus distintos usos y no sólo el uso televisivo de ese dominio público; tal y como fueron estos títulos interpretados en la STC 168/1993 (RTC 1993\168) (fundamento jurídico 4.º). Como en dicha sentencia se dijo, priman en esta regulación los aspectos propios del soporte técnico de la emisora sobre las libertades que se ejercen en un servicio de difusión y comunicación social, a diferencia de con lo que ocurre en las condiciones de adjudicación de una concesión de radiodifusión.

6. Tanto el Parlamento Vasco como los Diputados recurrentes del Grupo Parlamentario Popular denuncian en sede constitucional que es -a su juicio- incompatible con la titularidad de los derechos fundamentales recogidos en el art. 20.1 de la Constitución la configuración de la televisión como un servicio público esencial de titularidad estatal (art. 1 de la Ley), como dice el Preámbulo, en los términos del art. 128.2 de la Constitución; un servicio público cuya gestión indirecta se realizará (dice el art. 2 de la Ley) por sociedades anónimas en régimen de concesión administrativa. Según los citados parlamentarios, la publicatio que la idea de servicio público supone implica, además, una invasión de la libertad de empresa y de la iniciativa privada constitucionalmente reconocidas (art. 38). Es menester afrontar el enjuiciamiento de estas tachas de inconstitucionalidad que en los recursos frente a dichos preceptos se imputan:

A) No es ésta una cuestión nueva en la jurisprudencia constitucional, puesto que cláusulas análogas a la del art. 1 de la Ley recurrida se encuentran en normas legales anteriores: el art. 1.2 del Estatuto de la Radio y la Televisión (Ley 4/1980, de 10 de enero), y el art. 2.1 de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones (Ley 31/1987, de 18 de diciembre), por eso, sin perjuicio de las profundizaciones en el tema que después se realicen, es menester recordar lo que ya se ha dicho acerca de este problema.

En la STC 12/1982 (fundamento jurídico 4.º), se expuso que la consideración de la televisión como un servicio público esencial recogida en el art. 1.2 del citado Estatuto de la Radio y la Televisión la fundamenta el legislador en el Preámbulo de dicha Ley (párrafo 1.º) en el hecho de que sea un vehículo esencial de información y participación política de los ciudadanos, de formación de la opinión pública, de cooperación con el sistema educativo, de difusión de la cultura española y de sus nacionalidades y regiones, y medio de contribución para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas. Partiendo de esta fundamentación legal del uso del concepto, se reconoció allí que la configuración de la televisión como servicio público, «aunque no sea una afirmación necesaria en nuestro orden jurídico-político se encuentra dentro de los poderes del legislador».

De nuevo, en la STC 74/1982 (fundamento jurídico 3.º) y en relación con el art. 1.2 del Estatuto de la Radio y la Televisión, reiteramos que no era «cuestionable», la consideración de la radiodifusión como servicio público esencial de titularidad estatal y que resultaban admisibles las modalidades indirectas de gestión mediante la técnica concesional.

La STC 35/1983 (RTC 1983\35) (fundamento jurídico 3.º) resolvió, al enjuiciar un caso de rectificación en televisión, que aunque la noción de «poder público», obviamente, no coincide con la de «servicio Público», las funciones calificadas como servicio público quedan colocadas, con independencia de cuál sea el título (autorización, concesión, etc...) que hace posible su prestación, en una especial relación de dependencia respecto de los poderes públicos.

Con mayor relevancia para nuestros fines, en la STC 106/1986 (RTC 1986\106) (fundamento jurídico 3.º) se aclaró que la declaración de la actividad de radiodifusión - sonora y de televisión- como servicio público no supone, por sí sola, un obstáculo insalvable para la gestión por los particulares de esa actividad; ni la ausencia de tal declaración representaría, sin más, la existencia de un derecho preestablecido a inscribir y reservar, en el correspondiente registro, frecuencias determinadas de radio y televisión en favor del particular que lo solicite.

Todavía de forma más explícita la importante STC 206/1990 (fundamento jurídico 6.º), de forma sobrevenida a las alegaciones de las partes en este litigio y a la que se remiten las posteriores STC 119/1991 (fundamento jurídico 5.º) y 31/1994 (fundamento jurídico 6.º), recordó que el art. 10.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos permite someter la televisión a un régimen de intervención administrativa previa en diversas formas entre las que se incluye la técnica concesional; y expuso que la calificación de servicio público es constitucionalmente lícita desde el momento en que el legislador la considera necesaria para garantizar -en términos de igualdad y efectividad- determinados derechos fundamentales de la colectividad, «pero no es, en absoluto, una

etiqueta que una vez colocada sobre el medio, permita cualquier regulación en la misma, ya que hay en juego derechos subjetivos -los de comunicar libremente el pensamiento y la información- que la publicatio limita y sacrifica en favor de otros derechos, pero que no puede en modo alguno eliminar». Los cambios en los condicionamientos técnicos -por las mejoras tecnológicas- y en los valores sociales pueden suponer una revisión de la justificación de los límites que supone la publicatio, tanto en la constitucionalidad de la titularidad estatal como en los límites a la gestión privada del servicio, que el legislador está obligado a realizar; del mismo modo, que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y otros Tribunales Constitucionales ha evolucionado en los últimos años estableciendo límites más flexibles y ampliando las posibilidades de gestión de una televisión privada; pero, en cualquier caso, un límite cierto a cuanto precede es que del art. 20 de la Constitución «no nace directamente un derecho a exigir sin más el otorgamiento de frecuencias para emitir» (Ibidem).

Enjuiciando ya preceptos de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones de 1987 que en su art. 2.1 califica a las telecomunicaciones como servicios esenciales de titularidad estatal reservados al sector público -con ciertas excepciones- y en su art. 25.3 determina el concepto de televisión y califica esta actividad como servicio de difusión, recayó la STC 189/1991 (RTC 1991\189). Donde volvimos a decir (fundamento jurídico 3.º) que la declaración de la televisión como servicio público, sin distinción del medio técnico que se utilice ni de los contenidos que se transmitan, se establece por el legislador en el Estatuto de la Radio y la Televisión y en la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones, y es en sí misma constitucional. Pero es ésta una resolución en la que ya se insistió en que la idea de servicio público no es una etiqueta que una vez aplicada al medio permita cualquier regulación, porque hay en juego derechos subjetivos referidos a comunicar libremente pensamiento e información.

Por último, la anterior doctrina se reiteró por este Tribunal en su Sala Segunda en la reciente STC 31/1994 (fundamento jurídico 5.º) en la que, partiendo de la configuración de la televisión por el legislador como un servicio público esencial, se afirma que «no puede considerarse contraria a los derechos de libertad de expresión e información reconocidos en el art. 20.1 a) y d) CE, la necesidad de obtener una concesión administrativa»; así como que «en virtud de la configuración, constitucionalmente legítima de la televisión como servicio público, cualquiera que sea la técnica empleada y el alcance de la emisión, los derechos a comunicar libremente el pensamiento y la información pueden resultar limitados en favor de otros derechos» (fundamento jurídico 7.º).

B) Ahondando en esta línea de jurisprudencia y en las correcciones iniciadas en la citada STC 206/1990 es preciso hacer algunas matizaciones. La idea de servicio público no constituye una noción unívoca y sí un concepto muy debatido por la doctrina científica -con detractores y valedores-, sujeto a distintas elaboraciones y utilizado en diversos momentos históricos con finalidades también distintas. Un debate doctrinal en el que no corresponde a un Tribunal Constitucional terciar, so pretexto del ejercicio de su función de control normativo, de no ser inevitable para alcanzar un pronunciamiento de adecuación a la Constitución de la declaración que el art. 1 de la Ley efectúa. Una circunstancia que no se produce.

La declaración de la televisión como servicio público no es contraria, en sí misma y sin necesidad de mayores razonamientos, a la Constitución; ningún precepto constitucional la impide expresa o tácitamente. Es, pues, una opción, entre otras constitucionalmente posibles, que puede tomar el legislador. El art. 128.2 de la Constitución permite a la Ley reservar al sector público «recursos» o «servicios esenciales», y una interpretación literal aunada a otra sistemática, derivada del uso de dos expresiones constitucionales que no pueden querer decir lo mismo, obliga a entender que los «servicios esenciales» de una comunidad no tienen por qué ser «recursos» naturales o económicos; es esa una noción que, por su amplitud, puede abarcar a estos servicios de radiodifusión de indudable importancia o esencialidad en las sociedades de masas contemporáneas, para suministrar información plural a través de determinados soportes técnicos y permitir formar opinión pública.

De manera que se piense o no que la noción de servicio público constituye una efectiva garantía de la prestación de ciertos servicios esenciales cuando concurra el ejercicio de derechos constitucionales, en cualquier caso (y esto es lo único que aquí interesa destacar a efectos de un pronunciamiento de constitucionalidad) la calificación de la televisión como servicio público no configura una insoslayable amenaza para los derechos del art. 20.1 de la Constitución -como se denuncia en algunas de las demandas-, hasta el punto de cercenar su ejercicio o de impedir la incorporación de las transformaciones técnicas operadas en la materia de radiodifusión, es decir, de frenar la evolución social y tecnológica sobre la que esos derechos fundamentales se proyectan. Nada se argumenta en los recursos que pueda llevar a esta conclusión.

Por esas mismas razones, en contextos distintos, hemos admitido la licitud constitucional de la aplicación por el legislador de la idea de servicio público esencial a otros derechos fundamentales con el fin de preservar el interés general. De este modo, v. gr., en la STC 26/1987 (RTC 1987\26) (fundamento jurídico 4.º), mantuvimos que la naturaleza de la autonomía universitaria como derecho fundamental no excluía las limitaciones propias del servicio público que es en nuestro ordenamiento la educación superior en la Universidad (art. 1.1 de la Ley de Reforma Universitaria 11/1983, de 25 de agosto); y que tal calificación de servicio público no era un obstáculo para la libertad académica.

No obstante, la asunción por los poderes públicos de la actividad televisiva como servicio público, para abrir posteriormente su gestión a los particulares, en la medida en que resultan afectados derechos fundamentales, no puede tener otra justificación que la de servir a los intereses generales y asegurar la vigencia de otros bienes y principios o derechos constitucionales, y no la de acaparar indebidamente servicios televisivos que puedan ser directamente prestados por los particulares en el ejercicio de su derecho general de libertad. Se trata, no sólo de asegurar sin interrupciones el cumplimiento de ciertas actividades que satisfacen una necesidad esencial de cualquier comunidad, la obtención de una información libre y plural por los ciudadanos por medio de la televisión, sino también, y sobre todo, de permitir el acceso en condiciones de igualdad al ejercicio de los derechos fundamentales a suministrar información y pensamiento libre a través de este soporte técnico o, cuando menos, de garantizar una igualdad de trato normativo en las condiciones de acceso a la autorización administrativa, sin que en ningún caso esta configuración pueda servir para justificar eventuales injerencias de los poderes públicos en la esfera de los derechos de libertad del art. 20 CE. Desde esta perspectiva, las

limitaciones propias del dominio público radioeléctrico (art. 7.1 de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones) son un refuerzo de ese otro fundamento constitucional de la calificación de servicio público esencial: ordenar la igualdad en las condiciones de acceso de los ciudadanos a un bien limitado cuales son las licencias para emitir televisión con ámbito nacional.

En definitiva, la vigencia de los derechos fundamentales comprendidos en el art. 20.1 de la Constitución no puede llevar a declarar la inconstitucionalidad de la controvertida calificación legal de servicio público y ello sin perjuicio de que el legislador debe ponderar debidamente y garantizar los derechos fundamentales en juego sin imponer a los mismos restricciones innecesarias que pugnarían con los derechos consagrados en el art. 20 CE, y, a la par, obliga a que este Tribunal controle si la Ley garantiza o no suficientemente tales derechos.

En este mismo sentido, el art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos prescribe en su apartado 1.º que las libertades de expresión y de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras, no impiden que los Estados sometan a las empresas de televisión «a un régimen de autorización previa». Y la técnica concesional para la gestión indirecta por sociedades anónimas en que la declaración de servicio público se traduce (arts. 2, 3, 4.1, 6 y 7 de la Ley) es una variante de autorización previa que no viene vedada ni por la Constitución ni por el Convenio Europeo. Como dijimos en la STC 108/1993 (RTC 1993\108) (fundamento jurídico 3.º), en un caso referido al otorgamiento de concesiones de emisoras de radiodifusión en modulación de frecuencia, la concesión es el acto administrativo que permite el acceso de una persona física o jurídica a la gestión indirecta del servicio público y por el cual el concesionario se obliga a prestar un resultado, satisfaciendo unos determinados requisitos y condiciones técnicas; de manera que se establece a partir de ella una peculiar relación de colaboración entre la Administración concedente y el concesionario en el ámbito de la gestión del servicio.

Igualmente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, interpretando el citado art. 10.1 del Convenio, ha precisado que su texto permite a los Estados reglamentar, mediante un sistema de licencias, la organización de la radiodifusión en su territorio y en particular sus aspectos técnicos (asunto «Groppera Radio y otros», Sentencia del TEDH de 28 de marzo de 1990).

Pero el verdadero sentido de este precepto y del problema no puede ser captado sin leer a la vez el apartado 2.º del mismo art. 10 del Convenio, que permite que el ejercicio de esas libertades pueda ser sometido a «ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la Ley», siempre y cuando «constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática». Esta importante exigencia, la necesidad de las restricciones impuestas a fin de proteger otros derechos o bienes constitucionales, ha sido interpretada en materia de difusión radiotelevisiva por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Asunto «Informationsverein Lentia y otros», 36/1992/381/455-459, Sentencia del TEDH de 24 de noviembre de 1993). Se señaló allí que los Estados gozan de un margen de apreciación para juzgar la necesidad de las restricciones o injerencias, pero las mismas son susceptibles de un control europeo, si afectan a las libertades del art. 10.1 del Convenio. Ese control judicial europeo debe ser severo en razón de la importancia de estas libertades. En otras palabras, la necesidad de la limitación de esos

derechos debe justificarse por el legislador de manera razonable y convincente (Asunto «Autronic AG», sentencia del TEDH de 22 de mayo de 1990) y las injerencias controvertidas han de ser proporcionadas al fin constitucional perseguido. La observación vale especialmente para los medios audiovisuales, dado que sus programas se difunden a una gran escala, y con el fin de asegurar la libertad de expresión en una sociedad democrática; de suerte que, gracias al moderno progreso tecnológico, las restricciones impuestas ya no podrán ser siempre fundadas en consideración al número de frecuencias y canales disponibles (el mencionado Asunto «Informationsverein Lentia»).

Estas razones son las que nos llevan a declarar que la calificación de la televisión como un servicio público esencial se encuentra dentro de las potestades del legislador en su libertad de configuración normativa convirtiéndose en una de entre las varias opciones constitucionalmente lícitas. Lo que no significa, sin embargo, que mediante la invocación de dicha tesis, se habilite a los poderes públicos a poder legitimar un injustificado sacrificio de tales derechos de libertad y, en concreto, la ausencia de regulación de procedimientos legales que permitan el lícito acceso a la creación de medios por particulares en los distintos soportes tecnológicos hasta la medida en que lo permitan las condiciones técnicas y económicas de cada momento.

De igual manera, conviene subrayar que la selección del titular de la concesión en que la declaración de servicio público se traduce debe efectuarse con arreglo a criterios generales, objetivos y de igualdad en el libre acceso que permitan un control posterior de la regularidad de la decisión administrativa por parte de los Tribunales ordinarios.

C) Dicho esto, conviene también insistir en que el titular de una licencia de radiodifusión de algún modo goza de un «privilegio» (así lo expuso la Corte Suprema Estadounidense en «Red Lion Broadcasting Co y otros versus Federal Communications Commission, 395.US.367, de 9 de junio de 1969), ya que es alguien que utiliza -con un uso privativo y excluyente de otros- un recurso valioso y limitado («Columbia Broadcasting System versus Democratic National Committee», 412.US.94, de 29 de mayo de 1973), cual es un medio de radiodifusión que le permite expresar libremente sus opiniones ante una pluralidad de espectadores y a diferencia, precisamente, del resto de los ciudadanos que no poseen la organización ni los recursos económicos necesarios para acceder a ese instrumento privilegiado de ejercicio de los derechos fundamentales del art. 20.1 de la Constitución.

Cuando de radiodifusión televisiva se habla, esto es, si cabe, más evidente. La técnica concesional que la Ley recurrida acoge regula el acceso, mediante concurso público, de una pluralidad de empresas solicitantes con ofertas concurrentes (arts. 8 a 10 de la Ley), cuyo interés público el Gobierno viene obligado a valorar con arreglo a los criterios objetivos que la Ley menciona (art. 9.2), y que los Tribunales contencioso-administrativos -ya se ha dicho- pueden revisar. Esa forma de acceso plural a la autorización para emitir tiene como justificación (así se desprende del art. 9.2 de la Ley) impedir un monopolio privado de los medios de comunicación social no menos odioso, desde la perspectiva de la exclusión del ejercicio de los derechos de otros, que el monopolio público ya abandonado, en virtud del no descartable riesgo de abusos en el mercado a causa de posiciones dominantes y prácticas restrictivas de la competencia por singulares poderes económicos. Las normas que la Ley recurrida dispone sobre la titularidad de las acciones de las sociedades concesionarias y las tendentes a evitar la

concentración de capital en manos de personas físicas o jurídicas (Capítulo Tercero de la Ley y en especial los apartados 2.º a 4.º del art. 19 y el art. 21) responden a esta finalidad.

No es, por eso, casual que si el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en el citado caso «Informationsverein Lentia») declaró injustificable el monopolio del servicio público de radiodifusión en Austria en manos de un ente público, también la Corte Constitucional italiana (Sentencia núm. 826, año 1988, de 13 de julio), ante una situación de concentración monopolística de la televisión privada en un solo grupo de empresas, declaró (fundamento jurídico 26) la necesidad de garantizar, mediante una disciplina adecuada de la materia, una efectiva tutela del pluralismo en la información; y recomendó que la Ley futura contuviera límites y cautelas financieras que impidieran posiciones hegemónicas en el mercado, así como que se introdujera un alto grado de transparencia de los propietarios de las empresas y de sus balances. La misma preocupación por impedir un monopolio de opinión, salvaguardar una separación de poderes informativos y garantizar un pluralismo externo mediante la posibilidad de acceso de diversos grupos sociales a la televisión privada se observa en la Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de 4 de noviembre de 1986 (BVerffGE 73, 118) que enjuició la Ley de Baja Sajonia.

D) Por otra parte, la estricta libertad de empresa (art. 38 de la Constitución), sin sometimiento a intervención administrativa alguna, y especialmente cuando existen inevitables obstáculos fácticos en nuestras sociedades modernas a la misma existencia del mercado, no garantiza en grado suficiente el derecho fundamental de los ciudadanos en cuanto espectadores a recibir una información libre y pluralista a través de la televisión, dada la tendencia al monopolio de los medios informativos y el ámbito nacional de las emisiones que la Ley regula. Del mismo modo que no lo asegura el monopolio público televisivo. En este contexto, la noción de servicio público es una técnica que -al igual que otras constitucionalmente posibles- puede permitir al legislador ordenar una adecuada concurrencia de las televisiones públicas y las distintas televisiones privadas.

Es, por lo demás, cierto que la vigencia de la libertad de empresa no resulta constitucionalmente resquebrajada por el hecho de la existencia de limitaciones derivadas de las reglas que disciplinen, proporcionada y razonablemente, el mercado [SSTC 37/1981 (RTC 1981\37), fundamentos jurídicos 4.º y 7.º; 88/1985 (RTC 1985\88), fundamento jurídico 2.º; 37/1987 (RTC 1987\37), fundamento jurídico 5.º; 17/1990 (RTC 1990\17), fundamento jurídico 8.º; etc.]; y, entre otras, por el sometimiento a una autorización administrativa que tutele distintos bienes constitucionales y los derechos de otros [STC 227/1993 (RTC 1993\227), fundamento jurídico 4.º].

E) En virtud de lo expuesto, deben considerarse constitucionalmente lícitos, al no vulnerar los arts. 20.1 y 38 de la Norma fundamental, en particular, los arts. 1, 2, 3, 4.1, 6, 7 c) y 7.2, y cualesquiera otros preceptos conexos, dentro del Capítulo Primero de la Ley en los cuales se califica la televisión como servicio público y se disciplina su gestión indirecta mediante la técnica concesional. Del mismo modo, debe desestimarse en este extremo el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Parlamento Vasco en el cual, con fundamento en la mera mención legal a la existencia de una concesión o de una sociedad concesionaria y su supuesta infracción del art. 20.1 de la Constitución, se

impugnan un amplio número de preceptos sin añadir mayores argumentaciones: arts. 2, 3, 4, 5.1, 5.2 a), 6, 7.1 c), 8, 9.1, 9.2, 10, 11, 12, 14.1, 14.3 a), 14.5, 16, 17, 18, 19, 21, 22, 24.2 a), 24.3 f), 24.4, 25.1, 26 y Disposición transitoria primera.

7. En lo que afecta al art. 4.3 de la Ley, que establece en tres el número de las concesiones nacionales, los Diputados recurrentes del Grupo Parlamentario Popular, en realidad, no discuten esa fijación en tres de las nuevas concesiones de emisoras o cadenas de televisión privada con cobertura nacional que utilizan la infraestructura de la red terrenal de RTVE de emisores y reemisores como soporte de la red de televisión privada. En la demanda del recurso se razona que es técnicamente posible la instalación de otros transmisores en los mismos emplazamientos que los actuales y situados cerca de los grandes núcleos de población, de forma que con transmisiones de potencia reducida y diagramas de radiación limitada, se obtengan emisiones con coberturas locales, aumentándose así los servicios de radiocomunicación disponibles para usos privados. Estos razonamientos técnicos atañen a la posibilidad real de emisiones de televisión privada con cobertura territorial limitada o local que, ciertamente, la Constitución no impide y vienen, incluso, amparadas por los derechos fundamentales del art. 20.1 de la Constitución, de acuerdo con los razonamientos ya expuestos, pero es obvio que de ahí no puede deducirse un vicio de inconstitucionalidad de una norma (el citado art. 4.3 de la Ley) que fija un número máximo de concesiones de alcance nacional y no local, precisamente en virtud de ese ámbito nacional y después de valorar los condicionamientos publicitarios, económicos y financieros, así como técnicos existentes. La ausencia de una fundamentación de la demanda realmente dirigida a impugnar el número de las concesiones nacionales, y no otros extremos irrelevantes para enjuiciar la adecuación a la Constitución del art. 4.3 de la Ley, debe bastar para rechazar el recurso en este extremo.

A mayor abundamiento, la Exposición de Motivos de la Ley advierte que el número de concesiones fue fijado considerando conjuntamente tres variables: cálculos de viabilidad económica para las empresas concesionarias en virtud de las dimensiones del mercado; las exigencias o limitaciones técnicas existentes; y el interés del público por una programación diversificada. Son estos extremos que, en definitiva, deben quedar dentro de la libertad de configuración normativa del legislador, salvo hipotéticos abusos en las restricciones que ni se detallan en las demandas ni se advierten fácilmente.

8. Por lo que respecta al enjuiciamiento de la Ley desde la perspectiva de la distribución constitucional de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas cabe decir lo que a continuación se expone.

Ya se ha dicho (fundamento jurídico 4.^o), que la Ley no contempla una regulación directa y global de la televisión como servicio de difusión ni todas las modalidades públicas y privadas posibles, con distinto alcance espacial y mediante diversos soportes tecnológicos. Su afán es más limitado: se trata de regular el acceso a la emisión de programas por sociedades concesionarias con cobertura nacional (art. 4.1 de la Ley); y, por eso, aunque la Ley prevé la emisión de programas en zonas territoriales limitadas que se delimiten en el Plan Técnico Nacional de la Televisión Privada (art. 4.2), advierte que en ningún caso la duración diaria de la programación con dicha cobertura limitada podrá exceder la duración diaria de los programas con cobertura nacional (art. 14.1). De ahí que el objeto, finalidad y ámbito de la Ley recurrida haga innecesario que nos

pronunciemos sobre el alcance que quepa dar al art. 16.3 del Estatuto de Autonomía de Cataluña -como pide el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña- que prevé la posibilidad de que dicha Comunidad Autónoma regule, cree y mantenga su «propia televisión» y, por consiguiente, es un título competencial que no viene directamente afectado por la normativa legal discutida. La Ley regula la televisión privada - básicamente- de ámbito nacional y no contempla las televisiones públicas -y entre sus variantes el llamado tercer canal- ni la televisión de alcance local o autonómico.

Idénticas razones hacen que no pueda defenderse que la Ley recurrida sea inconstitucional por vulnerar el principio de la seguridad jurídica (art. 9.3 de la Constitución), a causa de su ambigüedad desde la óptica competencial, tal y como sostiene también el ejecutivo catalán, puesto que, pese al ambicioso enunciado de la Ley, la misma no contempla todas las modalidades de televisión privada posible. De este dato no surge, sin necesidad de más argumentaciones, un defecto de competencia que redunde en una lesión de la seguridad jurídica. Y la confusión que la denominación legal comporta no es tal que, en la materia sobre la que se legisla, no sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse [STC 46/1990 (RTC 1990\46), fundamento jurídico 4.º].

Desechadas estas argumentaciones genéricas, los contenidos dispuestos en la Ley recurrida se ven afectados, prima facie, por dos títulos competenciales del Estado. Según interpretamos en la STC 168/1993 (fundamento jurídico 4.º), al enjuiciar la constitucionalidad de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones desde esta óptica, los títulos competenciales dispuestos en el art. 149.1.21 de la Constitución - telecomunicaciones y radiocomunicación como competencia exclusiva del Estado- y en el apartado 27 del mismo precepto -televisión y otros medios de difusión y comunicación social en cuanto competencia compartida entre el Estado y las Comunidades Autónomas- se limitan y contrapesan entre sí impidiendo el mutuo vaciamiento de sus contenidos respectivos y, en este sentido, no pueden desligarse totalmente, aunque no deben llegar a solaparse, configurando res mixtae. El otorgamiento de concesiones para la gestión indirecta del servicio, por su estrecha conexión con los medios de comunicación social solicitantes de concesiones y que se sirven como instrumento de las emisoras de difusión para ejercer los derechos fundamentales que el art. 20.1 de la Constitución consagra, es una medida que, por su finalidad, encuentra natural acomodo en el título del art. 149.1.27 de la Constitución; y es un corolario ineludible de este pronunciamiento que, no sólo el otorgamiento, sino también la regulación del procedimiento de adjudicación de concesiones y facultades accesorias a esta principal, como son la inspección de los servicios y la imposición de sanciones derivadas de infracciones; facultades todas ellas que deben corresponder a quien ostenta la potestad principal (Ibidem, y las sentencias que allí se citan SSTC 12/1982, 206/1990, 119/1991 y 108/1993).

En cambio, aspectos claramente atinentes a la regulación de los extremos técnicos del soporte o instrumento a través del cual la radio y la televisión aquí se sirven -las ondas radioeléctricas o electromagnéticas- quedan dentro de la materia «radiocomunicación» y, por tanto, de la competencia estatal ex art. 149.1.21 de la Constitución para ordenar el dominio público radioeléctrico desde una concepción conjunta de muy distintos usos, diversos a la radiodifusión, y dada la unidad intrínseca

del fenómeno que requiere de una disciplina y ordenación unitarias (STC 168/1993, fundamento jurídico 3.º).

Partiendo de esta exégesis de ambos títulos competenciales, expuesta en la citada STC 168/1993 y aplicada por nosotros en diversas resoluciones posteriores, pueden ya resolverse las tachas de incompetencia que las Comunidades Autónomas actoras formulan. Sustancialmente, discuten: A) la ausencia de participación autonómica en el otorgamiento de las concesiones (arts. 8 y ss. de la Ley); B) la falta de intervención de la Comunidad Autónoma, en general, en la elaboración del Plan Técnico Nacional de la Televisión Privada (arts. 5, 7 y concordantes de la Ley); C) y, en concreto, la imprevisión de participación autonómica alguna en la delimitación de las zonas territoriales, inferiores a la estatal, de programación y emisión [arts. 4.2 y 5.2 c) de la Ley].

A) Ya se han expuesto las razones por las cuales la regulación del procedimiento de adjudicación de las concesiones de emisoras de difusión, el otorgamiento, y las facultades accesorias de estas principales de inspección y sanción se encuadran en el art. 149.1.27 de la Constitución: la competencia compartida entre el Estado y las Comunidades Autónomas sobre televisión y otros medios de comunicación social. Es cierto también que el otorgamiento de una concesión configura una facultad de ejecución, pero de ahí no cabe deducir que -en el caso que nos ocupa y excepcionalmente- no pueda la competencia estatal para emanar normas básicas en esta materia ofrecer cobertura a tal facultad que la Ley atribuye al Gobierno (arts. 8 y ss. de la Ley). La escasez del número de concesiones de ámbito nacional que la Ley (art. 4.3) prevé -tres- dificulta considerablemente si no imposibilita un hipotético régimen de compartición entre una pluralidad de Comunidades Autónomas con competencias en la materia (otro tanto dijimos en la STC 168/1993, fundamento jurídico 5.º, respecto de la escasez de frecuencias y las emisoras de radio en ondas largas); de manera que sólo el Gobierno, en cuanto órgano general del Estado, puede adjudicar un número escaso de concesiones de emisoras con cobertura nacional, ámbito territorial que supone, además, una razonable limitación al ejercicio de las competencias autonómicas.

Sentada la titularidad estatal de la facultad de otorgar las concesiones (art. 8.1 de la Ley), que es el precepto nuclear, deben ir aparejadas a esta facultad principal del Estado las potestades accesorias a la misma de ordenación del régimen jurídico de la concesión: sometimiento de la concesión a las eventuales modificaciones técnicas sobrevenidas según el plan y a los Acuerdos internacionales (art. 6.º), convocatoria del concurso público por el Consejo de Ministros (art. 8.2); criterios de adjudicación (art. 9.1); apreciación por el Gobierno de las ofertas (art. 9.2); previsión de las sociedades que no pueden ser concesionarias (art. 10); plazo de la concesión y posibilidad de renovación (art. 11); carácter intransferible de la concesión (art. 12); causas de extinción de la concesión y su declaración (art. 17). Y otro tanto cabe decir de las normas del Capítulo Tercero impugnadas (arts. 18, 19, 21 y 22) referidas a los requisitos que deban poseer las sociedades concesionarias: capital social y carácter nominativo de las acciones (art. 18); normas destinadas a impedir la concentración del capital social en una sola persona física o jurídica (art. 19); exigencia de autorización para la transmisión de acciones (art. 21); obligatoriedad de la auditoría externa anual (art. 22); y actualización por el Gobierno de la cuantía del capital social mínimo (Disposición adicional, apartado 2.º). Así como la tipificación de un régimen de infracciones y sanciones (Capítulo Cuarto de la Ley, y, en

especial, los arts. 24, 25 y 26 que expresamente se impugnan), y la previsión de unas facultades de inspección y control a cargo del correspondiente Ministerio estatal (art. 7).

Este mismo criterio, lo hemos aplicado ya en distintas ocasiones en materia de radiodifusión sonora o televisiva [SSTC 108/1993, fundamento jurídico 3.º; 168/1993, fundamento jurídico 3.º y 278/1993 (RTC 1993\278), fundamento jurídico 2.º], y, por ello, su utilización no requiere ahora de una mayor motivación expresa: debe ser la competencia sobre el otorgamiento de una concesión de radiodifusión el punto de referencia que determine la competencia para cualesquiera otras medidas accidentales o instrumentales de ésta que sean imprescindibles para mantener la ordenación unitaria del régimen jurídico al que la concesión se somete, como son la ordenación del procedimiento de adjudicación, la adopción de medidas provisionales, las labores de inspección y sanción, etc.; y, en concreto, todas las que en el párrafo anterior se enumeran.

B) Respecto de la elaboración del Plan Técnico Nacional de la Televisión Privada, los contenidos que al mismo atribuye el art. 5.2 de la Ley corresponden, más allá de cualquier duda razonable, a la competencia exclusiva del Estado para ordenar las telecomunicaciones y la radiocomunicación (art. 149.1.21 de la Constitución); y de ahí que sea constitucionalmente lícita su aprobación por el Gobierno (art. 5.1 de la Ley). Para llegar a tal conclusión debe bastar con reproducir dichos contenidos: sistemas de transporte y difusión de señales previstos para la prestación del servicio por parte de las sociedades concesionarias; bandas, canales, frecuencias y potencias reservadas para la emisión de los programas de tales sociedades, así como emplazamientos y diagramas de radiación de los centros emisores y reemisores; etc. Son, pues, condiciones técnicas derivadas de las peculiaridades del dominio público radioeléctrico y a las que la concesión se somete, y que no afectan directamente a las libertades del art. 20.1 de la Constitución y, por ende, a la competencia compartida dispuesta en el art. 149.1.27 de la misma.

No en balde, ya en la STC 168/1993 (fundamentos jurídicos 6.º y 7.º) resolvimos, con análoga razón de decidir, que la elaboración de los Planes Técnicos Nacionales por el Gobierno (arts. 26.4 y 27.2 de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones) viene cubierta por la competencia estatal ex art. 149.1.21 de la Norma fundamental; y hay que ratificar ahora dicho criterio.

Ha de estimarse conforme a la Constitución, por tanto, el art. 5 de la Ley, sin perjuicio de lo que a continuación se diga.

C) Esta afirmación, el encuadramiento del contenido del Plan Técnico en la competencia exclusiva del Estado ex art. 149.1.21 de la Constitución sobre telecomunicaciones y radiocomunicación debe, sin embargo, verse excepcionada en lo que atañe a la letra c) del art. 5.2 en relación con el art. 4.2 de la Ley, preceptos referidos a la delimitación de las zonas territoriales inferiores a la nacional de producción y emisión de programas.

El alcance espacial de las emisiones condiciona lógicamente el contenido cultural y lingüístico de las programaciones y no es un extremo estrictamente técnico e inocuo, desde la perspectiva de los derechos fundamentales implicados, para la naturaleza y

características de la difusión por televisión y que pueda por ello venir acantonado en la competencia exclusiva del Estado sobre radiodifusión. Conviene así recordar que el propio Estatuto de la Radio y la Televisión, al cual se condiciona expresamente la asunción autonómica de competencias en el art. 16.1 del Estatuto de Autonomía de Cataluña en su art. 4 c), menciona el respeto al pluralismo cultural y lingüístico de las nacionalidades y regiones entre los principios que deben inspirar la actividad de los medios de comunicación del Estado. Y no se alcanza a ver razón alguna por la cual el respeto a esos mismos principios que el art. 3.3 de la Constitución reconoce como una riqueza del patrimonio cultural de España, no deba operar también para los medios de televisión privados.

Impugna el Parlamento de Cataluña el art. 14 de la Ley en cuanto omite cualquier referencia -se dice- a la diversidad de lenguas españolas entre los contenidos de los «programas televisivos», excluyendo de tal concepto las emisiones meramente repetitivas, las imágenes fijas y los tiempos destinados a publicidad (apartado 2.º). Pues bien, conviene traer a colación que el art. 3 de la Ley impugnada establece que la gestión indirecta por parte de las sociedades concesionarias se inspirará en los principios expresados en el art. 4 del Estatuto de la Radio y la Televisión, entre los cuales -como ya se ha dicho- se encuentra el respeto al pluralismo cultural y lingüístico. Es, pues, a la luz de esta remisión normativa como, sin duda, debe ser interpretado el citado art. 14. En este sentido, cuando en los apartados 3.º y 4.º del mismo artículo se mencionan unos porcentajes de programación en «expresión originaria española», no excluye que sea en cualquiera de las lenguas españolas oficiales en las respectivas Comunidades Autónomas de acuerdo con sus Estatutos (art. 3.2 de la Constitución).

Y una misma interpretación sistemática debe hacerse del art. 9.2 de la Ley, integrándolo con lo dispuesto en el art. 9.1 d).

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCION DE LA NACION ESPAÑOLA,

Ha decidido:

Desestimar los presentes recursos de inconstitucionalidad, promovidos por el Parlamento Vasco, el Comisionado Parlamentario del Grupo Popular y el Parlamento y el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, recursos registrados con núms. 1363, 1364, 1412 y 1430/1988.

Publíquese esta sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a cinco de mayo de mil novecientos noventa y cuatro.-Firmado: Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.-Luis López Guerra.-Fernando García-Mon y González-Regueral.-Carlos de la Vega Benayas.-Eugenio Díaz Eimil.-Alvaro Rodríguez Bereijo.-Vicente Gimeno Sendra.-José Gabaldón López.-Rafael de Mendizábal Allende.-Julio Diego González Campos.-Pedro Cruz Villalón.-Carles Viver Pi-Sunyer.-Rubricado.

VOTO PARTICULAR

que formula el Magistrado don José Gabaldón López respecto de la sentencia dictada en los recursos de inconstitucionalidad núms. 1363/1988 y acumulados, entablados contra la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada

En mi opinión, tanto el motivo de impugnación fundado en que la Ley citada no se ajustó a la forma de Ley orgánica como aquellos otros que invocaban la disconformidad con otros preceptos de la Constitución, merecían ser estimados y, en consecuencia, declarada la inconstitucionalidad de esta Ley.

Las razones en que esa afirmación se funda son las siguientes:

1. La Ley impugnada (10/1988, de 3 de mayo), mediante la cual se regula la televisión privada, o «la gestión indirecta de servicio público esencial de la televisión», como califica su objeto el art. 1 de la misma, adopta la forma de Ley ordinaria. Hubiera sido procedente otorgarle la de Ley orgánica, según alegan los actores, a tenor de lo establecido en el art. 81 de la Constitución.

Cierto es que no procede dar a este precepto una interpretación extensiva que lleve a exigir la regulación por Ley orgánica en todos los casos en que, de uno u otro modo, haya de afectarse a un derecho fundamental, tal como este Tribunal ha señalado en las sentencias de las que la ahora pronunciada hace abundante cita, sino que, por el contrario, aquella exigencia debe entenderse de estricta aplicación (en lo que aquí interesa) a las leyes relativas «al desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas», según la propia formulación del art. 81.1. Pero no es menos cierto que, cuando una Ley lleve a cabo, como la presente, la regulación de una actividad que, no ya afecta, sino que condiciona en su propia raíz el ejercicio de un derecho fundamental hasta el punto de posibilitarlo o impedirlo, no se está ante una afección a aquel derecho sino a su propio desarrollo por cuanto en aquélla se establecen las condiciones para ejercitarlo. Y aún más, si se parte de una determinación legal (asimismo formulada en Ley ordinaria) que, mediante la declaración de servicio público de un medio a través del cual se ejercita el derecho fundamental de transmitir (y, aún con mayor grado de exigencia, recibir) información, viene a significar la asunción pública de toda potestad sobre lo que es, según el art. 20 CE un derecho fundamental. No se trata, pues, de que se afecte a un medio instrumental, sino de que se condiciona de modo radical y en su mismo fundamento jurídico al ejercicio del derecho en cuanto que, concretamente para éste, el medio material absorbe propiamente al derecho fundamental.

Si la Ley impugnada trata, partiendo de dicha declaración de «servicio público esencial» que la misma no formula pero que le sirve de fundamento, de regular la gestión indirecta de un servicio cuya titularidad corresponde al Estado, viene a determinar la posibilidad o no de que se atribuyan a uno o más particulares porciones del monopolio que el Estado se ha reservado para sí mediante la declaración de servicio público esencial, de suerte que no se trata ya de ordenar, regular, o incluso limitar el ejercicio del derecho, sino, antes de ello, de determinar la posibilidad o no de su ejercicio por los particulares, a quienes sin duda se lo atribuye el art. 20 CE como un derecho fundamental. Parece evidente, pues, que esa limitación sustancial se refiere al desarrollo del derecho y no se contrae a afectar de uno u otro modo a sus modalidades de ejercicio.

Por otra parte, tal como se decía en el Voto particular a la STC 12/1982, «la Constitución, al consagrar el derecho a exponer y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción [art. 20.1 a)] y a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión [art. 2.1 d)] consagra también el derecho a crear los medios de comunicación indispensables para el ejercicio de estas libertades» (así también en la propia fundamentación de esta sentencia) y, aparte de que la doctrina de este Voto particular se muestre acorde con el criterio de que la declaración de servicio público no es contraria a la Constitución, señala especialmente que ... «la gestión de un servicio público que, como sucede con la televisión, implica el ejercicio de derechos fundamentales de los ciudadanos, no puede organizarse en forma de monopolio estatal que impida absolutamente el ejercicio del derecho, ... Pero el legislador está obligado a establecerlas» (unas previas normas de organización). Señala este mismo Voto que «según parece se excluye precisamente el derecho a crear emisoras de televisión» de la exigencia de que deba adoptar forma de Ley orgánica la decisión política de implantar la televisión privada en la medida en que afecte a alguno de los derechos fundamentales del art. 20 CE, y por eso concluye: «los particulares tienen derecho a crear y operar emisoras de televisión en los términos que establezca la correspondiente Ley, la cual, en cuanto desarrolla un derecho fundamental, ha de ser Ley orgánica».

Esa afirmación, con la que aquí coincido, directamente arranca de lo dicho en aquella misma sentencia (STC 12/1982) en cuyo fundamento jurídico 6.º y pese a afirmar que la «llamada televisión privada» no está necesariamente impuesta por el art. 20 de la Constitución, no está tampoco constitucionalmente impedida agrega que «su implantación no es una exigencia jurídico-constitucional, sino una decisión política que puede adoptarse, dentro del marco de la Constitución, por la vía de una Ley orgánica en la medida en que afecte al desarrollo de alguno de los derechos constitucionales en el art. 20».

Y ciertamente, ninguno de ellos más próximo y más afectado en su desarrollo que el básico de crear las propias emisoras de televisión.

Cierto es que «el derecho de crear los medios materiales a través de los cuales la difusión se hace posible», derecho a crear «soportes o instrumentos de comunicación», que es, un «derecho referido a cada uno de los posibles instrumentos o soportes, presenta indudables límites» según la STC 12/1982; pero no es menos cierto que, aun con límites, el derecho de difundir la información corresponde con el de crear el medio material. Una regulación limitativa, que prive al ciudadano de la disponibilidad de este derecho (aun con limitaciones) para transferirlo a la potestad pública según criterios de oportunidad, erige al medio, que es vehículo necesario del derecho, en obstáculo para su ejercicio. Comparar los condicionamientos técnicos del medio con el derecho y hacer prevalecer la regulación de aquéllos sobre los límites constitucionales de éste, lo desnaturaliza y afecta a su contenido esencial, que es un contenido de libertad.

De otro lado, la posibilidad de modificación de la Ley ordinaria, mayor que la de la Ley orgánica, supone mayores posibilidades de intervención en el ejercicio de este derecho fundamental, puesto que una Ley orgánica habrá de tender a una regulación de principio más general y menos pormenorizada y minuciosa que la que suele hacerse en las Leyes ordinarias, demasiado parecidas en muchas ocasiones a simples reglamentos.

2. Dificultosa parece, en principio, la calificación de un servicio público como esencial, cuando ya la de servicio público ha llegado a ser problemática en la doctrina y en el Derecho positivo. Mas lo que aquí interesa es, precisamente, que su esencialidad, y sobre todo el carácter de servicio público, sean determinantes de la atribución de este medio de comunicación social a la titularidad estatal, precisamente por las consecuencias jurídicas e incluso prácticas que ello ha de producir en el contenido esencial de un derecho de libertad. Es cierto que la conceptualización general como tal fue ya contemplada en anteriores sentencias de este Tribunal, pero también lo es que, aparte otras consideraciones de hecho (como el uso del dominio público del éter) que la posterior tecnología va dejando inservibles, se tomaba como referente una afirmación general: la de que con la configuración de la televisión como un servicio público esencial «no puede considerarse contraria a los derechos de libertad de expresión e información reconocidos en el art. 2.1 a) y d) CE la necesidad de obtener una concesión administrativa» (STC 31/1994, fundamento jurídico 5.º), afirmación a su vez relacionada con la de que «en virtud de la configuración, constitucionalmente legítima de la televisión como servicio público, cualquiera que sea la técnica empleada y el alcance de emisión, los derechos a comunicar libremente el pensamiento y la información puedan resultar limitados en favor de otros derechos» (id. fundamento jurídico 7.º).

Al margen de que verdaderamente pueda hacerse derivar la declaración de la televisión como servicio público del art. 128.2 CE, afirmación que invertiría radicalmente los términos constitucionales al hacer primar sobre el ejercicio de un derecho fundamental unas prescripciones referidas a la actividad económica y empresarial, no es aquí ésta una cuestión esencial, puesto que lo importante, desde el punto de vista de las que se han debatido, son las consecuencias que en el plano constitucional produce el hecho de que el derecho a la libertad de información solamente pueda ejercitarse mediante la concesión para la gestión de un servicio público, en lugar de contemplarlo como un derecho del particular, limitado por Ley y ejercido mediante una autorización otorgada dentro de los límites legales que sirva para levantar la general prohibición y para contrastar su ejercicio con las normas que lo regulan.

Aunque, evidentemente, el debate constitucional no tenga que referirse a los términos de la noción de servicio público, sí es relevante respecto de una consecuencia esencial de éste, la que determina el régimen concesional respecto del contenido esencial del derecho que nos ocupa.

La atribución al Estado de la titularidad, como servicio público, de la televisión (y también de la radiodifusión) contenida en el art. 1 de la Ley 4/1980, sustrae del ámbito de las facultades privadas la posibilidad de organizar medios de televisión para comunicar a través de ellos información. Tal actividad sólo podría ser desarrollada por los particulares cuando, regulados los sistemas de gestión de servicio, obtuvieran la oportuna concesión. Esto supone, por una parte, la sumisión del derecho constitucional de comunicar información, siempre que haya de ser a través de uno de estos medios (radiodifusión o televisión), a la promulgación de las normas para la organización y gestión del servicio, que es discrecional al menos en el cuándo, impidiendo así su ejercicio por particulares mientras no sean dictadas. La naturaleza del derecho mismo queda cualitativamente cambiada, con este sistema, al pasar de derecho originariamente atribuido a la persona a mera facultad de obtener una concesión. En dicho sentido, la declaración de servicio

público (o incluso la mera sumisión a licencia), podría oponerse en su raíz al derecho de comunicar libremente información a través de la televisión (o la radiodifusión), por convertirlo en simple facultad de gestión concedida por la Administración. De ello resulta la necesidad de una decisión acerca de la exigencia para su regulación de una Ley que adopte el carácter de orgánica (arts. 53.1 y 87.1 CE).

3. La declaración de servicio público supone que la Administración asume el derecho a ejercer la libertad de información, es decir, publica el ejercicio de un derecho fundamental que corresponde a los ciudadanos. Ciertamente que la Ley ahora discutida regula, precisamente, su prestación por los particulares, pero «como gestión indirecta del servicio» (art. 1) es decir, gestión otorgada por medio de una concesión. Parte así de que lo concedido no es ya un derecho originario del individuo sino un derecho otorgado, un derecho derivado del que asumió el Estado y que solamente concede al particular el uso de este medio (que es esencial para ejercer el derecho).

Si así, mediante la declaración como servicio público queda sometido a concesión (otorgamiento de facultades sobre un derecho que ya es del Estado) un derecho fundamental, la intervención sobre el mismo es primaria, porque se refiere al contenido esencial en cuanto ha trasladado su titularidad del ámbito privado al público. Esto supone, en su origen, un monopolio del Estado que podrá, discrecionalmente, decidir si otorga o no y en qué condiciones la gestión del servicio a los particulares y, en caso afirmativo, si a uno o a varios, con la evidente posibilidad de trasladar el ejercicio monopolístico a los concesionarios. Las citas de las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que la sentencia hace permiten corroborar lo que antes digo, en contra de lo que mayoritariamente se ha expresado por mis colegas.

Efectivamente, el art. 10.1 del Convenio Europeo, de 14 de noviembre de 1950, prescribe que «toda persona tiene derecho a la libertad de expresión» que comprende la de «recibir o comunicar información o ideas» ... sin «injerencia de autoridades públicas ...». Y si, ciertamente, permite someter las empresas de radiodifusión, cinematografía o televisión a un régimen de autorización previa, estableciendo «ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la Ley», su propia dicción pone de manifiesto que el término empleado (autorización), lo es en sentido técnico, es decir el que lo diferencia del de concesión porque precisamente aquél es el que, con los límites establecidos por Ley en función de ciertos sectores del interés público, permite el ejercicio de un derecho originariamente personal, es decir, no asumido por el Estado; al contrario que en éste, porque el concesionario entra en el ámbito de la Administración como un colaborador y no como quien ejercita un derecho propio, aunque limitado.

Por eso la sentencia citada (Asunto Groppe Radio y otros Sentencia del TDEH, 28 marzo de 1990) se refiere (cito según el texto de mis colegas mayoritarios) a reglamentar mediante un «sistema de licencias», término técnicamente sinónimo de autorización y que además aleja su sentido propio del de concesión. Y la necesidad de restricciones o límites en una sociedad democrática que pone de relieve la Sentencia del TEDH 36/1992, 381/455-459, asunto «Informations verein Lentia y otros», también citada, permite igual interpretación, pues la injerencia estatal a que alude y a la que exige que sea estricta, establecida de manera convincente y proporcionada al fin, sugiere la referencia a una reglamentación pero en modo alguno a las normas de una concesión.

Por ello mismo, la conclusión de esa última sentencia que declaró injustificable el monopolio del servicio público de radiodifusión en Austria en manos de un ente público constituye un argumento decisivo, puesto que la asunción de aquél y el régimen concesional significan un monopolio público del servicio incluso aunque luego se otorgue la gestión indirecta a los particulares.

Los fines de interés público a los cuales alude, y que exigen una reglamentación y una intervención autorizatoria se logran, evidentemente, con un régimen de licencias que, manteniendo la titularidad del derecho en los particulares, es respetuosa con su contenido esencial, en contra de lo que implica el régimen de concesión administrativa.

Las anteriores consideraciones fundamentan una declaración de inconstitucionalidad de toda la Ley, en cuanto somete a concesión pública el medio de ejercitar mediante la televisión el derecho fundamental a transmitir o recibir información.

Por ello, y puesto que en aquella prescripción general del régimen legal es donde se produce la vulneración del contenido esencial del derecho, no es preciso analizar la impugnación de preceptos singulares.

4. A lo antes afirmado no cabe oponer el hecho de que la declaración de servicio público hubiera tenido lugar en la Ley 4/1980, de 10 de enero (Estatuto de la Radio y la Televisión, art. 1). Esta Ley, a pesar de su denominación como Estatuto de estos medios, tampoco tuvo el carácter de Ley orgánica. Lo en ella dispuesto no sería por tanto obstáculo a una configuración distinta de la actividad que ha sido objeto en este recurso. Limitado su ámbito a la regulación de la televisión privada, una normativa que para ésta se configurase de modo distinto a aquélla, sin partir de la declaración de servicio público de titularidad estatal no sería necesariamente contradictoria de esta misma declaración respecto de la televisión y radiodifusión públicas, sino que contribuiría a afirmar el contenido esencial del derecho fundamental afectado. Además, y suponiendo incluso alguna incompatibilidad, ésta sería resuelta por el efecto derogatorio de la más moderna.

Tanto, pues, por estos motivos como por el expuesto al principio, considero que la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada, debió ser declarada contraria a la Constitución.

Madrid, a seis de mayo de mil novecientos noventa y cuatro.-Firmado: José Gabaldón López.-Rubricado.

VOTO PARTICULAR

que formula el Magistrado don Carles Viver Pi-Sunyer a la sentencia que resuelve los recursos de inconstitucionalidad acumulados núms. 1363/1988, 1364/1988, 1412/1988 y 1430/1988

Mi respetuosa discrepancia con la presente sentencia se refiere, fundamentalmente, a la no exigencia del rango de Ley orgánica para regular determinados aspectos de la Ley enjuiciada. El razonamiento seguido por la sentencia para llegar a esta conclusión incurre, a mi juicio, en una contradicción interna, que, además, afecta a la configuración

del derecho a crear medios de difusión televisiva y, en general, a la de los derechos a la libertad de expresión y comunicación consagrados en el art. 20.1 CE.

La argumentación que sirve de base a la decisión de la que disiento parte de la premisa, contenida ya in nuce en las primeras sentencias de este Tribunal [SSTC 12/1982, 74/1982 y, posteriormente, en 181/1990 (RTC 1990\181), 206/1990, etc.] y desarrollada en las más recientes (especialmente, en la STC 31/1994), según la cual el derecho a la creación de los medios de difusión forma parte de los derechos a la libertad de expresión y comunicación. Aunque aquel derecho tenga ciertamente un carácter instrumental respecto de estos últimos, aunque requiera la interposición del legislador para alcanzar su pleno contenido (STC 31/1994) y aunque la naturaleza del medio utilizado para su ejercicio (las ondas hertzianas) y su objeto y contenido (al que luego me referiré brevemente) permitan un mayor margen de libertad en su configuración a los poderes públicos (STC 31/1994), lo cierto es que no por ello constituye un mero derecho de configuración legal sólo indirectamente conectado con las libertades de expresión y comunicación proclamadas en el art. 20.1 CE, sino que integra esos derechos, aunque con sustantividad constitucional propia.

Sin embargo, esta premisa, consagrada en la primera parte del fundamento jurídico 4.º, se ve contradicha en la última letra del mismo en la que se afirma que ninguno de los preceptos de la Ley de Televisión Privada recurrida exige el rango de Ley orgánica. Concretamente se sostiene que la referida Ley se limita a regular una de las posibles modalidades de ejercicio de los derechos de libertad de expresión y comunicación del art. 20.1 CE por lo que no constituye ningún desarrollo directo, global o en aspectos esenciales, de tales derechos, ni los delimita negativamente; la Ley se limita a disciplinar las condiciones que hacen posible una forma de ejercicio de esos derechos fundamentales, por lo que afecta a su ejercicio no a su desarrollo.

Esta conclusión equivale a decir, en abierta contradicción con la premisa anterior, que la creación y regulación de los medios de difusión a través de los que se ejercen los derechos de libertad de expresión y comunicación no forman parte, como derecho con sustantividad propia, del art. 20.1, puesto que, si así fuera, como tal derecho fundamental, tendría un ámbito, aunque pudiera ser mínimo, que exigiría un «desarrollo directo, global o en aspectos esenciales» y una «delimitación negativa» y, en consecuencia, ese ámbito requeriría una regulación por Ley orgánica. Así se apuntaba ya, aunque de forma genérica, en las SSTC 12/1982 (fundamento jurídico 5.º) y 74/1982 (fundamento jurídico 4.º).

Sea cual sea el criterio utilizado para delimitar el alcance material de las leyes orgánicas establecido en el art. 81 CE, si se parte de la premisa de que el derecho de creación de los medios de difusión forma parte de los derechos fundamentales de expresión y comunicación, debe concluirse que una parte del mismo -que coincide con varios preceptos de la Ley enjuiciada- requiere desarrollo por Ley orgánica. Así, si se acepta el criterio, problemático, que basa la delimitación entre lo orgánico y lo no orgánico en la regulación del desarrollo del derecho o, más precisamente, del desarrollo directo, frente a la mera regulación de su ejercicio, deberá concluirse, a mi entender, que, por muy ampliamente que se conciba el concepto de regulación del ejercicio, hay en la Ley de Televisión Privada, aspectos que no se limitan a regular el modo de ejercicio de los medios de difusión, que no establecen simplemente el régimen jurídico de las

concesiones o del servicio público -como explícitamente pretende la Ley de Televisión Privada y acepta la sentencia-, sino que van mucho más allá hasta configurar o desarrollar directamente aspectos relativos al objeto y contenido del derecho a crear esos medios de difusión. Cuestiones como la declaración de la televisión privada como servicio público de titularidad estatal -que la Ley remite a otras disposiciones que tampoco gozan del rango de Ley orgánica- (art. 1 LTP), o la previsión de la gestión indirecta de ese servicio público a través de sociedades anónimas en régimen de concesión administrativa (art. 2), o el número máximo de concesiones (art. 4.3), sobrepasan el ámbito de la regulación del mero ejercicio del derecho, para entrar de lleno en lo que afecta a su desarrollo directo. Constituyen un prius lógico y jurídico, autónomo y fundante de las concesiones y su régimen jurídico.

Las dificultades que plantea el presente caso derivan en gran medida de que el derecho a crear medios de difusión es, como queda dicho, un derecho instrumental que tiende a permitir el ejercicio de los derechos de libertad de expresión y comunicación; pero esto no significa que su contenido sea únicamente el de regular el ejercicio de esos derechos sustantivos o «primarios», como dice la sentencia. Al contrario, es, como queda dicho, un derecho con sustantividad propia, aunque integrado en el art. 20.1 CE, y como tal requiere la regulación de su desarrollo y de su ejercicio. Reducir el derecho de creación de medios de difusión a un derecho cuyo contenido se limita a la regulación de las modalidades de su propio ejercicio, supone confundir la regulación del ejercicio de un derecho con la regulación del derecho a crear los medios para el ejercicio del mismo y, cuanto menos en el caso que nos ocupa, esto equivale también a desconocer la naturaleza del referido derecho.

A la misma conclusión se llega si, para delimitar el alcance de las Leyes orgánicas, se parte del criterio de que el desarrollo del derecho reservado a este tipo de leyes viene determinado por los aspectos básicos o las decisiones fundamentales que configuran el objeto y el contenido de los derechos. Desde esta perspectiva, y teniendo en cuenta las características que en nuestra Constitución tiene el derecho a crear medios de difusión, a mi entender, las tres decisiones contenidas en los primeros preceptos de la Ley a las que antes he aludido tienen, sin duda, ese carácter básico o fundamental. Este tipo de decisiones nuestra Constitución exige que se adopten por una Ley que cuente con el voto de la mayoría absoluta del Congreso (art. 81 CE).

Siguiendo la doctrina que subyace y vertebra toda sentencia (especialmente en el fundamento jurídico 6.º), que en su mayor parte suscribo, considero que el derecho a la creación de los medios de difusión televisiva es, como ya se ha dicho, un derecho instrumental de los derechos de libertad de expresión y comunicación, que posee, sin embargo, un contenido sustantivo propio y se encuadra entre los derechos del art. 20.1 CE. Esto es así, no sólo porque sin medios de difusión no pueden ejercerse esas libertades de expresión y comunicación, sino también porque, en nuestro ordenamiento constitucional, así lo explicita el referido art. 20.1 en sus apartados a) y d) al concretar que el derecho a expresar ideas y opiniones y a comunicar información lo es también a hacerlo «por cualquier medio de difusión».

Este derecho a crear medios de comunicación o difusión es en esencia un derecho de libertad en el que predomina su aspecto subjetivo, aunque en él cobre un importante relieve el aspecto objetivo propio de todos los derechos fundamentales. Incluso puede

aceptarse que esa libertad posee una vertiente de garantía institucional, en la medida en que tiende a asegurar la existencia de una opinión pública libre y plural, opuesta a cualquier situación de oligopolio. Estos hechos, unidos a las características del medio utilizado -el espacio radioeléctrico- permiten, como se dice en la sentencia, un amplio margen de configuración al legislador. Sin embargo, los aspectos objetivos y aun los institucionales del derecho a la creación de medios de difusión televisiva, no pueden alterar la naturaleza del derecho subjetivo de libertad que le es propia; en realidad, incluso la garantía de la opinión pública libre y no oligopolista tiene un contenido más procedimental y positivo -de permitir la más amplia participación posible-, que material y negativo o de control. Por ello se dice, correctamente, en la sentencia, citando resoluciones previas de este Tribunal y del TEDH, que la libertad del legislador de configuración normativa de este derecho no puede llevar a imponer sacrificios injustificados a este derecho de libertad, estableciendo limitaciones contrarias al mismo o no desarrollando su pleno contenido a base de no regular los procedimientos legales que permitan el lícito acceso a la creación por los particulares en los distintos soportes tecnológicos hasta la medida que lo permitan las condiciones de cada momento, sin imponer restricciones innecesarias que pugnarían con los derechos consagrados en el art. 20.1 CE. La delimitación del contenido del derecho, la fijación de sus límites externos por el legislador debe responder a derechos o bienes constitucionalmente reconocidos y ser proporcional a estos fines.

En suma, pues, el test de constitucionalidad aplicable es, prácticamente, un test de optimización del derecho que no admite otra opción del legislador que la que establezca una menor restricción de su contenido y, en cualquier caso, ese enjuiciamiento debe partir de la base de que existe una tensión entre los dos polos descritos, de un lado, el preeminente del derecho de libertad subjetivo -que además juega como límite infranqueable que no puede resultar vaciado- y, de otro, el objetivo e institucional. Partiendo de estos presupuestos, aunque ciertamente existen procedimientos menos gravosos para el derecho de creación de medios de difusión, puede aceptarse la constitucionalidad de la declaración de servicio público de titularidad estatal, la gestión indirecta del mismo a través de concesión administrativa e incluso -aunque resulta más problemática, pero no se plantea frontalmente en este proceso- el número máximo de tres concesiones; esta conclusión de constitucionalidad puede alcanzarse siempre y cuando se interprete, como hace la sentencia, que la Ley sólo se refiere a una de las varias modalidades de televisión y sin que el legislador pueda «diferir sine die, más allá de todo tiempo razonable y sin que existan razones que justifiquen la demora» (STC 31/1994), la regulación de los demás medios de difusión televisiva hoy disponibles (tanto las locales y, en ese caso, las autonómicas, como las televisiones por satélite, por cable u otros medios técnicos de transmisión).

No obstante, siendo el antes descrito, en sus rasgos fundamentales, el objeto y el contenido del derecho a la creación de los medios de difusión televisiva, y aun admitiendo la constitucionalidad material de los arts. 1, 2 y 4.3 de la Ley objeto del presente proceso constitucional, no cabe duda que, desde la perspectiva formal, al contener decisiones fundamentales sobre el alcance del mentado derecho y al desarrollar directamente aspectos esenciales del mismo, requieren rango de Ley orgánica. Por más que se comparta, como yo comparto, la idea de que el alcance de las leyes orgánicas debe ser interpretado de forma restrictiva o, más precisamente, de forma estricta, este criterio no puede llevarse al extremo de desvirtuar el contenido del precepto

constitucional que prevé la existencia de esta fuente normativa. En definitiva, a mi juicio, debía haberse declarado la inconstitucionalidad de los arts. 1, 2 y 4.3 de la Ley enjuiciada por falta de rango de Ley orgánica.

Madrid, a seis de mayo de mil novecientos noventa y cuatro.-Firmado: Carles Viver Pi-Sunyer.-Rubricado.

VOTO PARTICULAR

que formula el Magistrado don Luis López Guerra a la sentencia recaída en el recurso de inconstitucionalidad 1363/1988 y acumulados

Mi discrepancia en relación con la sentencia se refiere a un aspecto de ésta: la no exigencia del rango de Ley orgánica respecto de algunos de sus preceptos. En mi opinión, al tratarse éstos de disposiciones que representan un desarrollo de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 20.1 a) y d) de la Constitución, deberían haber asumido la forma de Ley orgánica, en virtud de lo previsto en el art. 81.1 CE. Los artículos de la Ley impugnada que entiendo que suponen un desarrollo de esos derechos son los relativos a la definición de la televisión como servicio público de titularidad estatal (art. 1), a la gestión indirecta de tal servicio a través de sociedades anónimas en régimen de concesión administrativa (art. 2), y a la determinación del número de concesiones (art. 4.3).

Ciertamente, y en consonancia con opiniones ya expresadas por este Tribunal, y concordantes con la opinión dominante en la doctrina académica, no cabe interpretar extensivamente el mandato del art. 81.1 de la Constitución, pues ello llevaría a una petrificación de gran parte del ordenamiento, que quedaría sometida, para su eventual alteración, al cumplimiento de requisitos más difíciles y gravosos que los correspondientes al funcionamiento normal u ordinario de las Cámaras legislativas. Por ello, y dada la regla general expresada en el art. 79.1 CE (relativa a que los acuerdos de las Cámaras «para ser válidos deberán ser aprobados por la mayoría de los miembros presentes», sin otra cualificación) las exigencias del art. 81.1 deben interpretarse como una excepción a esa regla general, regla que será la ordinariamente aplicable. La expresión «desarrollo de los derechos fundamentales, y de las libertades públicas» no puede ser, por ello, objeto de una interpretación extensiva, so pena de vaciar considerablemente el contenido de la regla general.

En este sentido, no cabe estimar como «desarrollo» de derechos fundamentales toda norma que de un modo u otro, afecte o incida sobre el régimen de esos derechos. Si así fuera, se extendería extraordinariamente el ámbito de la Ley orgánica, dada la amplitud de los derechos reconocidos como fundamentales en la Constitución, y su función de informar todo el ordenamiento.

Pero, así y todo, el concepto de «desarrollo de derechos fundamentales» presenta un contenido mínimo o nuclear que no puede ignorarse. Y, particularmente, y en lo que aquí importa, en el supuesto de aquellos derechos fundamentales que, por su propia naturaleza, requieran como condición previa e inexcusable, para su efectivo ejercicio, que el legislador establezca un régimen o marco normativo, que haga posible compatibilizar el disfrute de esos derechos por unos ciudadanos con el respeto de los

derechos constitucionalmente garantizados de los demás. Este necesario marco normativo de determinados derechos fundamentales, imprescindible para su ejercicio, representa, a mi modo de ver, un desarrollo de los mismos, en los términos del art. 81.1, independientemente de que pudieran hallarse otras acepciones del término «desarrollo».

Por lo que se refiere al art. 20.1 de la Constitución, evidentemente requiere, para la efectividad de alguno de los derechos allí reconocidos, que se instrumente ese marco normativo que haga posible su ejercicio. Los derechos a la libre expresión y la libre información por cualquier medio de difusión no implican sólo la emisión de opiniones e informaciones, sino también el derecho a la libre creación de medios de comunicación, pues difícilmente podrá garantizarse la libertad de expresión e información si no existen medios de comunicación libres. La creación de esos medios en muchos casos no necesitará de desarrollo o marco normativo alguno, al poder coexistir sin dificultades cualquier número de ellos, sin que su existencia y actividad impida la de otros; tal sería el caso de los medios de comunicación gráficos. Pero en otros casos, como en lo que se refiere a los medios de radio y televisión a través de ondas, su naturaleza y su capacidad para, mediante su actuación y consiguiente ocupación del espacio radioeléctrico, dificultar o impedir la actuación de otros medios del mismo tipo, exige, como condición previa a su creación y necesaria para evitar que el derecho de unos afecte negativamente u obstaculice el derecho de los demás, el establecimiento de un marco normativo que defina las reglas de funcionamiento y creación de esos medios.

Estimo que en tal caso, ese imprescindible marco normativo, que hace posible el ejercicio del derecho a informar y comunicar, debe entenderse como un desarrollo del mismo, y, por lo tanto, se encuentra sujeto a la previsión del art. 81.1 CE. Ello, naturalmente, no en relación con cualquier disposición que incida en todo aspecto relacionado con la disciplina del espacio radioeléctrico, y de su empleo, pero, al menos, sí respecto de aquellas reglas que puedan considerarse como elementos básicos y definitorios del régimen de las telecomunicaciones en lo que atañe al ejercicio de los derechos a informar y comunicar, y, dentro de ellos a un elemento tan fundamental como las condiciones para la misma creación de medios de comunicación.

El legislador dispone, desde luego, de un amplio margen de libertad para configurar ese régimen, y para escoger el modelo de ordenación que estime más adecuado, en tanto respete el núcleo esencial del derecho. Pero, en cuanto a su forma de actuar, se encuentra restringido por la exigencia del art. 81.1 CE, de que las disposiciones que desarrollan derechos fundamentales sean aprobados como leyes orgánicas. Por ello, una regulación que desarrolle derechos fundamentales (aun desde un concepto estricto del término desarrollo) que no tenga el rango de Ley orgánica debe considerarse inconstitucional por no adecuarse a los requisitos formales del art. 81.1 CE.

Tal es, a mi entender, y frente a lo mantenido en la sentencia, el caso respecto a los arts. 1, 2 y 4.3 de la Ley cuya constitucionalidad se examina. Estimo que los tres artículos contienen decisiones del legislador que condicionan en forma general, directa e inmediata elementos esenciales del derecho a informar y comunicar, en cuanto definen rasgos básicos del modelo que se adopta, rasgos que informarán las demás características de ese modelo. La opción por una televisión como «servicio público» (art. 1), aun cuando, como se dice en la presente sentencia, no sea una opción inconstitucional, sí representa una decisión tan relevante para el ejercicio del derecho a

informar y comunicar que difícilmente puede estimarse que no es «desarrollo» del mismo. El establecimiento de un sistema de gestión indirecta, en régimen de concesión administrativa (art. 2) supone la introducción en nuestro ordenamiento, por primera vez en el ámbito de las comunicaciones por televisión, de un régimen normativo que determinará decisivamente el ejercicio de los derechos del art. 20.1 de que se trata: por primera vez se hace posible que tales derechos se ejerciten mediante la creación de empresas emisoras, y estimo difícil no concebir ese fenómeno como un desarrollo de esos derechos. Finalmente, el establecimiento del número de concesiones, que se fija en tres, en el art. 4.3 de la Ley, supone, desde la perspectiva que en este voto particular se mantiene, una decisión que viene, no ya sólo a condicionar el ejercicio del derecho a comunicar e informar mediante televisión, sino a definir el mismo ámbito y alcance de ese derecho en lo que se refiere a un aspecto tan importante como la creación de emisoras. Se trata en efecto de una decisión que establece el número de los sujetos que podrán llevar a cabo esa creación, y con ello precisa el alcance y extensión del derecho, en virtud de los criterios que el legislador, en uso de su libertad de configuración, ha estimado oportuno tener en cuenta. También en este supuesto, que innova el régimen de la televisión existente hasta el momento de aprobación de la Ley, régimen de monopolio de las emisoras públicas, se produce un desarrollo de derechos reconocidos en el art. 20.1 CE. En consecuencia, hubiera procedido declarar inconstitucionales, por vulneración del art. 81.1 CE, las disposiciones de la Ley a que se ha hecho referencia.

Madrid, a nueve de mayo de mil novecientos noventa y cuatro.-Firmado: Luis López Guerra.-Rubricado.

VOTO PARTICULAR

que formula el Magistrado don Pedro Cruz Villalón a la sentencia dictada en el RI 1363/1988 y acumulados, al que se adhieren los Magistrados don Rafael de Mendizábal Allende y don Julio Diego González Campos

1. Entiendo que la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada, aprobada como «Ley ordinaria» en el sentido del art. 90.1 CE, vulnera el art. 81.1 CE en cuanto dispone que «son Leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas».

La sentencia de la que discrepo no cuestiona, ello no está siquiera en discusión, que la citada Ley afecte a las libertades públicas reconocidas en el art. 20 CE y, singularmente, al derecho reconocido en el inciso primero del art. 20.1 d), el derecho «a comunicar y recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión»; como, evidentemente, tampoco cuestiona que las libertades del art. 20 CE sean «derechos fundamentales y libertades públicas» en el sentido del art. 81.1 CE. Lo que la sentencia niega, frente a la alegación de los recurrentes, es que la Ley 10/1988 «desarrolle» alguna de estas libertades.

2. No es ésta la primera vez en la que este Tribunal Constitucional haya debido resolver ante una alegación de vulneración de la reserva de Ley orgánica por parte del legislador de los derechos fundamentales. El fundamento jurídico 3.º de la sentencia recoge ampliamente los elementos básicos de nuestra doctrina sobre la materia, con la que, sustancialmente, coincido:

En primer lugar, que el término «desarrollo», en la medida en que, en sí mismo, evoca el detalle, la regulación minuciosa, debe ser sometido a una interpretación «restrictiva», si se quiere, so pena de desnaturalizar una reserva de ley cualificada por una mayoría absoluta; en el Estado democrático de Derecho las mayorías cualificadas sólo son oportunas en la medida en que se mantienen en el ámbito de lo excepcional pero, al mismo tiempo, fundamental; la regla es la de la mayoría, sin más.

Tampoco hay inconveniente en coincidir en que, no sólo el término «desarrollo», sino incluso el propio enunciado de los derechos debe ser sometido a una interpretación estricta o, si se quiere, «restrictiva», de tal modo que se evite siempre confundir lo que es el derecho fundamental con lo que es la «materia» sobre la que el derecho se proyecta (justicia, educación, etc.).

«Desarrollar», por tanto, no tiene por qué ser igual a «afectar» en el sentido, por ejemplo, del art. 86.1 CE, con independencia de lo que esto último en concreto signifique. Sólo cabe entender que una norma «desarrolla» un derecho fundamental, y en ello coincide con la sentencia, cuando lo haga «de manera directa y en elementos esenciales para la definición del derecho fundamental, ya sea en una regulación directa, general y global del mismo o en una parcial o sectorial, pero, igualmente, relativa a aspectos esenciales del derecho». En particular, coincide con la afirmación según la cual «cuando las Cortes Generales en Ley orgánica desarrollan un derecho fundamental están, en realidad, desarrollando y concretando la norma constitucional reconocedora del derecho - a menudo dotada de considerables dosis de abstracción- en sus espacios abiertos a la libertad de configuración normativa del legislador de los derechos fundamentales».

Esta última afirmación me parece particularmente digna de ser destacada, porque pone de manifiesto la racionalidad de la particular reserva de Ley orgánica que nuestro constituyente incorporó al sistema de fuentes. Que no es otra que la racionalidad, valga la expresión, del «constituyente debilitado», es decir, la encomienda del desarrollo normativo inmediato de la Constitución a un legislador que, sin ser el depositario del poder de revisión, tampoco es el legislador ordinario. De este modo, la estructura territorial del Estado, los elementos básicos de cada uno de los derechos fundamentales, la organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional, entre otros extremos, quedaron confiados a un procedimiento legislativo que postula y recaba el respaldo de una mayoría cualificada.

La Ley orgánica como expresión normativa de la prolongación del consenso constitucional en aquello que, sin ser Constitución, sigue siendo fundamento del orden constitucional, cuando de los derechos fundamentales se trata supone, a mi entender, un particular respaldo de la voluntad popular representada en las Cortes Generales en el momento de la adopción de las determinaciones básicas relativas a los derechos fundamentales o, si se prefiere, del fin de las indeterminaciones básicas.

3. Así, en el caso de la libertad de enseñanza (art. 27.1, inciso 2.º, CE), concretada en la «libertad de creación de centros docentes» (art. 27.6 CE), el fin de la indeterminación básica de una Constitución que, expresamente, se limita a proclamar la «autonomía» de las Universidades es el Título VIII («De las Universidades privadas») de la Ley de Reforma Universitaria, aprobado con carácter de Ley orgánica (Disposición

final tercera, LO 11/1983). De este modo, el art. 57 LRU venía a declarar inequívocamente que: «La libertad de creación de centros docentes garantizada en el apartado 6 del art. 27 de la Constitución, comprende la libertad de creación de Universidades y de centros docentes de enseñanza superior de titularidad privada, en los términos establecidos en el presente Título».

De este modo, el «legislador orgánico» concreta y desarrolla el sentido y el contenido de la libertad de enseñanza adoptando una decisión básica acerca de un derecho fundamental por medio de un precepto cuyo contenido normativo se agota en una interpretación «quasi auténtica» de la Constitución: La libertad de creación de centros docentes comprende la libertad de creación de Universidades. Es algo reservado a la Ley orgánica.

De forma parecida, algo que tiene que ver con nuestro caso: el Título Preliminar de la misma Ley, que declara a la enseñanza superior «servicio público» (art. 1), también tiene carácter de Ley orgánica. Porque, con independencia de lo que dicha proclamación aquí exactamente signifique, en la medida en que proyecta sobre la enseñanza superior una dimensión pública, abre la puerta a un importante protagonismo de los poderes públicos en el régimen de la misma, que llevará, por ejemplo, a que las Universidades privadas requieran una Ley a efectos de su reconocimiento (art. 58 LRU).

4. En materia de libertad de creación de medios de difusión a efectos de comunicar información [art. 20.1 d) CE], el desarrollo normativo de la Constitución pocas tareas tenía tan elementales y básicas cual la relativa al mantenimiento o fin del monopolio público de la televisión. En concreto, la cuestión se nos ha planteado ahora, en forma de la ley que ha venido a poner fin al citado monopolio público, la Ley 10/1988.

Lo cual no quiere decir que, si bien en la forma de un obiter dictum, este Tribunal no se haya pronunciado antes al respecto. Así, en la STC 12/1982, en un recurso de amparo avocado al Pleno, se decía que la implantación de «la llamada "televisión privada"... no es una exigencia jurídico-constitucional, sino una decisión política, que puede adoptarse, dentro del marco de la Constitución, por la vía de una Ley orgánica en la medida en que afecte al desarrollo de alguno de los derechos constitucionalizados en el art. 20 (art. 81 de la CE)» (fundamento jurídico 6.º). Poco después, y de forma más explícita, una sentencia de la Sala Segunda de este Tribunal declaraba, con remisión a la anteriormente citada que «este último argumento, el de la necesidad de una Ley orgánica que exprese, dentro del marco de la Constitución, la decisión política de instituir la llamada "televisión privada", debe ser reiterado en esta ocasión por nosotros en su pleno alcance de generalidad, ya que sólo esta Ley podrá considerar el conjunto de los problemas suscitados y darles una solución armónica» (STC 74/1982, fundamento jurídico 4.º).

El problema es que esta ley no existe o, mejor dicho, más allá del simple encabezamiento de la Ley 10/1988, no existe en nuestro ordenamiento un precepto en el que se diga expresa y taxativamente que la libertad de comunicar información por cualquier medio comprende el derecho de emitir por medio de la televisión, bajo sus distintas formas, en el marco de la «televisión privada».

Esto es lo que permite decir a la sentencia de la que disiento que la Ley recurrida se limita a «ordenar una modalidad de televisión privada de entre las posibles» (cobertura nacional, mediante emisiones de señales por ondas, en régimen de concesión). Esto es, en cierto modo, así; y, sin embargo, y el solo enunciado de la ley ya nos alerta sobre ello, la Ley 10/1988 está quebrando, sin necesidad de decirlo expresamente, el monopolio público de la televisión en sentido estricto. Desde el momento en que su art. 1 comienza diciendo que «es objeto de la presente Ley regular la gestión indirecta del servicio público esencial de la televisión» está, como decía poniendo fin a la situación hasta ese momento existente de monopolio estatal televisivo, aunque sea en la modesta forma de la gestión indirecta de un servicio público. Esta no es, desde luego, la Ley a la que la STC 74/1982 se refería como la única que podría, respecto de la televisión privada «considerar el conjunto de los problemas y darles una solución armónica». Pero, a falta de ella, ésta es la «Ley de la televisión privada» que tenemos, y desde luego no otra; es ésta la Ley a partir de la cual se ha introducido la pluralidad en, cuando menos, la gestión del servicio televisivo; sobre todo, la televisión privada que, hoy por hoy, existe en nuestro país, es la que esta Ley dispone.

5. En la Ley 10/1988, de Televisión Privada, se dan los requisitos que, en los términos del fundamento jurídico 3.º de esta sentencia, configuran un supuesto de reserva de Ley orgánica: La Ley incorpora una decisión básica, fundamental en el desarrollo normativo de la libertad de creación de medios de difusión, «desarrolla», pues, la Constitución de manera directa y en un elemento esencial para la definición del derecho, y lo hace, a la vez, con unos caracteres restrictivos que sólo puede legitimar el respaldo de la mayoría cualificada propia de la Ley orgánica.

Respecto de lo primero no es necesario añadir mucho. El fundamento jurídico 4.º de la sentencia pone, sin embargo, el acento en una distinción o contraposición entre los derechos fundamentales propiamente dichos, llamados también «primarios», y los derechos a instaurar los soportes o instrumentos indispensables para el ejercicio de dichos derechos, con la cual, por más que se la califique de «matizada», no me resulta fácil coincidir. Claro es que, como la sentencia advierte más adelante «los mencionados derechos fundamentales y dichos instrumentos técnicos de comunicación no pueden distinguirse radicalmente», de tal modo que «la posibilidad de crear medios de comunicación social conecta y se integra en estos derechos fundamentales». Pero todo esto, pura y simplemente, porque son concreción y desarrollo de dichos derechos fundamentales, si no sencillamente contenido elemental de los mismos. La tesis de la mayor libertad de configuración del legislador en la regulación de los «soportes técnicos» respecto de lo que se califica de «ordenación directa» de los derechos del art. 20.1 CE no altera la trascendencia de la regulación adoptada en la Ley ahora objeto de control para el ejercicio de las libertades de expresión en nuestro Estado. La afirmación, por fin, según la cual son «conceptualmente distintos» las libertades de expresión y los instrumentos técnicos de los que aquéllas se sirven, en su radical evidencia, no modifica la conclusión anterior.

En segundo lugar, la regulación que la Ley 10/1988 hace de la «Televisión Privada» es lo suficientemente restrictiva, en los términos del fundamento jurídico 3.º, como para que, también desde esta perspectiva, hubiera procedido la aprobación por medio de Ley orgánica. Con independencia de la validez constitucional, en sí misma, de la modalidad adoptada, no cabe duda de que la fórmula de gestión indirecta de un «servicio público

esencial» constituye una de las formas más modestas que quepa imaginar de supresión del monopolio estatal televisivo. Sobre todo: El número de concesiones posibles es tan reducido y en sí mismo tan discrecional, que su legitimidad hubiera necesitado cuando menos el respaldo parlamentario reforzado previsto en el art. 81 CE.

Ello no quiere decir que la totalidad del contenido de la Ley se encuentre afectado por la reserva prevista en el art. 81.1 CE, pero sí que las alegaciones de los recurrentes debieron ser estimadas en este extremo, con independencia de cuál hubiera debido ser su alcance. Este disentimiento no tiene el sentido de formular un fundamento jurídico «alternativo». Baste dejar constancia de una diferente valoración, por más que minoritaria, del mandato contenido en el art. 81.1 CE en su proyección sobre la Ley 10/1988, de Televisión Privada.

Madrid, a nueve de mayo de mil novecientos noventa y cuatro.-Firmado: Pedro Cruz Villalón.-Rafael de Mendizábal Allende.-Julio Diego González Campos.-Rubricado.