

LA RESPONSABILIDAD CIVIL COMO FORMA INESPERADA DE TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

(MÁS RUIDO SOBRE EL RUIDO Y SU CONTROL CONSTITUCIONAL) (*)

MIGUEL CASINO RUBIO

I. INTRODUCCIÓN.—II. LA STC 119/2001, DE 24 DE MAYO: 1. *Los antecedentes del caso*. 2. *Los fundamentos de la Sentencia y la creación del derecho a la intimidad en el ámbito domiciliario*. 3. *Final sobre el traslado de la doctrina constitucional a la jurisprudencia contenciosa*.—III. OBSERVACIONES CRÍTICAS: 1. *¿Verdadero problema de trascendencia constitucional o simple cuestión de legalidad ordinaria?*: a) La doctrina correcta: un típico y simple asunto de responsabilidad civil de la Administración. b) Una doctrina de consecuencias explosivas. 2. *La STC 37/2011 y la confirmación del desconcierto*. 3. *La nueva y sorprendente dimensión positiva de los derechos fundamentales del artículo 18.1 y 2 CE*. 4. *Inactividad administrativa y derecho a la intimidad domiciliaria. Un enfoque equivocado*.—IV. CONSIDERACIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN

Basta echar una ojeada a la bibliografía especializada y acercarse a los repertorios de jurisprudencia ordinaria para comprobar que mucho se ha escrito y dicho en la última década sobre el ruido o, como también se acostumbra a decir, sobre la «contaminación acústica» y sus consecuencias jurídicas (1). Tanto, de

(*) Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación DER 2009-12356 sobre *Cómo repensar la responsabilidad extracontractual objetiva* que dirige el Prof. Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ.

(1) Con el destacado antecedente del trabajo de Fernando SÁINZ MORENO, «Sobre el ruido y la policía de tranquilidad», *REDA*, núm. 15 (1977), págs. 664 y sigs., la cita del profesor Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO es desde luego imprescindible. Entre sus abundantes trabajos, que arrancan de 1988 [«La defensa frente al ruido ante el TC (auto de 13 de octubre de 1987, en relación con la clausura de un bar de Sevilla)», *RAP*, núm. 115 (1988), págs. 205 y sigs.], destacan «El ruido

hecho, que el legislador, a impulso del Derecho comunitario europeo, ha acabado mediando en este asunto y aprobado la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido, que supone rigurosamente una novedad técnica en el panorama legislativo del Estado, que mejora también los muchos casos de falta de preocupación y, sobre todo, de respuesta autonómica y municipal frente al problema del ruido, aunque por el momento existan, no sin razón, serias dudas sobre su aplicación (2).

Si se leen ahora con algo más de detenimiento esos trabajos doctrinales y se repasan también con atención las últimas resoluciones judiciales podrá verse que comúnmente unos y otras toman pie en la doctrina del Tribunal Constitucional y, en particular, en la STC 119/2001, de 24 de mayo (asunto *Moreno Gómez*) (3), que sigue a su vez la doctrina anunciada en las Sentencias del TEDH

en la reciente jurisprudencia», *RAP*, núm. 125 (1991), págs. 319 y sigs.; «La defensa frente al ruido ante el Tribunal Constitucional», en el libro *Homenaje al Prof. Garrido Falla*, Madrid, 1992, págs. 1849 y sigs.; «Tres sentencias interesantes sobre el ruido (Sala de lo Contencioso-Administrativo de Santander)», *RVAP*, núm. 41 (1995), págs. 661 y sigs.; «El ruido: una pesadilla del Justicia», *Revista Interdisciplinaria de Gestión Ambiental*, núm. 58 (2003), págs. 3 y sigs.; «El ruido: reciente respuesta legal y jurisprudencial», *Foro. Nueva época*, núm.1/2005, págs. 11 y sigs.; «La defensa cruzada de derechos: la protección del medio ambiente en la jurisprudencia del TEDH», *REDA*, núm. 132 (2006), págs. 727 y sigs.; «El medio ambiente sonoro», en *Medio ambiente y Administración local* (coord. José ESTEVE PARDO), 2.^a ed., Madrid, Fundación Democracia y Gobierno Local, págs. 481 y sigs.; «Jurisprudencia ambiental reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *REDA*, núm. 140 (2008), págs. 781 y sigs.

(2) La Ley 37/2003 ha sido desarrollada luego reglamentariamente, primero, por el Real Decreto 1513/2005, de 16 de diciembre, sobre evaluación y gestión del ruido ambiental, y, más tarde, por el Real Decreto 1367/2007, de 19 de octubre, sobre zonificación acústica, objetivos de calidad y emisiones acústicas, y que ha sido parcialmente censurado por la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2010.

Sobre esta evolución legislativa pueden verse Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, «El ruido: reciente respuesta legal y jurisprudencial», cit., págs. 18 y sigs.; Avelino BLASCO ESTEVE, «Idas y venidas en la lucha contra el ruido», *RAP*, núm. 153 (2000), págs. 267 y sigs.; Fernando LÓPEZ RAMÓN, «La ordenación del ruido», *RAP*, núm. 157 (2002), págs. 27 y sigs.; Blanca LOZANO CUTANDA (dir.), *Comentario a la Ley del Ruido*, Madrid, Thomson-Civitas, 2004, y últimamente también, por todos, Gerardo GARCÍA ÁLVAREZ, «La evolución del régimen jurídico del ruido», *Revista de Administración Pública*, núm. 186 (2011), págs. 389 y sigs.

(3) De la importancia de esta Sentencia constitucional habla bien a las claras la larga lista de comentarios doctrinales aparecidos a su calor y desde prácticamente todas las disciplinas. Cfr., entre otros, Manuel PULIDO QUECEDO, «Sobre la defensa del ruido y el derecho a la “intimidad domiciliaria”», *RATC*, núm. 8 (2001), págs. 1535 y sigs.; Blanca LOZANO CUTANDA, «La ecologización de los derechos fundamentales. La doctrina López Ostra c. España, Guerra y otros c. Italia y Hatton y otros c. Reino Unido del TEDH y su recepción por nuestro TC», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 1 (2002), págs. 175 y sigs.; José PÉREZ MARTOS, «La protección jurisdiccional frente al ruido (Comentario a la STC 119/2001, de 24 de mayo)», *REALA*, núm. 288 (2002), págs. 215 y sigs.; Raúl CANOSA USERA, «Pretensiones ambientales en amparo

de 9 de diciembre de 1994 (caso *López Ostra c. España*), y de 19 de febrero de 1998 (caso *Guerra y otros c. Italia*).

En cuanto a los primeros, con contadas excepciones (4), prácticamente todos los autores que se han ocupado de la citada Sentencia constitucional lo han hecho para destacar las bondades de lo dicho entonces por el Pleno del Tribunal, y que resumidamente cifran en la incorporación de contenidos medioambientales al derecho fundamental a la intimidad privada y familiar, en el ámbito domiciliario, que garantiza el artículo 18.1 y 2 CE.

La jurisprudencia contenciosa por su parte, aunque lógicamente algo menos entusiasta en sus opiniones, suele servirse también de la citada STC 119/2001 para remachar sus propias conclusiones, pero que, en cualquier caso, siguen en lo fundamental la línea marcada entonces por el Tribunal Constitucional. Valgan como ejemplo las SSTs de 10 de abril y 29 de mayo de 2003, 8 de noviembre de 2004, 12 de marzo, y 12 y 26 de noviembre de 2007, y de 25 de marzo y 2 de junio de 2008, y en las que el Tribunal Supremo nota la novedad de esa doctrina constitucional, que comúnmente resume además, y subraya el consecuente deber, según en idénticos términos advierten las dos primeras sentencias citadas, de «tutelar también el espacio físico domiciliario frente a atentados medioambientales que dificulten gravemente su normal disfrute».

Naturalmente la misma comprobación luce asimismo en abundantes sentencias contenciosas de prácticamente todos los Tribunales Superiores de Jus-

constitucional. Comentario a la STC 119/2001, de 24 de mayo», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núms. 10-11 (2002-2003), págs. 697 y sigs.; Luis POMED SÁNCHEZ, «Las peores ruedas del carro. Tres sentencias chirriantes en materia de ruidos»; en el libro colectivo dirigido por Luis MARTÍN-REBOLLO, *Derechos fundamentales y otros estudios en Homenaje al Prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*, vol. II, Zaragoza, Justicia de Aragón, 2009, págs. 2051 y sigs.; y Fernando SIMÓN YARZA, *Medio ambiente y derechos fundamentales*, Madrid, CEP-Tribunal Constitucional, 2012, págs. 294 y sigs. Los hay también de Derecho civil; por todos, Joan EGEA FERNÁNDEZ, «Relevancia constitucional de las inmisiones por ruido ambiental procedente de una zona de ocio nocturno. Recepción de la jurisprudencia del TEDH (Comentario a las STC 119/20001, de 24 de mayo), *Derecho Privado y Constitución*, núm. 15 (2001), págs. 69 y sigs., y de Derecho Internacional Público; cfr., Daniel GARCÍA SAN JOSÉ, «La protección del derecho al disfrute de un medio adecuado por el Tribunal Constitucional a la luz de los principios extraíbles de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Un análisis crítico», en *Derecho Constitucional para el siglo XXI* (editores Javier PÉREZ ROYO, Joaquín URÍAS y Manuel CARRASCO), t. I, Thomson-Aranzadi, 2006, págs. 1873 y sigs., y Yaelle CACHO SÁNCHEZ, «Tutela del derecho al respeto del domicilio frente al ruido en sede del TEDH. Comentario al asunto Moreno Gómez c. España», *RGDE*, núm. 6, Iustel (2005).

(4) Javier JIMÉNEZ CAMPO, «Artículo 10.1 CE», en el volumen colectivo *Comentarios a la Constitución Española. XXX aniversario*, dirigido por María Emilia CASAS BAAMONDE y Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Madrid, Fundación Wolters Kluwer (2008), págs. 190 y sigs.

ticia, según testimonian, entre otras muchas, las SSTSJ de Madrid de 20 de octubre de 2005 y 5 de mayo de 2011; STSJ de Murcia, de 6 de marzo de 2006; STSJ de las Islas Canarias, Sala de Santa Cruz de Tenerife, de 26 de enero de 2007; STSJ de Galicia, de 1 de febrero de 2007; STSJ de Andalucía, Sala de Málaga, de 15 de julio de 2008; SSTSJ de Cataluña de 12 de febrero de 2009, 29 de octubre de 2010 y 8 de mayo de 2013; STSJ de Castilla y León, Sala de Burgos, de 24 de abril de 2009; STSJ de Navarra, de 27 de noviembre de 2009; SSTSJ Comunidad Valenciana, de 21 de enero y 22 de noviembre de 2011; STSJ de Castilla-La Mancha, de 16 de julio de 2012; y STSJ de Cantabria, de 6 de septiembre de 2013.

La conclusión más evidente de esta larga lista de resoluciones judiciales es la de que, desde la citada STC 119/2001, las demandas de indemnización contra la Administración por ruido se han multiplicado. Pero si se observan con algo más de cuidado esas resoluciones judiciales alertan también sobre un curioso comportamiento de la jurisprudencia. A fuerza de repetir sus principales declaraciones es hoy *communis opinio* la de que la inactividad de la Administración frente al ruido es un asunto de dimensión constitucional *ex* artículo 18 CE y, por tanto, llegado el caso, susceptible de protección por el Tribunal Constitucional en vía de amparo. Para la jurisprudencia, de hecho, esta conclusión es tan evidente que ya no se preocupa ni siquiera en razonarla. Sirva de ejemplo la STS de 2 de junio de 2008 cuando afirma sin más explicaciones que la cuestión a discutir no es de simple legalidad ordinaria, «sino de garantía de derechos fundamentales».

Dogmas aparte, esta conclusión dista bastante, sin embargo, de ser convincente, a mi juicio. Por este motivo, aunque lleva fecha de hace tiempo y ha sido efectivamente glosada en muchas ocasiones, esta Sentencia constitucional merece no obstante ser destacada una vez más. Pero no, naturalmente, para subrayar ahora lo que ya ha sido notado antes por otros, sino para poner de relieve las principales debilidades que, a mi parecer, lucen en el razonamiento del Tribunal Constitucional y en todas las opiniones y sentencias que luego lo han celebrado o simplemente seguido.

Y todo ello, huelga casi decirlo, con el único propósito de animar un poco la discusión sobre la defensa de los particulares frente al ruido y su protección jurisdiccional. Un asunto de reconocida actualidad pero que, a mi juicio, como ha de verse, corre el riesgo de desbocarse sin remedio, amenazando no sólo las ya magras arcas municipales, sino también de desfigurar el contenido constitucional de los derechos fundamentales de los artículos 15 y 18 CE.

Las más modernas Sentencias del Tribunal Constitucional 150/2011, de 29 de septiembre, y del Tribunal Europeo de Derecho Humanos, de 18 de octubre

de 2011 (asunto *Martínez Martínez c. España*) (5), y cuyo interés notaremos más adelante, son probablemente la mejor prueba del citado riesgo y, de hecho, testimonian muy bien cómo una vez que se ha comenzado a rodar por la pendiente es ya muy difícil detener la caída.

Para comprobarlo el repaso una vez más a los antecedentes del caso y a las principales declaraciones de la STC 119/2001 es imprescindible.

II. LA STC 119/2001, DE 24 DE MAYO

1. *Los antecedentes del caso*

En agosto de 1997 la señora Moreno Gómez, vecina de la plaza de Xúquer (Valencia), harta de soportar los elevados niveles de ruido provenientes de los establecimientos de ocio existentes en la zona y, singularmente, de una discoteca ubicada en los bajos de su domicilio, que le habían provocado insomnio y obligado a realizar obras de doble acristalamiento en su vivienda, reclamó al Ayuntamiento de Valencia el pago de una indemnización por los trastornos de sueño padecidos y las obras de cerramiento realizadas. En concreto reprochaba al Ayuntamiento el funcionamiento anormal de sus servicios por no haber ejercido diligentemente, pese a las constantes denuncias recibidas, las potestades que el ordenamiento jurídico le atribuye en defensa de los derechos e intereses legítimos de los vecinos y, en particular, para hacer cumplir los horarios de cierre de los establecimientos de ocio y los niveles de ruido reglamentariamente autorizados.

Apenas unos pocos días después, la Sra. Moreno Gómez, sin esperar a que transcurriera el plazo legal para que el Ayuntamiento resolviera su solicitud de indemnización, interpuso recurso contencioso-administrativo por la vía especial por entonces prevista en la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección de los derechos fundamentales de la persona, contra la desestimación presunta por silencio administrativo de su solicitud (*sic*), que fue admitido por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal de Justicia de Valencia. En su escrito de demanda contenciosa la Sra. Moreno Gómez razonó que la Administración municipal había contribuido con su pasividad a vulnerar los derechos funda-

(5) Cfr. Agustín GARCÍA URETA, «El ruido ante el Tribunal europeo de Derechos Humanos. Otra llamada de atención a la jurisdicción contencioso-administrativa (y también al Tribunal Constitucional): Comentario a *Martínez Martínez v. España*, Sentencia del TEDH de 18 de octubre de 2011», en *Actualidad Jurídica Ambiental*, 21 de noviembre de 2011.

mentales a la integridad física y a la intimidad e inviolabilidad del domicilio que respectivamente garantizan los artículos 15 y 18.1 y 2 CE.

El Ayuntamiento demandado se opuso al recurso. Formalmente advirtió que el recurso era prematuro y que el procedimiento especial seguido por la demandante no era tampoco el adecuado, puesto que el hecho de que el Ayuntamiento no hubiera resuelto expresamente la solicitud de indemnización formulada por la interesada difícilmente podía determinar la infracción de los derechos fundamentales denunciados en la demanda. Y materialmente razonó que el recurso carecía, en todo caso, del imprescindible fundamento, habida cuenta que la demandante no había acreditado que el nivel de ruidos en su domicilio superara los límites máximos fijados en la Ordenanza municipal de ruidos y vibraciones de la ciudad de Valencia, de 27 de diciembre de 1996, ni había probado tampoco la realidad del daño que decía haber sufrido. El Ayuntamiento alegó también que ese daño sería directamente imputable en su caso, pero todo lo más, a los propietarios de los establecimientos de ocio considerados y, destacadamente, al dueño de la discoteca ubicada en los bajos de su domicilio y no, en cambio, a la pretendida pasividad municipal en el control de la legalidad.

En defensa de sus respectivas pretensiones ambas partes aportaron diversas pruebas. La Sra. Gómez Moreno aportó varias mediciones de los elevados niveles de ruido soportados en la plaza de Xúquer durante los meses de abril de 1996 y mayo y agosto de 1997, un parte de consulta y hospitalización expedido por una facultativa del Servicio Valenciano de Salud, que refiere su tratamiento durante varios años por insomnio, y una factura, expedida por una empresa de carpintería, por las obras de cerramiento realizadas en el balcón y una ventana de su domicilio.

Por su parte, el Ayuntamiento de Valencia aportó, entre otras pruebas, una certificación expedida por el Secretario municipal que daba cuenta de la tramitación de un total de treinta y siete expedientes sancionadores contra la controvertida discoteca por infracciones a la Ley de las Cortes Valencianas 2/1991, de 18 de febrero, de espectáculos, establecimientos públicos y actividades recreativas, así como diversas mediciones de ruidos y estudios sonométricos y cuyos resultados rebajaban sensiblemente el nivel de los ruidos existentes en el entorno del domicilio de la recurrente.

En julio de 1998 la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana dictó Sentencia desestimando la demanda. En lo que ahora más nos importa, la Sentencia, luego de centrar correctamente la controversia, en vista del cauce especial seguido, en determinar si la desestimación por silencio administrativo de la reclamación indemnizatoria

formulada en su día por la recurrente había vulnerado o no los artículos 15 y 18 CE, declaró que, a la vista de las pruebas practicadas en el proceso, los ruidos denunciados no alcanzaban la intensidad suficiente para poder apreciar la lesión de los citados derechos constitucionales, sin perjuicio de señalar a la recurrente la oportunidad, caso de estimarlo conveniente, de apurar la vía ordinaria de responsabilidad patrimonial de la Administración en reclamación de los daños que decía haber sufrido.

La Sra. Moreno Gómez acudió entonces en amparo ante el Tribunal Constitucional por considerar que la citada Sentencia de la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Valencia había vulnerado sus derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a la igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE). También argumentó que la Sentencia había dejado sin protección los derechos fundamentales de los artículos 15 y 18.1 y 2 CE.

La Sección Segunda del Tribunal Constitucional acordó admitir el recurso y, más tarde, el Pleno del Tribunal acordó, a propuesta de su Presidente y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.k) LOTC, recabar para sí el conocimiento del asunto y, en una decisión absolutamente excepcional en la práctica del Tribunal, convocar a las partes para la celebración de vista oral del recurso el día 16 de mayo de 2001, a las 11:00 horas.

El desarrollo de la vista, según testimonia el profesor Martín-Retortillo, defraudó bastante las expectativas que, con razón, había despertado (6) y apenas aportó unos pocos elementos de interés. Comenzó con la intervención de la defensa de la recurrente en amparo, que se limitó a insistir en los argumentos de su demanda. A continuación intervino el representante del Ayuntamiento de Valencia, quien, después de hacer unas precisiones de carácter procesal sobre el verdadero objeto del recurso y de oponerse a su admisión, pero que ahora no nos interesan tanto, solicitó la desestimación de la demanda.

En su alegato de defensa el abogado municipal destacó, entre otros motivos de oposición, que el Ayuntamiento de Valencia, decidido como estaba a hacer frente al problema del ruido, había aprobado una Ordenanza sobre ruidos y vibraciones y declarado en enero de 1997 el área considerada como «Zona Acústicamente Saturada». Recordó también que en ese empeño el Ayuntamiento había limitado el número de licencias de actividad otorgadas, reducido los horarios de apertura de los establecimientos e impuesto por ese motivo numerosas sanciones. Advirtió además que los posibles ruidos detectados no eran en cualquier caso imputables en exclusiva al Ayuntamiento, habida cuenta que otros muchos factores concurrían igualmente a su producción, y subrayó, en fin, la limitación

(6) Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, «EL ruido: reciente respuesta legal...», cit., pág. 29.

de las facultades municipales para hacer frente a la situación provocada por la acumulación de ruidos.

Por último, el Ministerio Fiscal se pronunció a favor de la estimación del recurso, bien que sólo por razón de la vulneración del artículo 18 CE. Razonó en particular que la inviolabilidad del domicilio podía efectivamente lesionarse si el medio ambiente circundante hacía de hecho imposible la vida en su interior. Y para probarlo invocó la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH de 26 de marzo de 1985, caso *X e Y c. Holanda*, y de 9 de diciembre de 1994, caso *López Ostra c. España*), para terminar, tomando pie en esta jurisprudencia del Tribunal europeo, solicitando una ampliación del concepto constitucional de domicilio.

2. *Los fundamentos de la Sentencia*

El Tribunal Constitucional, después de unas pocas observaciones previas de orden procesal, pero que ahora no nos interesan, analiza el fondo del asunto, comenzando por las tachas que la demandante reprochaba al Ayuntamiento y cifradas, *grosso modo*, en la tibieza que había demostrado frente a los continuados incumplimientos por los locales de ocio del nivel de ruidos y de los horarios de cierre autorizados. Como he recordado antes, con estos presupuestos, la recurrente imputaba al Ayuntamiento la infracción principalmente del derecho a la vida (art. 15 CE), y a la intimidad personal e inviolabilidad del domicilio (art. 18.1 y 2 CE).

Según es ya norma en el método que desde hace algún tiempo siguen prácticamente todas las sentencias constitucionales de amparo, el Tribunal comienza por resumir lo principal de la doctrina constitucional sobre el contenido de los derechos fundamentales invocados en la demanda.

Con arreglo a este planteamiento el Tribunal recuerda en primer lugar, con cita de otras sentencias constitucionales, que el derecho fundamental a la integridad física y moral del artículo 15.1 CE «protege la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular».

En segundo lugar, a propósito del artículo 18.1 CE, el Tribunal recuerda, sirviéndose también de declaraciones anteriores, que el derecho a la intimidad personal y familiar tiene por objeto la protección de un ámbito reservado de la vida de las personas excluido del conocimiento de terceros, sean éstos poderes públicos o particulares, en contra de su voluntad, e implica 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. Finalmente recuerda también que «domicilio inviolable» es el espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y donde ejerce su libertad más íntima, de modo que el artículo 18.2 CE protege tanto el espacio físico en sí mismo como también lo que en él hay de emanación de la persona que lo habita.

Y dicho esto, que ya es conocido y que habla en cualquier caso de la dimensión o contenido principalmente negativo de los citados derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional realiza la siguiente precisión, y que a la postre ha de resultar realmente decisiva:

«... estos derechos han adquirido también una dimensión positiva en relación con el libre desarrollo de la personalidad, orientada a la plena efectividad de estos derechos fundamentales. En efecto, habida cuenta de que nuestro texto constitucional no consagra derechos meramente teóricos o ilusorios, sino reales y efectivos (STC 12/1994, de 17 de enero, FJ 6), se hace imprescindible asegurar su protección no sólo frente a las injerencias ya mencionadas, sino también frente a los riesgos que puedan surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada. A esta nueva realidad ha sido sensible la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como se refleja en las Sentencias de 21 de febrero de 1990, caso *Powell y Rayner contra Reino Unido*; de 9 de diciembre de 1994, caso *López Ostra contra Reino de España*, y de 19 de febrero de 1998, caso *Guerra y otros contra Italia*.»

Para añadir seguidamente que

«[e]n efecto, el ruido puede llegar a representar un factor psicopatógeno destacado en el seno de nuestra sociedad y una fuente permanente de perturbación de la calidad de vida de los ciudadanos. Así lo acreditan, en particular, las directrices marcadas por la Organización Mundial de la Salud sobre el ruido ambiental, cuyo valor como referencia científica no es preciso resaltar. En ellas se ponen de manifiesto las consecuencias que la exposición prolongada a un nivel elevado de ruidos tienen sobre la salud de las personas (v. gr., deficiencias auditivas, apariciones de dificultades de comprensión oral, perturbación del sueño, neurosis, hipertensión e isquemia), así como sobre su conducta social (en particular, reducción de los comportamientos solidarios e incremento de las tendencias agresivas)» (FJ 5).

Una vez perfilado de este modo el contenido de los derechos constitucionales considerados el Tribunal se interroga a continuación sobre si el ruido puede por vía de hipótesis lesionarlos. La respuesta es en ambos casos esencialmente la misma. En el caso del derecho del artículo 15 CE,

«habremos de convenir en que, cuando la exposición continuada a unos niveles intensos de ruido ponga en grave peligro la salud de las personas, esta situación podrá implicar una vulneración del derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE). En efecto, si bien es cierto que no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del artículo 15 CE, sin embargo cuando los niveles de saturación acústica que deba soportar una persona, a consecuencia de una acción u omisión de los poderes públicos, rebasen el umbral a partir del cual se ponga en peligro grave e inmediato la salud, podrá quedar afectado el derecho garantizado en el artículo 15 CE».

Por parecidas razones el Tribunal concluye a propósito de los derechos del artículo 18 CE que

«una exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido, que puedan objetivamente calificarse como evitables e insoportables, ha de merecer la protección dispensada al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario, en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad, siempre y cuando la lesión o menoscabo provenga de actos u omisiones de entes públicos a los que sea imputable la lesión producida».

Teniendo en cuenta esta doctrina constitucional la Sentencia examina a continuación «si el nivel de ruidos padecidos por la demandante en su domicilio reviste entidad suficiente para entender que se han vulnerado los [citados] derechos fundamentales» (FJ 7). La respuesta del Tribunal será en ambos casos negativa y se resume en el hecho de que la recurrente no acreditó el nivel de ruidos supuestamente padecidos en el interior de su vivienda y, en consecuencia, no acreditó tampoco durante el proceso judicial «la existencia de una lesión real y efectiva de los [citados] derechos fundamentales imputable al Ayuntamiento de Valencia». Por este motivo, el Tribunal «no puede establecer una relación directa entre un ruido, cuya intensidad ni siquiera se ha acreditado, y la lesión [de los derechos a la integridad física y a la intimidad domiciliaria denunciados]» imputable al Ayuntamiento demandado y, en consecuencia, desestima el amparo.

Pero más que notar esa conclusión lo que de verdad importa subrayar es que el Tribunal Constitucional comparte el planteamiento jurídico-constitucional de la demanda de amparo. De modo que la solución de la Sentencia habría sido seguramente justo la contraria si la recurrente en amparo hubiera probado en este caso los daños y perjuicios que denunciaba haber sufrido como consecuencia de la contaminación acústica que decía padecer.

La reciente STC 150/2011, de 29 de septiembre, confirma esta forma de razonar cuando, al hilo de resolver otro asunto de este mismo tipo, el Pleno del

Tribunal ha insistido en la necesidad de que, para poder apreciar la lesión de los derechos fundamentales a la integridad física y moral (art. 15 CE) y a la intimidad personal y familiar, y a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.1 y 2 CE),

«[es] indispensable que el recurrente hubiese acreditado bien que padecía un nivel de ruidos que le producía insomnio y, en consecuencia, ponía en peligro grave e inmediato su salud, bien que el nivel de ruidos existentes en el interior de su vivienda era tan molesto que impedía o dificultaba gravemente el libre desarrollo de su personalidad» (FJ 7).

3. *Final sobre el traslado de la doctrina constitucional a la jurisprudencia contenciosa*

Si atamos ahora las declaraciones constitucionales que acabo de recordar dos conclusiones saltan inmediatamente a la vista.

a) Los ruidos (o los humos y los malos olores) cuando, siendo evitables, alcanzan una determinada intensidad que los convierten en prolongados e insoportables pueden vulnerar los derechos fundamentales a la integridad física (art. 15 CE) y a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE) y a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE).

b) Esa eventual lesión constitucional será imputable al poder público administrativo siempre que, pudiendo haberlo hecho, por disponer de las potestades y competencias precisas, nada o muy poco haya hecho sin embargo para impedir o reparar la citada lesión, de modo que haya permitido o contribuido con su pasividad a su producción. Pues los derechos constitucionales a la integridad física y a la intimidad personal y familiar en el ámbito domiciliario incorporan también una dimensión positiva en relación con el libre desarrollo de la personalidad que obliga a los poderes públicos a garantizar su protección mediante el ejercicio efectivo de las correspondientes potestades de intervención y sanción.

Sirviéndose de estas conclusiones la jurisprudencia ordinaria, espoleada por unos particulares cada vez más beligerantes y unos abogados atentos (7), funciona desde entonces a pleno rendimiento, sin apenas añadir una coma a las declaraciones constitucionales que acabo de recordar, y que con frecuencia además reproducen, según testimonia, entre otras muchas, la Sentencia de 21

(7) De esta explosión de demandas y de su potencial da cuenta el hecho de que existan ya asociaciones de abogados contra el ruido que ofertan sus servicios jurídicos con testimonio de una completa guía para reclamar, según es fácil de comprobar con sólo acudir a Internet.

de enero de 2011 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Pamplona.

De todas formas me parece preciso añadir que en el estado actual de la jurisprudencia el tramo de la imputación a la Administración de la correspondiente lesión constitucional se consume las más de las veces en la comprobación del primero. Lo que significa que en asuntos de este tipo toda la controversia judicial se reduce comúnmente a un simple problema de prueba: demostrar que los ruidos denunciados, además de ser evitables, alcanzan el nivel necesario para poder calificarlos de insoportables.

Cuando esto sucede la Administración está irremediablemente perdida, pues, como concluyen de consuno entre otras las Sentencias del TSJ de Murcia, de 16 de febrero y 29 de marzo de 2007, «la realidad de las molestias y [en consecuencia] la vulneración de los derechos fundamentales del recurrente resulta incuestionable, por lo que su indemnización es procedente» (8).

III. OBSERVACIONES CRÍTICAS A LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL

Conforme advertía al principio, esta doctrina constitucional corrió enseguida como la pólvora y muy pronto pasó a ser moneda de uso corriente en la jurisprudencia ordinaria. Esta Sentencia constitucional, que tiene desde luego una apariencia inquietante, al menos para la Administración, me parece muy discutible y, de hecho, presenta no pocas debilidades. Son las que apunto a continuación.

1. *¿Verdadero problema de trascendencia constitucional o simple cuestión de legalidad ordinaria?*

Por lo pronto, muy difícil resulta leer la Sentencia que se comenta, al igual que el grueso de las sentencias contenciosas que luego la han seguido, sin caer inmediatamente en la tentación de creer que estamos ante un genuino problema de responsabilidad patrimonial de la Administración y, por lo tanto, de simple legalidad ordinaria, sin trascendencia constitucional.

Para probarlo baste recordar ahora, de un lado, que la demanda de amparo tiene su origen en la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Admi-

(8) En el mismo sentido, últimamente, STSJ de Canarias, Sede de Santa Cruz de Tenerife, de 3 de junio de 2014, y STSJ de Navarra, de 18 de octubre de 2013.

nistración por funcionamiento anormal formulada por la Sra. Moreno Gómez. Y, de otro, que el Tribunal Constitucional desestima su demanda porque «no ha acreditado que nos encontremos ante la existencia de una lesión real y efectiva de los derechos fundamentales aducidos imputable al Ayuntamiento de Valencia» (FJ 7). Naturalmente ni que decir tiene que «funcionamiento anormal», «lesión real y efectiva» e «imputación» son conocidamente los criterios característicos de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Nada de todo esto parece contar, sin embargo, para la mayoría de los particulares que, como la Sra. Moreno Gómez, deciden impugnar judicialmente la desestimación administrativa de su solicitud de indemnización, pero no, como parecería lo normal, por la vía contencioso-administrativa ordinaria, sino por el cauce especial por entonces previsto en la Ley 62/178, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, y hoy regulada en Capítulo I del Título V de la Ley Jurisdiccional de 1998.

Esta opción procesal, aunque acaso comprensible, me parece, sin embargo, técnicamente muy discutible y no ha pasado tampoco inadvertida para buena parte de los Ayuntamientos demandados que las más de las veces comienzan justo por combatir la idoneidad del citado procedimiento especial. Así de hecho lo hizo también en el presente caso el Letrado del Ayuntamiento de Valencia, quien se opuso a la admisión del recurso contencioso interpuesto por la Sra. Moreno Gómez precisamente por considerar que la desestimación por silencio de su reclamación de responsabilidad no podía determinar la lesión de los derechos fundamentales de los artículos 15 y 18.1 y 2 CE que denunciaba.

Frente a este motivo de oposición la respuesta de la Sala de Valencia no es fácil de comprender. En su criterio, ese motivo de oposición al recurso contencioso no puede prosperar sencillamente porque

«siempre que cualquier persona considere que se ha producido un acto, en este caso unos ruidos, y entienda que con ellos se vulnera un derecho fundamental, tal situación fáctica constituye base suficiente para entender que existe acto recurrible, con independencia de que luego se pruebe o no la vulneración denunciada [...] ya que, cualquier administrado, ante determinada situación, si entiende que implica una vulneración de un derecho fundamental, a la vista del contenido de la Ley 62/1978, no se le puede negar la posibilidad de que pueda elegir el cauce previsto en [dicha] Ley para intentar hacer valer su postura en vía jurisdiccional, sin perjuicio de que luego, analizada su pretensión, se resuelva a favor o en contra de ese criterio del recurrente de que se haya vulnerado un determinado derecho fundamental...».

Esta declaración de la sentencia del TSJ de Valencia, hasta donde concluye que la vía especial está abierta a la consideración, incluso equivocada, del re-

currente, es desde luego irreprochable. Mucho más discutible me parece, en cambio, que la simple invocación de un derecho fundamental, aunque lo sea en forma por completo artificial o descargada de todo fundamento, sirva ya, como parece sugerir la Sentencia de la Sala de Valencia, para franquear el paso al recurso por la citada vía especial preferente y sumaria. Sencillamente porque, como también consta anotado en la propia Sentencia, la cuestión a dilucidar en el proceso judicial consistía «en determinar si la desestimación por silencio administrativo de la reclamación formulada [...] incide o vulnera los artículos 15.1 y 18.1.y 2 de nuestra Constitución».

Teniendo en cuenta estos presupuestos realmente no es fácil adivinar en qué forma la desestimación administrativa de una solicitud de indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración puede concluir en la lesión de los derechos fundamentales de los artículos 15 y 18 CE. De hecho, en estas circunstancias, es lógico preguntarse si ¿basta con invocar la lesión de un derecho fundamental como fundamento de la correspondiente pretensión indemnizatoria para convertir el asunto en un problema constitucional capaz de franquear el paso al recurso de amparo?

Aunque probablemente no quepan aquí soluciones únicas, avanzo en todo caso mi opinión contraria.

a) *La doctrina correcta: un típico y simple asunto de responsabilidad civil de la Administración*

Primero porque no faltan precisamente las decisiones del propio Tribunal Constitucional que han censurado semejante planteamiento y cerrado en consecuencia el acceso a la vía de amparo a las demandas presentadas con el objeto principal de combatir la previa desestimación administrativa de una solicitud de indemnización patrimonial.

Tal es el caso señaladamente de la STC 209/1992, de 30 de noviembre, que declara inadmisibile el recurso de amparo intentado por el entonces recurrente para combatir la desestimación, primero administrativa, y más tarde judicial, de su solicitud de indemnización por los daños y perjuicios ocasionados a su reputación como consecuencia de una nota oficial difundida por el Gobierno Civil de Burgos y luego recogida por la prensa en la que se daba a conocer su detención como presunto implicado en un caso de secuestro; acusación de la que fue posteriormente absuelto.

En su demanda de amparo el recurrente denunció que esa nota del Gobierno Civil lesionó su derecho al honor (art. 18 CE) por contener una clara imputación

de hechos delictivos que más tarde resultó infundada y le hizo desmerecer en la consideración ajena. El Tribunal Constitucional, sin embargo, rechazó este planteamiento en un único fundamento. Observó que tanto en la vía administrativa como en el posterior proceso judicial *a quo* el recurrente se había limitado a ejercer una acción de daños y perjuicios y, por tanto, a plantear un posible caso de responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de la Administración, de manera que la lesión del derecho al honor no fue entonces objeto de ninguna discusión, ni administrativa ni judicial. Por esta razón la Sentencia concluyó que el recurrente no había agotado correctamente la vía judicial previa, según es siempre obligado con arreglo al artículo 50.1.b) LOTC, y declaró su recurso de amparo inadmisibile.

Pero es seguramente la STC 191/2001, de 1 de octubre, dictada a los pocos meses de la Sentencia constitucional que ahora nos ocupa y en un asunto, además, prácticamente idéntico, la que a mi modo de ver mejor acierta al rechazar el planteamiento constitucional de este tipo de pretensiones de contenido principalmente indemnizatorio.

En esa ocasión, en la que la demanda de amparo tiene su origen asimismo en la desestimación por silencio administrativo de reclamación de indemnización y reparación de daños por vulneración de los derechos fundamentales a la vida y a la intimidad e inviolabilidad del domicilio (arts. 15 y 18 CE), el Tribunal Constitucional declaró que lo único realmente discutido en el proceso judicial *a quo* había sido la supuesta desestimación por silencio de una reclamación de responsabilidad patrimonial, aunque «fundada en la pretendida vulneración de derechos fundamentales». Y advirtió también que «la naturaleza de [esa] solicitud no cambia por el hecho de que la petición concreta de la recurrente se extienda, además de al abono de una indemnización, al cierre de determinado local y a la toma de las medidas precisas para hacer frente la pretendida lesión de derechos fundamentales que motiva la reclamación».

Estas declaraciones constitucionales me parecen desde luego impecables y alertan ya sobre el giro, realmente copernicano, que supuso la STC 119/2001 en la doctrina del Tribunal y de la existencia de más de un *quid* inapropiado en el planteamiento del Pleno del Tribunal.

Pues, según yo lo entiendo, para declarar la responsabilidad patrimonial lo único que en rigor importa es determinar la existencia de un daño imputable a la Administración que el particular no tiene el deber jurídico de soportar. De modo principal porque el fundamento de cualquier reclamación de responsabilidad patrimonial es siempre único y el mismo: la existencia de una lesión imputable a la Administración, con independencia de que, además de determinar su responsabilidad civil extracontractual, la correspondiente conducta administrativa

integre también el supuesto de hecho otra norma de Derecho público. Lo que significa que, como con acierto observara ya la citada STC 191/2001, la naturaleza de la pretensión indemnizatoria no cambia porque la misma se funde en la supuesta vulneración de un derecho fundamental. Lamentablemente esta observación cayó en saco roto y el Tribunal Constitucional no la ha seguido nunca, según enseguida podrá comprobarse.

Para decir toda la verdad, de hecho, habría que añadir que la infracción de un derecho constitucional nada dice sobre la posibilidad de la condena al pago de la indemnización reclamada, que no exige, en efecto, la lesión de ningún derecho subjetivo, fundamental o no. Sencillamente porque, como muy bien probara Pantaleón Prieto, la función de la responsabilidad civil extracontractual no es restablecer la integridad de los derechos subjetivos supuestamente lesionados, sino pura y simplemente indemnizar el daño (9).

De modo congruente y al igual, pongo por caso, que indemnizar las lesiones personales causadas por un error médico no persigue restablecer el derecho a la integridad física del paciente lesionado (art. 15 CE), indemnizar los trastornos psíquicos o las obras de insonorización en la vivienda a causa del ruido no busca tampoco reponer ese pretendido derecho a la intimidad en el ámbito domiciliario del artículo 18 CE, sino pura y simplemente resarcir al perjudicado por los citados daños.

Si estas precisiones son correctas no hay duda entonces de que la invocación en este tipo de demandas contenciosas de los derechos fundamentales de los artículos 15 y 18 CE y la elección de la vía especial para la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales son una simple argucia procesal que sólo sirve en último término al propósito de forzar la puerta del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (10). Un intento, acaso comprensible, pero que, por las razones dichas, carece a mi modo de ver de justificación, como lo prueba, por otra parte, que no falten precisamente las sentencias que en idénticas circunstancias condenan civilmente a la Administración sin necesidad de recurrir a ningún fundamento constitucional (11).

(9) Fernando PANTALEÓN PRIETO ha combatido con su habitual agudeza la idea de que «no hay responsabilidad sin conducta ilícita»; cfr. *Comentario del Código Civil*, t. II, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, págs. 1971 y sigs. También últimamente, Luis DíEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial V. La responsabilidad civil extracontractual*, 1.^a ed., Cizur Menor (Navarra), Civitas-Thomson Reuters, 2011, págs. 55 y 298.

(10) *Vid.*, Joan EGEA FERNÁNDEZ, «Relevancia constitucional de las intrusiones por ruido...», cit., pág. 85.

(11) Fernando SIMÓN YARZA, *Medio ambiente y derechos fundamentales*, Madrid, Tribunal Constitucional-CEPC, 2012, págs. 349-350.

b) *Una doctrina de consecuencias explosivas*

Pero sobre todo, en segundo lugar, la STC 119/2001 es sumamente discutible porque la conclusión en que termina abre un ancho portillo por el que pueden colarse infinidad de pretensiones indemnizatorias. Tantas, de hecho, que el grueso de los supuestos característicos de responsabilidad patrimonial de la Administración por lesiones personales o muertes acabaría por tener acceso al recurso de amparo por la vía del derecho fundamental a la integridad física del artículo 15 CE.

Por atender sólo a los casos más cercanos al que ahora consideramos baste pensar, por ejemplo, en los accidentes de tráfico derivados de una deficiente señalización o del mal estado de la vía muchas veces denunciada por los usuarios; en el agravamiento de las enfermedades o muertes a consecuencia de la falta de camas o, en general, de medios técnicos y personales en los hospitales públicos, asimismo previa y repetidamente denunciada; en el derrumbe de un edificio en mal estado de conservación, muchas veces puesto de manifiesto ante las autoridades o, en fin, en la muerte de una mujer que con reiteración había denunciado a su agresor, sin ningún éxito.

A poco que se observe podrá verse que no se trata de simples hipótesis teóricas y que desgraciadamente supuestos de ese tipo menudean en la práctica. En estas condiciones la pregunta es si efectivamente ¿bastará también ahora con que la Administración no haya atendido la correspondiente denuncia para concluir que con su pasividad o inactividad vulneró el derecho fundamental a la integridad física del conductor accidentado, del paciente muerto, del viandante sepultado por el derrumbe o, en fin, de la mujer asesinada víctima de la violencia machista?

2. *La STC 37/2011, de 28 de marzo, y la confirmación del desconcierto*

Cuando escribía estas líneas pensaba desde luego que nadie defendería seriamente semejante conclusión y que el riesgo de intentar resolver problemas de simple responsabilidad civil a golpe de sentencia constitucional estaba acorralado en el asunto del ruido. Sin embargo, ha sido el propio Tribunal Constitucional (STC 37/2011, de 28 de marzo) el que para mi sorpresa ha desmentido ese pronóstico, dando una vuelta más de tuerca a todo este asunto, realmente inquietante a mi modo de ver, como podrá comprobarse a continuación.

Los antecedentes de la citada STC 37/2011 son bastantes simples y tiene su origen en la desestimación por los órganos de la jurisdicción civil de una demanda de indemnización por daños y perjuicios derivada de la prestación de asistencia sanitaria. A juicio del demandante, que a raíz de una intervención médica había sufrido la pérdida de funcionalidad en su mano derecha, esta lesión se produjo como consecuencia bien de una mala praxis médica, bien de la absoluta falta de información recibida sobre los posible riesgos de la intervención.

Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial en apelación rechazaron la pretensión de indemnización por considerar que no hubo culpa médica y que el incumplimiento del deber de información, aunque formalmente desatendido, no era, sin embargo, materialmente razón suficiente para justificar la indemnización pretendida dadas las circunstancias concurrentes y, en particular, teniendo en cuenta la urgencia de la intervención practicada y el hecho de que el demandante ya hubiera sido objeto años antes de otra intervención de igual naturaleza y por idéntico motivo.

Contra esta decisión judicial, y sin que en los antecedentes de la sentencia haya ningún rastro sobre que en la vía judicial previa se discutiera acerca de la lesión de algún derecho fundamental, el demandante interpuso recurso de amparo denunciando la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva, sin indefensión (art. 24.1 CE), en relación con los derechos a la integridad física (art. 15 CE) y a la libertad personal (art. 17.1 CE).

La sentencia, luego de razonar sobre el derecho del artículo 15 CE y de subrayar que toda intervención médica, dada su implícita posibilidad de afección a la integridad personal, deber ser consentida por el sujeto titular del derecho o estar constitucionalmente justificada, declara, siguiendo la pauta de los tratados y acuerdos internacionales y la jurisprudencia del TEDH en la materia, que «el consentimiento del paciente a cualquier intervención sobre su persona es algo inherente, entre otros, a su derecho fundamental a la integridad física» (FJ 5). Para de seguido afirmar que

[s]e trata de una facultad de autodeterminación que legitima al paciente, en uso de su autonomía de la voluntad, para decidir libremente sobre las medidas terapéuticas y tratamientos que puedan afectar a su integridad, escogiendo entre las distintas posibilidades, consintiendo su práctica o rechazándolas. Ésta es precisamente la manifestación más importante de los derechos fundamentales que pueden resultar afectados por una intervención médica: la de decidir libremente entre consentir el tratamiento o rehusarlo, posibilidad que ha sido admitida por el TEDH, aun cuando pudiera conducir a un resultado fatal (STEDH de 29 de abril de 2002, caso *Pretty c. Reino Unido*, § 63), y también por este Tribunal (STC 154/2002, de 18 de julio, FJ 9).

Ahora bien, para que esa facultad de consentir, de decidir sobre los actos médicos que afectan al sujeto pueda ejercerse con plena libertad, es imprescindible que el paciente cuente con la información médica adecuada sobre las medidas terapéuticas, pues sólo si dispone de dicha información podrá prestar libremente su consentimiento, eligiendo entre las opciones que se le presenten, o decidir, también con plena libertad, no autorizar los tratamientos o las intervenciones que se le propongan por los facultativos. De esta manera, el consentimiento y la información se manifiestan como dos derechos tan estrechamente imbricados que el ejercicio de uno depende de la previa correcta atención del otro, razón por la cual la privación de información no justificada equivale a la limitación o privación del propio derecho a decidir y consentir la actuación médica, afectando así al derecho a la integridad física del que ese consentimiento es manifestación.

Confieso que cuando leí por primera vez esta Sentencia me pareció bastante desconcertante. Ahora que, pasados ya algunos meses, he vuelto a hacerlo con algo más de detenimiento, debo decir que esta segunda lectura sólo ha servido para aumentar mi asombro y confirmar mi sensación de que el Tribunal Constitucional cae con demasiada facilidad en la trampa de utilizar técnicas y derechos constitucionales para resolver genuinos y simples problemas de responsabilidad civil extracontractual de la Administración.

Por lo pronto, según antes he observado, no hay constancia en la citada STC 37/2011 de que en el proceso judicial civil *a quo* el demandante denunciara entonces la infracción del artículo 15 CE como fundamento de su pretensión indemnizatoria. Lo único que consta es su esfuerzo por establecer la necesaria relación de causalidad entre los daños que denunciaba y la falta de información previa a la intervención médica. En estas circunstancias, la demanda de amparo promovida bien parece el último y desesperado intento del demandante por obtener en sede constitucional una indemnización que la jurisdicción ordinaria le había negado por dos veces con fundamento en el régimen legal de la responsabilidad civil extracontractual por actos médicos.

La Sentencia, que comienza por descartar la aplicación al caso del derecho fundamental del artículo 17 CE, también invocado en la demanda de amparo, admite, no obstante, el planteamiento jurídico-constitucional del recurrente y declara que el consentimiento informado forma efectivamente parte del derecho a la integridad física del artículo 15 CE.

Aunque esta declaración que abre el FJ 5 de la Sentencia es la conclusión de un largo razonamiento, repleto de citas de la propia jurisprudencia del Tribunal y de la doctrina del Tribunal Europeo de Derecho Humanos sobre el citado derecho fundamental a la integridad física o corporal, la misma resulta, a mi juicio, precipitada y es muy poco convincente.

Por señalar sólo ahora lo más notorio no se comprende muy bien por qué el incumplimiento injustificado del deber de informar al paciente sobre los riesgos de la correspondiente intervención médica determina la infracción del derecho a la integridad corporal del artículo 15 CE. Podría entenderlo, desde luego, si ese incumplimiento y la consecuente privación del consentimiento informado fueran en rigor la causa de la lesión física sufrida por el recurrente. Lo que, sin embargo, patentemente no es el caso, pues la pérdida de funcionalidad en su mano derecha es, eventualmente, pero todo lo más, consecuencia de la propia intervención médica y no, por supuesto, de la falta de información previa. Esto me parece elemental y no creo que precise en este momento de más añadidos.

Como también podría, en su caso, comprenderlo si lo que de verdad termina por censurar la Sentencia constitucional que ahora consideramos fuera la propia intervención médica y no, en cambio, su resultado lesivo. En otros términos, si para el Tribunal Constitucional el hecho de practicar cualquier intervención médica que no haya sido expresa o tácitamente consentida supone una vulneración del derecho a la integridad física del paciente, con independencia de su concreto resultado, satisfactorio o no.

De todas formas, para poder compartir esta hipótesis, la Sentencia debiera haber razonado sobre la envergadura de la intervención, pues, aun sin información previa, la propia doctrina constitucional prueba que no es jurídicamente indiferente realizar una intervención médica leve o inocua para la vida y la integridad física, que practicarla con peligro grave y cierto para la misma (SSTC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ ?; 5/2002, de 14 de enero, FJ 4, y 25/2005, de 14 de febrero, FJ 6). Como tampoco es lo mismo practicar una intervención corporal coactiva y, por tanto, en contra de la voluntad del interesado, que hacerlo sin su oposición expresa (SSTC 120/1992, de 27 de junio, FJ 8; 48/1996, de 25 de marzo, FJ 3; 234/1997, de 18 de diciembre, FJ 9, y 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 3).

Sin embargo, no me parece que ésa sea la forma de razonar que sigue la Sentencia. De hecho tengo la impresión de que su conclusión hubiese sido probablemente distinta si a consecuencia de la intervención médica el recurrente no hubiera padecido ninguna secuela física. Desde luego si esta impresión es certera la tentación entonces de pensar que el Tribunal Constitucional ha resuelto un genuino y simple problema de responsabilidad civil extracontractual me parece, en efecto, muy difícil de esquivar. Y este planteamiento me parece, en efecto, rigurosamente un error. Sencillamente, porque, como he advertido, la decisión administrativa y/o judicial sobre la correspondiente reclamación indemnizatoria no puede conducir nunca en un asunto de dimensión constitucio-

nal (salvo por la vía del art. 24.1 CE), por el simple hecho de que el derecho lesionado sea un derecho fundamental.

Incidentalmente, por último, aunque como ya he dicho no comparto la idea de que cada vez que se incumple sin ninguna justificación el deber de información médica previa se produce una vulneración del derecho a la integridad física, personalmente no tengo tan claro, sin embargo, que ese incumplimiento no arriesgue el derecho a la autodeterminación individual y, al cabo, el derecho a la libertad personal del artículo 17 CE, en relación con el libre desarrollo de la personalidad del artículo 10.1 CE.

Primero, porque si algo a simple vista compromete esa falta de información es precisamente la posibilidad del paciente de decidir libremente sobre el tratamiento prescrito y las opciones clínicas disponibles. Segundo, porque la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, al menos en media docena de veces, subraya precisamente el respeto a la autonomía de la voluntad y a la libertad individual de los pacientes como fundamento de la regulación que establece. Y tercero porque ésa es precisamente la idea que con absoluta normalidad maneja una consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo, tanto contenciosa como civil, y que en forma unánime tiene declarado que el incumplimiento del deber de información constituye «en sí misma o por sí sola una infracción de la *«lex artis»* que lesiona su derecho de autodeterminación al impedirle elegir con conocimiento y de acuerdo con sus propios intereses y preferencias entre las diversas opciones vitales que se le presentan», siempre y cuando naturalmente el resultado de la intervención sea desfavorable y no medie culpa médica (12).

Por estas razones llama la atención la facilidad con la que la Sentencia descarta que el incumplimiento del deber de información previa y la consecuente falta de consentimiento tenga en rigor algo que ver con el derecho a la libertad personal del artículo 17 CE. Para el Tribunal, en efecto, ese problema no encaja en el derecho fundamental del artículo 17 CE toda vez que, según reiterada doctrina constitucional,

«la libertad personal protegida por este precepto es la “libertad física”. La libertad frente a la detención, condena o internamientos arbitrarios, sin que pueda cobijarse en el mismo una libertad general de actuación o una libertad general de autodeterminación individual, pues esta clase de libertad, que es un valor su-

(12) La lista de Sentencias contenciosas que subrayan esa idea es, en efecto, larguísima. Sólo por atender a las más recientes, *vid.*, SSTS de 27 de diciembre, de 2 y 3 de enero de 2012 y de 26 de marzo de 2012. Del lado de la Sala 1.^a, entre otras muchas también, pueden verse las SSTS de 21 de octubre de 2005, 10 de mayo de 2006 y 30 de junio de 2009.

terior del ordenamiento jurídico —art. 1.1 de la Constitución—, sólo tiene la protección del recurso de amparo en aquellas concretas manifestaciones a las que la Constitución les concede la categoría de derechos fundamentales incluidos en el capítulo segundo de su título I, como son las libertades a que se refieren el propio artículo 17.1 y los artículos 16.1, 18.1, 19 y 20, entre otros; en esta línea, la STC 89/1987 distingue entre las manifestaciones de la multitud de actividades y relaciones vitales que la libertad hace posibles (o manifestaciones de la «libertad a secas») y «los derechos fundamentales que garantizan la libertad» pero que no tienen ni pueden tener como contenido concreto cada una de esas manifestaciones en su práctica, por importantes que sean éstas en la vida del individuo (STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 11)» (FJ 3) (13).

3. *La nueva y sorprendente dimensión positiva de los derechos fundamentales del artículo 18.1 y 2 CE y sus principales complicaciones*

Después de este largo rodeo por el artículo 15 CE y su ámbito de protección podemos volver de nuevo sobre el asunto del ruido que particularmente aquí nos interesa.

Según he tratado de demostrar, la STC 119/2001 que se comenta no sólo resuelve impropriadamente un simple problema de responsabilidad patrimonial de la Administración es que, además, y ya antes, el propio encuadramiento constitucional del ruido en los artículos 18.1 y 2 CE resulta técnicamente muy discutible. De hecho, es tan poco convincente que el propio Tribunal Constitucional es el primero en abandonarlo, como también luego podrá comprobarse.

(13) Probablemente esta declaración, que termina por negar que el derecho a la libertad personal comprenda el derecho a la autodeterminación positiva de la propia conducta individual y, en consecuencia, reduce el ámbito del derecho a la libertad personal a la protección frente a su privación policial o judicial y, por tanto, al campo estrictamente penal, sea constitucionalmente irreprochable (cfr. Jesús María CASAL HERNÁNDEZ, *Derecho a la libertad personal y diligencias policiales de identificación*, Madrid, CEC, 1998, en especial, págs. 240 y sigs.). De todas formas acaso hubiera merecido una explicación algo más detallada. De hecho no faltan precisamente autores que combaten esa concepción del artículo 17 CE. Por todos, *vid.* Joaquín GARCÍA MORILLO, *El derecho a la libertad personal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, y Luciano PAREJO ALFONSO, *Seguridad pública y policía administrativa de seguridad. Problemas de siempre y ahora para el deslinde, la decantación y la eficacia de una responsabilidad nuclear del estado administrativo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, en especial, págs. 28 y sigs. Como tampoco faltan en la propia doctrina constitucional las contradicciones que testimonia las dificultades que el Tribunal Constitucional ha tenido siempre para explicar satisfactoriamente el encaje constitucional de todas aquellas otras formas de incidencia en la libertad personal menos intensas y que no alcanzan el grado de privación de libertad física (SSTC 98/1986, de 10 de julio; 22/1988, de 18 de febrero, y 341/1993, de 18 de noviembre), o no tienen su origen en ninguna causa penal (STC 94/2003, de 19 de mayo, y 132/2010, de 2 de diciembre).

Como ya conocemos, en el presente asunto la cuestión consistía en dilucidar si la contaminación acústica de la vivienda de la demandante de amparo vulneró o no su derecho a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio que garantizan los artículos 18.1 y 2 CE. Una lesión que la STC 119/2001 acaba descartando al considerar que la recurrente no acreditó los daños que denunciaba.

Tengo por seguro que la contaminación acústica es un factor que cuando reúne determinada intensidad puede repercutir seriamente en la calidad de vida de los ciudadanos. Mucho más dudoso me parece, sin embargo, que el ruido pueda determinar la lesión del artículo 18.1 y 2 CE, según declaró la STC 119/2001, y todas la demás resoluciones judiciales que simplemente luego la han seguido.

Primero porque, como muy bien argumenta el Magistrado Aragón Reyes en el voto particular que formula a la citada STC 150/2011, de 29 de septiembre, el derecho frente al ruido o el derecho al silencio no encaja fácilmente en el artículo 18.1 y 2 CE, so pena de retorcer el significado de los conceptos de «intimidad» e «inviolabilidad del domicilio» (14). Y segundo porque el ruido inso-

(14) Para el citado Magistrado, en efecto, «afirmar [...] que el ruido ambiental puede lesionar los derechos a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE) y a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE), incurre en una grave error conceptual, pues implica una incorporación encubierta de nuevos derechos fundamentales a nuestro sistema constitucional (el “derecho frente al ruido” o “derecho al silencio”) o, cuando menos, una radical alteración del contenido de los derechos fundamentales reconocidos por los artículos 18.1 y 2 CE. En nuestra Constitución no existe un derecho fundamental a la “privacidad” (o a la protección a la vida privada) en sentido amplio, sino unos muy concretos derechos de objeto, pues, más delimitado sobre ámbitos precisos de esa privacidad (art. 18 CE). Tal derecho a la “privacidad” en sentido amplio, procedente del mundo anglosajón y en especial del Derecho de los Estados Unidos de América, es justamente el reconocido en el artículo 8.1 CEDH que, por ello, no puede identificarse por completo con nuestro artículo 18.1 y 2 CE.

En tal sentido, ha de advertirse que, por lo que se refiere al derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE), no cabe duda de que la pretensión del constituyente fue proteger el núcleo del derecho a la vida privada, es decir, la intimidad en sentido estricto (a diferencia del concepto amplio que se utiliza en el artículo 8.1 CEDH, y que corrobora el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su interpretación de este precepto). Tal entendimiento se deriva no sólo del propio término empleado en el artículo 18.1 CE (intimidad), sino que tiene una lógica conexión con otros preceptos constitucionales (así, en virtud del art. 20.4 CE, con las libertades de expresión e información). En cuanto al libre desarrollo de la personalidad (que se trae a colación como otro componente del derecho a la vida privada por la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el art. 8.1 CEDH) baste recordar que no se concibe en nuestra Constitución como un derecho fundamental, sino como un principio que se erige en uno de los fundamentos del orden constitucional (art. 10.1 CE).

A similares conclusiones cabe llegar en cuanto al derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE), cuyo contenido y alcance en nuestra Constitución es bastante más limitado que el derecho al respeto del domicilio contemplado en el artículo 8.1 CEDH y en la jurisprudencia del

portable si realmente compromete algún derecho es el derecho a la salud o, en sus manifestaciones más graves, pero todo lo más, el derecho fundamental a la integridad física y moral del artículo 15 CE, y que curiosamente, sin embargo, ha sido el primero en caer del razonamiento del Tribunal Constitucional (15).

Sea como fuere lo que desde luego ya no acabo de comprender muy bien es en qué forma la pretendida lesión de los artículos 18.1 y 2 CE puede resultar imputable a la Administración. Si se prefiere, por decirlo en términos de amparo constitucional, cómo la Administración, precisamente con su inactividad u omisión, puede vulnerar los derechos fundamentales del artículo 18 CE.

Podría entenderlo, y siempre además con las imprescindibles matizaciones que luego irán saliendo, si la Administración fuera la responsable directa de los ruidos (16). Sin embargo, en el asunto que consideramos, y es norma en la mayoría de los supuestos de demandas por ruido que resuelven los Tribunales, el causante directo de los ruidos no es la propia Administración sino un particular. Naturalmente, en estas condiciones, la única vía para poder reprochar a la Administración la lesión del derecho a «la intimidad personal y familiar en el ámbito domiciliario» es la de dotar al artículo 18.1 y 2 CE de una dimensión positiva (17), de modo que los mismos no sólo garantizan un ámbito de libertad, inmune a las intromisiones ilegítimas de terceros, sino que comprende y obliga también a los poderes públicos a adoptar las correspondientes medidas positivas que aseguren su protección.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos que interpreta este precepto. En nuestra Constitución se lesiona este derecho fundamental cuando se accede a la morada sin el consentimiento de su titular o sin autorización judicial (salvo el caso de delito flagrante). Es obvio que la entrada de ruidos o humos molestos pueden comprometer otros bienes jurídicos, como son el respeto a la salud o la expectativa de disfrutar de una vivienda digna, y muy especialmente la expectativa a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, pero es igualmente claro que tales bienes no constituyen en nuestro ordenamiento derechos fundamentales tutelables mediante recurso de amparo ante este Tribunal, sino principios rectores (arts. 43.1, 47 y 45.1 CE, respectivamente). Un razonamiento sobre el que el propio Magistrado ha vuelto a insistir en el voto particular que formula a la STC 150/2011.

(15) Este encuadramiento del asunto en el ámbito del derecho a la integridad física cuadra mejor, por otra parte, con las abundantes sentencias penales que condenan a los responsables de los ruidos por delitos o faltas de lesiones. *Vid.*, entre otras, Sentencia del TS de 16 de noviembre de 2009; Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 2 de enero de 2009, y Sentencias del TSJ de Galicia, de 26 de enero de 2006, y de 1 de febrero de 2007. Cfr., también, Fernando SIMÓN YARZA, *Medio ambiente y derechos fundamentales*, cit., pág. 251.

(16) La STS de 26 de noviembre de 2007 confirma, siguiendo la pauta marcada por la STC 119/2001, la responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento de Bilbao por los daños derivados del ruido causado por el servicio municipal de limpieza nocturno.

(17) Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos*, Madrid, CEC, 2006, págs.

Como he recordado, así efectivamente lo declara la STC 119/2001 cuando advierte que el derecho a la intimidad domiciliaria tiene asimismo una dimensión positiva, «en relación con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), orientada a la plena efectividad de los mismos», que obliga a los poderes públicos a adoptar las medidas oportunas a fin de asegurar su protección no sólo frente a las citadas intromisiones, sino también «frente a los riesgos que puedan surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada».

Aunque esta declaración constitucional facilita el camino que conduce a la condena de la Administración por vulneración del artículo 18.1 y 2 CE, suscita, sin embargo, de inmediato varios y serios interrogantes.

Por lo pronto, las referencias «al libre desarrollo de la personalidad, orientada a la plena efectividad de los derechos del artículo 18 CE», o a la necesidad de extender la protección constitucional de la intimidad «frente a los riesgos de una sociedad tecnológicamente avanzada» no son nada fáciles de comprender.

En el primer caso porque, como muy bien ha notado Jiménez Campo, el libre desarrollo de la personalidad que protege la Constitución es «aquel del que es responsable el individuo, no el Estado», so pena de convertir a los poderes públicos en responsables de la felicidad de los ciudadanos (18). Y en el segundo porque esa otra expresión, que según mis cuentas está tomada de la STC 142/1993, de 22 de abril (19), está pensada originariamente para explicar la necesidad de proteger la intimidad que garantiza la Constitución frente al uso ilegítimo de las nuevas tecnologías de la información y las formidables posibilidades de invasión en la esfera privada que ofrecen. Y obviamente el ruido (al igual que los malos olores o los humos) nada o muy poco tiene de tecnológico ni, menos aún, de nuevo (20).

De otra parte, la indicación a los poderes públicos para que adopten las medidas oportunas tampoco se explica fácilmente. Sin apurar demasiado se me ocurren media docena al menos de interrogantes: ¿a qué poderes públicos llama la Sentencia a intervenir positivamente para impedir que los derechos del artículo 18 CE sean meramente ilusorios? ¿Al legislativo o también al adminis-

(18) Javier JIMÉNEZ CAMPO, «Artículo 10.1 CE», en *Comentarios a la Constitución española...*, cit., págs. 189-190.

(19) Con la citada mención a los riesgos en una «sociedad tecnológicamente avanzada» la STC 142/1993 alude en rigor a la denominada «teoría del mosaico», que refiere el riesgo de que a través del estudio sistemático de datos en principio inocuos para la intimidad de una persona «puede llegarse a reconstruir el desarrollo de su vida íntima en el sentido constitucional del término» (FJ 8).

(20) Raúl CANOSA USERA, «Pretensiones ambientales en amparo constitucional...», cit., pág. 698.

trativo? Y en el caso de la Administración, que es la que termina siempre por cargar con el reproche judicial, ¿cuándo la Administración con su inactividad vulnera el contenido positivo del artículo 18.1 y 2 CE? ¿Cuál es el criterio constitucional de control? ¿La norma que habilita la intervención administrativa para hacer frente al ruido o el éxito de las medidas adoptadas por el Ayuntamiento? La STC 119/2001, que se comenta, nada o muy poco dice, sin embargo, sobre estos interrogantes.

De todas formas antes que reparar en este silencio de la STC 119/2001, y sobre el que más adelante volveré, me importa sobre todo advertir que, al cargar sobre los poderes públicos y, en particular, sobre la Administración el deber positivo de proteger y garantizar ese derecho fundamental a la intimidad domiciliaria, el Tribunal Constitucional no sólo obliga a fijarse en el comportamiento administrativo, sino que ha modificado también la naturaleza de los derechos fundamentales del artículo 18.1 y 2 CE, que, en consecuencia, han dejado de ser ya derechos exclusivamente de libertad negativa de los ciudadanos para convertirse ahora en derechos con un contenido prestacional y, por consiguiente, de responsabilidad del Estado (21).

De modo congruente, en esa dimensión positiva los derechos fundamentales del artículo 18.1 y 2 CE no son ya derechos ejercitables sin más y directamente a partir de la Constitución, ni siquiera tampoco garantizan un derecho absoluto e incondicionado a disfrutar de la intimidad personal y familiar en el

(21) De acuerdo con una consolidada y unánime doctrina constitucional, que compendia entre otras la STC 196/2004, de 15 de noviembre, «el artículo 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 [...]. 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 [...] 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» (FJ 2).

Por su parte, según es igualmente consolidada doctrina constitucional (por todas, STC 209/2007, de 24 de septiembre), «la inviolabilidad domiciliaria [que garantiza el artículo 18.2 CE], como derecho, corresponde individualmente a cada uno de los que moran en el domicilio [...]». El ejercicio del derecho, de contenido «fundamentalmente negativo», consiste en el ejercicio de la facultad de exclusión que conforma su contenido, esto es, de la «facultad del titular de excluir a otros de ese ámbito espacial reservado, de impedir o prohibir la entrada o la permanencia en él de cualquier persona y, específicamente, de la autoridad pública para la práctica de un registro. No en vano la Constitución se refiere al derecho a la inviolabilidad del domicilio como preservación de un determinado espacio (“el domicilio es inviolable”) y configura su garantía esencial a través de la interdicción de toda entrada en el mismo que no sea consentida por su titular o autorizada judicialmente, “salvo en caso de flagrante delito” (art. 18.2 CE)».

ámbito domiciliario frente a las intromisiones no consentidas, sino simplemente un derecho de configuración legal y cuyo contenido y concretas condiciones de ejercicio corresponde fijar, según es norma en este tipo de derechos, primariamente al legislador (22) atendiendo, como también acostumbra a decir el propio Tribunal Constitucional, «a los intereses públicos y privados implicados y a las concretas disponibilidades presupuestarias» (por todas, STC 16/1994, de 20 de enero, FJ 3).

Personalmente tengo la impresión de que el Tribunal cuando subraya la dimensión positiva de los derechos fundamentales del artículo 18.1 y 2 CE lo hace sin apenas pararse y, en todo caso, sin reparar en las consecuencias de semejante declaración. Unas implicaciones, como ha de verse, nada despreciables, que sugieren nuevas y serias complicaciones y que finalmente dejan en bastante mal lugar al propio Tribunal.

Para empezar, ese encuadramiento constitucional del ruido en el artículo 18 CE apunta directamente al legislador para que sea precisamente la ley formal la que, con respeto a su contenido esencial, regule su ejercicio (art. 53.1 CE) (23). Incluso, para ser rigurosos, habría que añadir también que no cualquier legislador, sino que, según esa nueva concepción, sería el Estado el único competente para, en ejercicio de su potestad normativa *ex* artículo 81 CE o, en su caso, pero cuando menos, de la competencia exclusiva que le atribuye el artículo 149.1.1 CE, regular sus facultades elementales, sus límites esenciales y, en suma, los requisitos y las condiciones básicas del ejercicio de este nuevo derecho a la intimidad personal en el ámbito domiciliario, como gusta de decir el Tribunal Constitucional (24).

De todas formas la citada declaración constitucional resulta tan sorprendente y está además tan poco justificada que no resulta nada fácil de compartir.

(22) Como recientemente ha recordado Fernando SIMÓN YARZA, *Medio ambiente y derechos fundamentales*, cit., págs. 156 y sigs., que las obligaciones de protección de los derechos fundamentales tienen como primer destinatario al legislador es algo que, por obvio y unánime, apenas requiere efectivamente de explicación.

(23) Sobre las relaciones entre derechos fundamentales y la ley pueden consultarse, Javier JIMÉNEZ CAMPO, *Derechos fundamentales: concepto y garantías*, Madrid, Trotta, 1999; Margarita BELADÍEZ ROJO, «La vinculación de la Administración al Derecho», *RAP*, núm. 153 (2000), págs. 315 y sigs; Luis María Díez-PICAZO, *Sistema de Derechos Fundamentales*, 2.^a ed., Cizur Menor (Navarra), Thomson-Civitas (2005), págs. 99 y sigs.; Manuel MEDINA GUERRERO, «Artículo 53.1 CE», en *Comentarios a la Constitución española...*, cit., págs. 1158 y sigs., y Fernando SIMÓN YARZA, *Medio ambiente y derechos fundamentales*, cit., en especial, págs. 174 y sigs.

(24) La posible vulneración del artículo 81 CE por este motivo ya ha llegado a la jurisprudencia contenciosa, aunque lamentablemente, como prueba la STSJ de Madrid, de 5 de mayo de 2011, sin apenas dejar rastro.

De hecho no la ha seguido el legislador estatal, según lo certifica la disposición final primera de la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido, cuando precisa que «esta Ley se dicta al amparo de las competencias exclusivas que al Estado otorga el artículo 149.1.16 y 23 de la Constitución, en materia de bases y coordinación general de la sanidad y de legislación básica sobre protección del medio ambiente».

Como tampoco, por su parte, lo ha hecho ninguno de los Legisladores autonómicos que hasta la fecha han mediado en este asunto del ruido (25), y que comparten, con pequeñas variantes, el citado encuadramiento competencial del Estado. Todas, en efecto, comenzando por la pionera Ley 7/1997 de Galicia, hasta la más reciente Ley 7/2010, de Aragón, pasando por la Ley 16/2002, de Cataluña, comienzan por declarar, en expresión poco menos que normalizada, que la respectiva Ley se dicta en el marco de la legislación básica del Estado, en ejercicio de la competencia autonómica de desarrollo legislativo y de ejecución en materia de protección del medio ambiente y de establecer normas adicionales de protección en los términos del artículo 149.1.23.^a CE.

Pero, sobre todo, esa declaración constitucional acerca de la dimensión positiva de los derechos fundamentales del artículo 18.1 y 2 CE, pone de manifiesto la forma realmente curiosa de razonar que tiene el Tribunal y que, según yo lo veo, confirma definitivamente la debilidad de esta doctrina constitucional. La reciente STC 150/2011, de 29 de septiembre, que sigue naturalmente los pasos de la STC 119/2001, testimonia muy bien lo dicho ahora.

La cuestión a resolver en este otro caso es idéntica a la resuelta diez años antes por el Tribunal, que debe igualmente decidir ahora si el Ayuntamiento de Valencia, con su pasividad frente a los ruidos nocturnos, vulneró el derecho del demandante de amparo a la intimidad domiciliaria (art. 18.1 y 2 CE).

Sorprendentemente el Tribunal, para dilucidar ese extremo, no se fija sin embargo, como desde luego sería lo normal, habida cuenta la dimensión positiva de la que parte su razonamiento, en el contenido, condiciones y requisitos del ejercicio del derecho a la intimidad domiciliaria, según en su caso hubiera sido configurado por el legislador, sea el estatal o incluso el autonómico (Ley 7/2002, de 3 de diciembre, de protección contra la contaminación acústica de la Comunidad Valenciana). Ni siquiera atiende tampoco directamente a las nor-

(25) Cfr. Ley 7/1997, de 11 de agosto, de protección contra la contaminación acústica de Galicia; Ley 16/2002, de 28 de junio, de protección contra la contaminación acústica de Cataluña; Ley 7/2002, de 3 de diciembre, de protección contra la contaminación acústica de la Comunidad Valenciana; Ley 1/2007, de 16 de marzo, contra la contaminación acústica de las Islas Baleares; Ley 5/2009, de 4 de junio, del ruido, de Castilla y León, y Ley 7/2010, de 18 de noviembre, de protección contra la contaminación acústica de Aragón.

mas municipales aprobadas por el propio Ayuntamiento demandado para hacer frente al ruido y perfilar de ese modo algo mejor el contenido de ese pretendido «derecho al silencio». Para el Tribunal Constitucional lo único que de verdad cuenta es el grado de tolerancia administrativa con el incumplimiento reiterado de las normas de aplicación, y supuesta, por tanto, la idea de que para poder concluir que la Administración vulneró el derecho a «la intimidad domiciliaria» del artículo 8.1 y 2 CE basta, una vez comprobada la realidad del ruido denunciado, con probar que la Administración no proporcionó la oportuna y obligada protección.

Por esta razón, y una vez advertido que en el supuesto considerado el Ayuntamiento no permaneció inactivo frente al incumplimiento reiterado del régimen especial de protección establecido por la propia Corporación municipal, la STC 150/2011 concluye que la lesión constitucional denunciada no puede ser imputada al Ayuntamiento demandado, remachando de este modo su decisión de desestimar el recurso de amparo promovido. Una conclusión que la Sentencia razona en los siguientes términos:

«Estas circunstancias fácticas ponen de relieve que en el supuesto de hecho que enjuicamos, aun en la hipótesis de que se hubiese acreditado una afectación a la salud o a la intimidad personal o familiar del actor, ésta no sería imputable al Ayuntamiento de Valencia en la medida en que el demandante no ha acreditado que el exceso sonoro sea consecuencia de una omisión imputable a la corporación municipal, limitándose a presentar testimonio de diversas denuncias, a su juicio desatendidas, interpuestas por otros vecinos. Por el contrario, de los antecedentes de hecho se desprende que, entre la fecha de aprobación de la declaración de zona acústicamente saturada y la de interposición de la reclamación de responsabilidad patrimonial por el actor, la corporación municipal no sólo desarrolló una actividad inspectora y sancionadora relevante sobre los establecimientos de ocio nocturno que ha conducido a la apertura de más de cuatrocientos expedientes sancionadores y a la imposición tanto de cuantiosas sanciones económicas como de cincuenta sanciones de suspensión de licencia, todo ello para una cifra de ochenta establecimientos abiertos al público al inicio del período, sino que, además, no autorizó ninguna nueva actividad, desapareciendo incluso alguna de las existentes» (FJ 9).

A poco que se observe bien, se ve lo dicho. Para el Tribunal lo realmente decisivo en este tipo de asuntos es comprobar el comportamiento administrativo frente al incumplimiento de las correspondientes normas en materia de ruido. De modo congruente, si el Ayuntamiento demuestra que ha ejercido su potestad sancionadora con diligencia, el mismo no será responsable de los ruidos

denunciados. En otro caso, naturalmente, la conclusión habrá de ser justo la contraria.

4. *Inactividad administrativa y derecho a la intimidad domiciliaria.*
Un enfoque equivocado

Aunque esta forma de razonar cubre parcialmente el déficit de argumentación visible en la STC 119/2001 acerca del comportamiento administrativo, que es un elemento esencial en el discurso del Tribunal, sólo sirve, sin embargo, para descubrir sus propias miserias. Pues, si bien se mira, al fijarse en la beligerancia de la Administración frente al ruido denunciado, el Tribunal atiende exclusivamente a la fase ejecutiva de las medidas legales o reglamentarias ideadas por el Legislador o por el propio Ayuntamiento para combatir el ruido. Lo que, a fin de cuentas, pone paladinamente de relieve que para el Tribunal la dimensión positiva y, por tanto, la obligación de protección del «derecho al silencio» no apunta al legislador, sino que mira principalmente a la Administración y se mide, además, en función del número de expedientes abiertos y de sanciones impuestas. Y naturalmente esto me parece que es ya harina de otro costal.

No es sólo ya la dificultad de determinar cuántos granos hacen un montón y, por tanto, la cuestión de cómo comprobar, como dice la citada STC 150/2011 (FJ 9), «la ausencia de esfuerzos adecuados por parte de la autoridad pública orientados a preservar el ámbito propio de los derechos fundamentales [del art. 18.1 y 2 CE]». Ni siquiera es que, en esas condiciones, el canon de control constitucional pierda densidad jurídica para dar entrada a juicios sobre la eficacia administrativa en la lucha contra el ruido o, si se prefiere, para convertir el deber de protección en una obligación de máximos y sancionar, poco menos, que la existencia de un derecho absoluto al silencio (26). Como tampoco, en fin, y ya antes, es que esa comprobación sea propia del proceso causal que es característico de la responsabilidad patrimonial.

Es sobre todo que, con arreglo a esta doctrina, la actividad de los poderes públicos que reclama la vertiente positiva de los derechos fundamentales del

(26) En este sentido Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, comentando precisamente la STC 119/2001, subraya que, con independencia de que el Ayuntamiento tomara algunas medidas, que no se discute, «el único resultado cierto es que el problema no se resolvía [...], pues las eventuales medidas adoptadas ni resultaron eficaces ni suficientes [...] En suma, que la contaminación acústica seguía siendo una realidad lacerante (en «El ruido: reciente respuesta legal y jurisprudencial», cit., pág. 26).

artículo 18.1 y 2 CE se resume finalmente en la idea de que la Administración haga cumplir las normas. Y esta exigencia, como es elemental, nada tiene de original en nuestro ordenamiento administrativo ni, por consiguiente, puede servir tampoco para enjuiciar constitucionalmente el cumplimiento o no de las obligaciones positivas que, en el criterio del Tribunal Constitucional, impone el respeto al derecho fundamental a la intimidad en el ámbito domiciliario, so pena de confundir la parte con el todo e ignorar el margen de libre configuración del legislador. Salvo naturalmente que se quiera atajar por la calle de en medio y constitucionalizar *ex* artículo 18 CE todas las normas sobre actividades clasificadas.

En cualquier caso, si del cumplimiento de normas quisiera, no obstante, hablarse (27), me parece claro que la Administración no puede resultar responsable cada vez que se incumple una norma de Derecho público y la Administración incumple sus potestades de inspección y sanción de la correspondiente actividad privada. Pues, dogmas aparte, no hay desde luego Administración, ni siquiera la más atenta y escrupulosa, capaz de corregir puntualmente los incontables incumplimientos que diariamente se producen. Entre otras razones, como bien ha explicado Nieto, por culpa de un ordenamiento administrativo tan repleto de infracciones y sanciones que ha acabado por desarmar a la propia Administración, que resignadamente debe tolerar el grueso de los incumplimientos que observa (28). Me parece que ésta es una precisión de puro sentido común, imposible de pasar por alto y sobre la que el Tribunal Constitucional debiera haberse parado un momento antes de lanzarse en brazos de los perjudicados.

Resulta de hecho una doctrina constitucional tan poco calibrada y desorbitada a mi juicio que, por esa vía, todos los derechos fundamentales acabarían por tener también una dimensión positiva, toda vez que no es fácil de imaginar un derecho sobre el que directa o indirectamente no incida algún tipo de norma, cuya observancia no corresponda vigilar a la Administración.

Por lo mismo, y siguiendo ese mismo planteamiento, ¿debe en consecuencia responder la Administración *ex* artículo 18 CE por las expresiones lesivas del honor vertidas en una emisora de radio clandestina, simplemente porque no impidió su apertura ni acordó su cierre? ¿Debe hacerlo igualmente *ex* artículo 15 CE por las lesiones o muertes producidas a causa del derrumbe de un

(27) Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO en «El medio ambiente sonoro», cit., pág. 489, concluye, tras criticar severamente la pasividad de los Ayuntamientos, que «no se trata de un problema de dotaciones, sino de la mera voluntad política de catar o no acatar la ley».

(28) Alejandro NIETO, *Derecho Administrativo Sancionador*, 5.ª ed., Madrid, Tecnos, 2012, en especial págs. 26 y sigs.

andamio instalado en la vía pública sin cumplir las correspondientes normas de seguridad? O, en fin, ¿debe responder, ahora *ex* artículo 16 CE, por los daños morales causados a un niño judío como consecuencia de la reiterada exposición de ideas antisemitas por su profesor? Aunque los ejemplos pueden fácilmente multiplicarse sirvan, no obstante, estos pequeños botones de muestra para probar que en este asunto del ruido existe efectivamente más un cabo suelto que convendría atar mucho mejor.

Sin salir del asunto del ruido una consecuencia más, asimismo preocupante, deriva de esta doctrina del Tribunal. Importa notar que, siguiendo su propio razonamiento, si los ruidos fueran causados por actividades privadas frente a las que la Administración carece de potestades de intervención, la posibilidad de acabar censurando su inactividad *ex* artículo 18 CE se reducirían considerablemente. Lo que positivamente significa que con la intervención administrativa crecen también las probabilidades de que la propia Administración, ya sea por falta de medios o por simple tolerancia, desatienda el ejercicio de sus potestades de inspección y sanción, y en consecuencia acabe vulnerando el 18 CE.

De apurar ahora este planteamiento llegaríamos además a un resultado ciertamente paradójico. La protección frente al ruido que el Tribunal ha otorgado por la vía del artículo 18.1 y 2 CE puede acabar precisamente con la lucha frente al ruido que dice defender, pues no hay duda que, en el estado actual de la jurisprudencia, la Administración, comenzando por los Ayuntamientos, no tendría ningún interés en intervenir en este asunto y, menos aún, en aprobar ordenanzas específicas de lucha contra el ruido o, en fin, en acordar la declaración de zonas acústicamente saturadas (29), pues a la postre los Ayuntamientos saben muy bien que esas medidas pueden volverse en su contra y servir para acabar arruinándolos a golpe de condenas indemnizatorias.

Sea como fuere, debe insistirse en que la clave constitucional en este tipo de asuntos no está ni puede estar en el comportamiento de la Administración frente a los incumplimientos de las normas en materia de ruido que detecta ni,

(29) La STS de 12 de marzo de 2007 estima el recurso interpuesto por unos vecinos de Valencia contra la desestimación municipal por silencio de su petición de incoación de expediente para la declaración de una zona como «zona acústicamente saturada», con el siguiente argumento: «la adecuada protección de los derechos fundamentales que invocan los recurrentes no exige que el Ayuntamiento adopte precisamente las medidas o iniciativas que éstos soliciten para combatir los ruidos excesivos; pero si los interesados reclaman que se inicie un procedimiento específicamente previsto en la normativa municipal —el expediente para la declaración de zona acústicamente saturada— y esa petición viene respaldada por datos y mediciones que, al menos en principio, indican la procedencia de tal iniciativa, la respuesta negativa del Ayuntamiento, mediante el silencio, sin ofrecer explicación alguna que justifique la denegación, debe considerarse vulneradora de aquellos derechos fundamentales».

menos aún, en el número y eficacia de las sanciones que decide imponer por ese motivo. A mi modo de ver, si el Tribunal Constitucional quiere ser de verdad congruente con su planteamiento, me parece que la única forma que tiene para poder determinar en cada caso si la Administración respetó o no el derecho fundamental a la intimidad en el ámbito domiciliario es atender a su desarrollo legislativo. Y en este ámbito me parece que todavía queda mucho por hacer.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

La STC 119/2001 ha cumplido ya diez años. Lo que me ha parecido una buena ocasión para hacer algo de balance y comprobar qué ha sido de su doctrina. Como he tratado de demostrar, sus conclusiones y, en particular, el encuadramiento del asunto del ruido en el ámbito protegido por el artículo 18.1 y 2 CE ha hecho ciertamente fortuna entre nosotros y hoy se cuentan por decenas las sentencias contenciosas que condenan a la Administración pública a indemnizar por vulneración del derecho a la intimidad en el ámbito domiciliario. Y todo, además, según ha podido verse, sin apenas levantar sospechas y en un proceso que se renueva a cada paso, según testimonian las más modernas STC 150/2011, de 29 de septiembre, y STEDH, de 18 de octubre de 2011 (*asunto Martínez Martínez c. España*) y a las que luego han seguido entre otras muchas las sentencias del TSJ de Cantabria, de 27 de noviembre de 2013, y del TSJ de Valencia, de 23 de octubre de 2013.

En mi opinión, esa conclusión es, sin embargo, bastante discutible y prueba hasta qué punto el Tribunal Constitucional desenfoca este asunto, acercándolo como también he tratado de probar a un simple problema de responsabilidad patrimonial de la Administración. Pues aun cuando su doctrina toma pie en los derechos fundamentales del artículo 18.1 y 2 CE, para resolver la cuestión el Tribunal, y con él los Jueces y Tribunales contenciosos, acaban utilizando, no obstante, técnicas y reglas propias de la responsabilidad civil, que dejan al descubierto su propio planteamiento. Se produce de este modo una «*desconstitucionalización*» de los citados derechos fundamentales o, lo que es lo mismo, una «*constitucionalización*» puramente instrumental de esa jurisprudencia, con consecuencias nada despreciables. Pues no sólo supone «una expansión sin límites discernibles» (30) de los citados derechos fundamentales, que rápidamente además se ha contagiado a otros derechos fundamentales en un proceso

(30) Javier JIMÉNEZ CAMPO, «Artículo 10.1 CE», en *Comentarios a la Constitución española*, cit., pág. 191.

mimético realmente preocupante (31), sino que coloca también a los poderes públicos, con la Administración a la cabeza, en una posición incierta, por ausencia de criterios seguros con el que medir su intervención. Y, lo que seguramente es más llamativo y grave: convierte al Tribunal en juez ordinario de las reclamaciones de responsabilidad civil, según lo certifica la citada STC 150/2011.

Es de esperar, en consecuencia, que el Tribunal Constitucional rectifique pronto esta doctrina a la primera ocasión propicia y deshaga buena parte de los lamentables entuertos que ha generado, desgraciadamente sin darse mucha cuenta. Aunque ello no sea desde una tarea sencilla y para hacerlo deba vencer no pocas resistencias, comenzando por matizar la doctrina del TEDH, y deba, en consecuencia, hacer mucho más ruido del que hasta ahora ha hecho.

(31) En la doctrina constitucional la citada explicación ha pasado con total naturalidad del artículo 18 CE al 15 CE y, por lo mismo, es utilizada hoy sin ninguna matización para enjuiciar la posible lesión del derecho a la integridad física y moral del trabajador al que la empresa le denegó una prórroga de licencia por enfermedad (STC 220/2005, de 12 de septiembre); de la funcionaria embarazada a la que la Administración le rechazó el cambio a un puesto de trabajo más seguro (STC 62/2007, de 27 de marzo) o, en fin, de la empleada obligada a trabajar bajo la dependencia de un jefe al que previamente había denunciado (STC 160/2007, de 2 de julio).