

¿HAY UN DERECHO FUNDAMENTAL AL SILENCIO? SOBRE LOS LÍMITES DEL ARTÍCULO 10.2 CE

FRANCISCO JAVIER MATIA PORTILLA

1. ¿QUÉ HA PASADO HASTA LA STC 150/2011?: 1.1. *Desde 1978 hasta 1994. El alcance de los derechos fundamentales a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio.* 1.2. *El derecho a la vida privada del Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 8). Su interpretación auténtica.* 1.3. *La asunción de la jurisprudencia descrita por parte del Tribunal Constitucional: las SSTC 119/2001 y 16/2004.* 1.4. *La STEDH Moreno Gómez y la jurisprudencia posterior.*—2. LA SENTENCIA 150/2011: 2.1. *Los hechos enjuiciados.* 2.2. *La posición de la mayoría.* 2.3. *El Voto discrepante.* 2.4. *El Voto concordante.*—3. UNA VALORACIÓN CRÍTICA SOBRE LA STC 150/2011: 3.1. *No hay un derecho constitucional a la vida privada. El alcance limitado del artículo 10.2 CE.* 3.2. *El Pleno se separa de doctrina fijada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una nueva condena a la vista.* 3.3. *La estimación de oficio de una queja no planteada por la parte: ¿es posible un amparo preventivo?*

1. ¿QUÉ HA PASADO HASTA LA STC 150/2011?

1.1. *Desde 1978 hasta 1994. El alcance de los derechos fundamentales a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio.*

Nuestra Constitución consagra distintos derechos fundamentales y recoge también diversos principios rectores (normas que no consagran derechos constitucionales). Nos interesa recordar, entre los primeros, los derechos a la integridad física y moral (art. 15), a la intimidad (art. 18.1 CE) y a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE). Entre los principios rectores que guardan relación con el ruido merecen ser traídos a colación los referidos a la protección de la salud (art. 43.1 CE), a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de

la persona (art. 45.1 CE) y a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE). Esta cita normativa debe incluir también, finalmente, la muy importante referencia a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad contenida en el artículo 10.1 CE, que, junto con otras materias, «son fundamento del orden político y de la paz social».

De todos los preceptos constitucionales citados tiene especial interés recordar los términos empleados en los dos primeros apartados del artículo 18 CE: intimidad e inviolabilidad del domicilio. Son dos expresiones distintas a las manejadas en el artículo 8 del Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales (CEDH, en adelante), hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950. El encabezado de este precepto reza «Derecho al respeto a la vida privada y familiar». Y se afirma, en su apartado primero, que «Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia».

La primera pregunta que puede suscitarse es si intimidad y vida privada son nociones análogas. Un examen detenido de la génesis de uno y otro derecho nos llevaría a concluir que no es así. La vida privada se incluye en el Convenio Europeo por influencia del Derecho norteamericano en el que alcanza una gran relevancia el derecho a la privacidad (*right to privacy*), derecho que se inscribe en una visión extremadamente liberal de los derechos humanos que nunca se instaló en el continente europeo.

Un estudio histórico de la noción de intimidad se ha realizado por el autor de estas líneas en «La protection de l'intimité», *Annuaire International de Droit Constitutionnel*, XVIII (2002).

El derecho norteamericano a la *privacy* presenta hoy una doble dimensión fácil de acreditar.

De un lado, en un primer momento, se pretende sustraer al conocimiento de los terceros los aspectos más íntimos de la persona. Esta primera visión de la *privacy* es muy similar a nuestra idea, cultural y constitucional, de intimidad. El derecho se concibe, fundamentalmente, como un derecho de libertad o derecho resistencia, en el que se espera un respeto por parte los terceros hacia aquellos aspectos que son considerados, socialmente, íntimos. Una de las mejores definiciones de este derecho es la debida al Juez Cooley, que lo concibe como el derecho «a ser dejado solo» (*the right to be let alone*), expresión que suele traducirse entre nosotros como el derecho a ser dejado en paz. El respeto de la intimidad es consustancial a la dignidad de la persona (STC 89/2006, de 27 de marzo). Casi toda la jurisprudencia constitucional en España hace referencia a esta visión de la intimidad.

La primera y muy celebre aportación doctrinal al derecho a la privacidad es la contenida en el magnífico estudio norteamericano de Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis «The right to privacy», publicado en la *Harvard Law Review*, en diciembre de 1890, págs. 193-220. La decisión de Benigno Pendás de que la traducción al castellano de la obra (realizada por Pilar Baselga) se intitule como *El derecho a la intimidad* (Madrid, Civitas, 1995) es plenamente acertada, puesto que la obra alude a esa visión clásica, a ese núcleo, de la vida privada. La intimidad asegura, en nuestro país, «la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura para mantener una calidad mínima de la vida humana» (SSTC 231/1988/3, de 1 de diciembre; 57/1994/5, de 28 de febrero; 70/2002/10, de 3 de abril; 233/2005/4, de 26 de septiembre, entre otras muchas). Se configura, así, como un derecho al secreto, a ser desconocido. Un resumen completo de la jurisprudencia constitucional sobre este derecho fundamental se puede consultar en «Derecho a la intimidad». En Aragón Reyes, Manuel, y Aguado Renedo, César (dirs.): *Derechos fundamentales y su protección*, Pamplona, Thomson Reuters, 2011.

La intimidad, como bien jurídico protegido, también se ve asegurada a través del derecho a la inviolabilidad del domicilio (SSTC 22/1984/5, 137/1985/6, 144/1987/2, 76/1992/3a, 50/1995/5, 133/1995/4, 10/2002/5, 189/2004/2, etc.), que veda cualquier entrada ilegítima de otra persona en el reducto sagrado que constituye la morada. El allanamiento de morada supone la violación del bien jurídico intimidad (presunción *iuris et de iure*), sin que sea preciso acreditar una lesión efectiva en dicho bien.

Estas afirmaciones han sido justificadas con mayor detalle en *El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, y, más recientemente, en «El derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio en el Derecho español», *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, núm. 3 (2010). Aunque el derecho fundamental se ve cuestionado solo y exclusivamente cuando una persona accede a una morada ajena, el Tribunal Constitucional ha entendido que dicha violación puede igualmente producirse «por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos» (SSTC 22/1984/5, 10/2002/5, 22/2003/3 y 189/2004/4).

Pocas dudas caben, pues, de la conexión histórica entre el derecho a la intimidad, la protección de la inviolabilidad del domicilio y la garantía penal que supone la previsión de un delito de allanamiento de morada.

La segunda dimensión de la *privacy* o de la vida privada tiene una naturaleza bien distinta. Guarda especial relación con el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Es un derecho de contenido positivo, en cuanto que, además

de garantizar la no injerencia estatal en ese ámbito de reserva personal, también obliga a los poderes públicos a que, mediante determinadas actuaciones, coadyuven al disfrute por las personas de ese ámbito de reserva, que les permita desenvolverse libremente. Esta visión de la *privacy* se desarrolla, como es lógico, en una sociedad marcada por un profundo individualismo y por un sentido liberalismo, como es la norteamericana. Por poner un claro ejemplificador, el derecho al aborto se estudia, en el marco del Derecho norteamericano, dentro del derecho a la *privacy*. Se considera que es una decisión que compromete al proceso vital de la mujer embarazada y que, por tal motivo, el Estado no está legitimado para interferir en tal decisión. En esta, y en otras materias (esterilización, matrimonio y familia, libertad sexual) ha florecido esa nueva dimensión del derecho a la privacidad, pasándose del viejo derecho-resistencia (nuestra intimidad) a otro que también garantiza una posición activa del sujeto en aquellas materias que se consideran básicas para poder asegurar un libre desenvolvimiento de la personalidad.

Hay diversas pruebas de que este derecho a la vida privada no está recogido en nuestra Constitución. Aportaremos dos que son suficientes a este fin, y que se derivan de la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Interesa recordar, especialmente, la falta de reacción doctrinal que produjo el Voto Particular formulado por el Magistrado don Francisco Rubio Llorente a la difundida STC 53/1985, de 11 de abril, donde se lamentó de que el Pleno no examinará la eventual incidencia que la tipificación penal del aborto podía tener en el derecho a la intimidad. No es que dicha vinculación aborto-intimidad no sea irrelevante en la perspectiva anglosajona, sino, simplemente, que es extraña en nuestro ordenamiento constitucional, en el que se maneja una visión estricta de la intimidad constitucionalmente garantizada.

El segundo dato es, si cabe, más revelador. Aludimos, claro está, a la muy interesante providencia de 26 de febrero de 1990, por la que se inadmitía la demanda interpuesta por la señora López Ostra. A los Magistrados, en aquel momento, les parecía inadmisibile que la entrada de olores y humos desagradables, que pueden comprometer bienes constitucionalmente relevantes —como puede ser la salud o el medio ambiente, o el principio rector sobre una vivienda digna y adecuada (arts. 43.1, 45.1 y 47 CE, respectivamente)—, supusieran una intromisión en la intimidad y aún menos una ofensa contra la inviolabilidad del domicilio. Sin embargo, el Tribunal de Estrasburgo iba a condenar al Estado español en este asunto, por entender que había vulnerado el derecho a la vida privada y al respeto al domicilio de la recurrente. Con esta y otras Sentencias, el Tribunal de Estrasburgo ha incluido el derecho a disfrutar de una vivienda digna (esto es, libre de molestias) en el derecho a la vida privada y en el derecho al

respeto del domicilio. Nos detendremos, a continuación, en el examen de dicha jurisprudencia.

Es oportuno hacer notar, sin embargo, que, en la medida en que los derechos fundamentales se mueven en el plano social, es posible que su percepción social (que no jurídica) se encuentre en constante evolución. Por poner dos ejemplos recientes, resulta evidente que la visión del matrimonio como institución heterosexual se encuentra en crisis, o que el aborto comienza a vincularse socialmente con esa visión anglosajona de la vida privada. Pero estos procesos sociológicos no alteran, por sí solos, el contenido constitucional que debe ser renovado, en su caso, a través de la oportuna reforma constitucional.

1.2. *El derecho a la vida privada del Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 8). Su interpretación auténtica*

Mientras que algunas de estas Sentencias se centran en el análisis de molestias causadas por humos, olores y contaminación, otras se centran, más en particular, en los perjuicios derivados del alto nivel de ruidos causados.

En el primer grupo destacan las SSTEDH recaídas en los asuntos *López Ostra c. España* y *Fadeïeva c. Rusia*. La recurrente se queja, en *López Ostra*, de que su casa se vea invadida por humos y olores desagradables provenientes de una depuradora que, entre otros extremos a considerar, carece de los permisos administrativos pertinentes para ejercer su actividad. El Tribunal señala, en la Sentencia de Sala de 23 de noviembre de 1994 que resuelve la demanda, que «va de suyo que atentados graves al entorno pueden afectar al bienestar de una persona y privarle del disfrute de su domicilio, perjudicando su vida privada y familiar, sin necesidad de que comprometa gravemente su salud» (§ 51). Sigue el Tribunal considerando que «Si se analiza la cuestión en términos de obligaciones positivas del Estado —tomar medidas razonables y apropiadas para garantizar los derechos de la recurrente del apartado primero del art. 8—, como la recurrente desea en este caso, o en términos de una «interferencia del poder público» para justificarlo de acuerdo al apartado 2 (art. 8.2), los principios aplicables son muy semejantes. En ambos contextos debe lograrse un justo equilibrio entre los intereses concurrentes del individuo y de la comunidad, gozando en todo caso el Estado de un cierto margen de apreciación. Más aún, incluso en relación a las obligaciones positivas dimanantes del apartado primero del artículo 8, al buscar el equilibrio adecuado, puede tener una cierta relevancia el segundo apartado (véase, en especial, el caso *Rees contra el Reino Unido* de 17 de octubre de 1986, y el caso *Powell y Rayner contra el Reino Unido* de 21 de febrero de 1990)».

En la Sentencia de 9 de junio de 2005, recaída en el asunto *Fadeïeva c. Rusia* (demanda 55723/00), siguiendo la estela fijada por la mentada López Ostra, la Sala Cuarta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que la Administración es responsable de la contaminación producida por una acería, por una suerte de responsabilidad originaria (fue quien construyó, de forma defectuosa, aquella) y por faltar a sus obligaciones positivas posteriormente, una vez que fue privatizada (*cf.* § 89). Y en este punto, la Sala «hace notar, sin embargo, que en todos los asuntos anteriores en los que se han planteado cuestiones referidas al medio ambiente que han dado lugar a constatar la violación del Convenio, esta traía causa del incumplimiento por parte de las autoridades nacionales de ciertos aspectos de la reglamentación interna. Así, en el asunto López Ostra, la estación depuradora implicada, que fue finalmente cerrada, desafiaba la Ley en la medida en que funcionaba sin el permiso necesario (López Ostra, citado, §§ 16-22). De la misma forma, en el asunto Guerra, la violación derivaba de un incumplimiento al derecho interno, ya que el Estado no había comunicado a los recurrentes las informaciones que estaba legalmente obligado a suministrarles [*Guerra y otros c. Italia* (Sentencia de la Gran Sala, demanda 14967/89), pág. 219, §§ 25-27: «El Tribunal estima a continuación que los recurrentes no podrían pretender haber sufrido por parte de Italia una injerencia en su vida privada o familiar: ellos se dueñen no de un acto, sino de la inacción del Estado». El artículo 8.1 CEDH impone además «obligaciones positivas inherentes para asegurar un respeto efectivo de la vida privada o familiar (Sentencia *Airey c. Irlanda* de 9 octubre de 1979, serie A, núm. 32, pág. 17, § 32)» (§ 58). La lesión se declara en el § 60]. El criterio de la legalidad interna ha sido igualmente tomado en consideración en el asunto *S. c. Francia* [núm. 13728/88, Decisión de la Comisión de 17 mayo 1990, Decisión e Informes (DR) 65, pág. 263]» (§ 97). Así, «cuando un recurrente denuncia un incumplimiento de un Estado a la obligación de garantizar sus derechos protegidos por la Convención, la legalidad interna debe ser considerada no como un criterio autónomo y decisivo sino más bien como uno de los numerosos elementos a tener en cuenta para apreciar si el Estado afectado ha proporcionado un “equilibrio adecuado” en el sentido del artículo 8.2 del Convenio» (§ 98). Por tal motivo, el cumplimiento de la normativa aplicable, no impide que el Estado sea responsable de haber lesionado el derecho a la vida privada.

Centrando nuestra mirada en las SSTEDH que aluden a la contaminación acústica, deberíamos hacer una primera parada, muy breve, en la de 21 de febrero de 1990, recaída en el asunto *Powell & Rayner contra Reino Unido* (demanda 9310/81), en la que se dice que el Estado no ha vulnerado el derecho a la vida privada, ya que las autoridades competentes han adoptado diversas medidas para controlar el ruido de los aviones en el aeropuerto de Heathrow y sus alrededores (§ 43). En la posterior Sentencia de la Sección Tercera del de 2 de octubre de 2001, recaída en el asunto *Hatton y otros contra el Reino Unido*, se condena al Estado demandado, afirmando que, si bien es cierto que el Estado no

gestiona el mentado aeropuerto, todo proyecto que regule el ruido nocturno allí producido debe verse precedido por una investigación y un estudio profundos y exhaustivos que pretendan encontrar la mejor solución posible para alcanzar un justo equilibrio entre los intereses en juego (§ 97).

Esta Sentencia se menciona en la demanda de amparo que da lugar a la STC 150/2011 y en otros escritos presentados por la representación procesal del recurrente. Nada se dice, sin embargo, de que la Gran Sala ha examinado nuevamente el asunto *Hatton y otros contra el Reino Unido*, concluyendo, en la Sentencia de 7 de agosto de 2003, que no se ha producido la mentada vulneración en el derecho a la vida privada. En esta importante Sentencia se recuerda «el papel fundamentalmente subsidiario del mecanismo» previsto en la Convención (§ 97). Por otra parte, «La Sala estima que en un asunto como el planteado, que versa sobre decisiones del Estado que pueden influir en cuestiones medioambientales, el examen que puede realizar comporta dos aspectos. En primer lugar, debe analizar el contenido material de la decisión del gobierno, para asegurarse de que sea compatible con el artículo 8. En segundo lugar, puede examinar el proceso de toma de decisiones, con el fin de comprobar si los intereses individuales fueron tomados en consideración en la debida forma (§ 99). Descendiendo al caso en particular, el Tribunal recuerda que el Estado demandado se ha ajustado escrupulosamente a las normas en vigor (§ 120) y que ha invocado la importancia que tiene el funcionamiento del aeropuerto para la economía nacional (§ 121), concluyendo, con detenida atención en diversos argumentos, que las medidas adoptadas se pueden amparar en el margen de actuación de que dispone el Estado británico (§ 129).

1.3. *La asunción de la jurisprudencia descrita por parte del Tribunal Constitucional: las SSTC 119/2001 y 16/2004*

La STC 119/2001 tiene su origen en la demanda de amparo interpuesta por la señora Moreno Gómez, con una base fáctica, en síntesis idéntica, a la que origina la STC 150/2011, en opinión al Fiscal: una vecina, harta de las constantes molestias provocadas por el ruido existente en la zona, decide realizar determinadas mejoras en la vivienda (instalación de ventanas dobles y aire acondicionado) e interponer una reclamación al Ayuntamiento de Valencia para que se haga cargo de dichos costes y de una indemnización por daños y perjuicios, que fue desestimada en sede administrativa y judicial.

En la demanda de amparo se invoca, en concreto, los derechos a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio. El Pleno del Tribunal, en vez de seguir

su doctrina anterior, explicando que es imposible vulnerar dicho derecho por omisión, entiende que, al amparo del artículo 10.2 CE (como se indicó en la STC 35/1995, de 6 de febrero, FJ 3), debe integrar en el contenido de ambos derechos la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el derecho al silencio, concluyendo que, «en determinados casos de especial gravedad, ciertos daños ambientales aun cuando no pongan en peligro la salud de las personas, pueden atentar contra su derecho al respeto de su vida privada y familiar, privándola del disfrute de su domicilio, en los términos del artículo 8.1 del Convenio de Roma (SSTEDH de 9 de diciembre de 1994, § 51, y de 19 de febrero de 1998, § 60)» (FJ 6).

El Pleno afirma, entre otras cosas, que los derechos a la integridad física y moral, a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio «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 solo frente a las injerencias ya mencionadas, sino también frente a los riesgos que puedan surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada» (FJ 5). Y es que 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» (*idem*). Consecuentemente, procede examinar, siempre en el marco de las funciones que a este Tribunal le corresponde desempeñar, la posible incidencia que el ruido tiene sobre la integridad real y efectiva de los derechos fundamentales que antes hemos acotado, discerniendo lo que estrictamente afecta a los derechos fundamentales protegibles en amparo de aquellos otros valores y derechos constitucionales que tienen su cauce adecuado de protección por vías distintas.

A la vista de estos datos el Pleno puede compartir 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)» «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». Igualmente, «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 perso-

nalidad, siempre y cuando la lesión o menoscabo provenga de actos u omisiones de entes públicos a los que sea imputable la lesión producida» (FJ 6).

La asunción de los postulados del Tribunal de Estrasburgo no se traducen, sin embargo, en la estimación del amparo, que se deniega porque no se ha podido establecer una relación directa entre el ruido, cuya intensidad en el interior de la vivienda ni tan siquiera se ha acreditado, y la lesión a la salud que ha sufrido (FJ 7), lo que permite excluir la lesión del derecho a la integridad física. En lo referido al derecho a la intimidad, «debemos constatar que no ha acreditado la recurrente ninguna medición de los ruidos padecidos en su vivienda que permita concluir que, por su carácter prolongado e insoportable, hayan podido afectar al derecho fundamental para cuya preservación solicita el amparo» (FJ 7).

Esta doctrina se reitera en la STC 16/2004, en la que se deniega el amparo a un pub que ha sido multado por contaminación acústica, considerando «que el ruido puede ser calificado como “partículas o formas contaminantes” o incluso como “forma de energía”» (FJ 8).

Nos remitimos al FJ 3, nuclear en esta materia, y al Voto Particular suscrito por el Presidente del Tribunal, don Manuel Jiménez de Parga, a la STC 119/2001. Compárese la STC 16/2004 con la 25/2004, de la Sala Segunda, en la que se ampara a otro local de ocio también multado, entendiendo que la LO 1/1992 no puede ser considerada como norma que dé cobertura legal a la sanción impuesta.

1.4. *La STEDH Moreno Gómez y la jurisprudencia posterior*

El esfuerzo del Tribunal Constitucional por orientar su doctrina en el sentido expresado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no ha evitado que la Sentencia dictada por su Sección Cuarta el 16 de noviembre de 2004, recaída en el asunto Moreno Gómez, condene al Estado español.

Se reitera en ella que el derecho al respeto del domicilio se concibe también «como el derecho a disfrutar en toda tranquilidad de dicho espacio», frente a agresiones inmateriales o incorpóreas, como ruidos, emisiones, olores u otras injerencias que le impidan gozar de él (§ 53), en línea con lo resuelto en los asuntos *Powell y Rayner c. Reino Unido*, *López Ostra c. España*, *Guerra y otros c. Italia* y *Surugiu c. Rumanía* (§ 54). También se alude a las obligaciones positivas que se derivan del artículo 8 CEDH para el Estado (§ 55) y de su carácter *erga omnes* (§ 62), señalando que en todo caso se debe tomar en consideración el justo equilibrio entre los intereses concurrentes del individuo y de la sociedad en su conjunto (para lo que pueden ser relevantes los objetivos enumerados en el apartado segundo del artículo 8 CEDH) (§ 55).

Si estos principios son los mismos que se contienen en la STC 119/2001, ¿por qué la conclusión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no es idéntica a la del Tribunal Constitucional español? La diferencia es que el Tribunal de Estrasburgo entra a conocer de la necesidad y pertinencia de la prueba, extremo sobre el que, acertadamente, no se pronuncia el Tribunal Constitucional, por constituir una cuestión de estricta legalidad.

La Sección Cuarta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pregunta «si los perjuicios sonoros han rebasado el umbral mínimo de gravedad para constituir una violación del artículo 8» CEDH (§ 58). Y es en ese punto en el que se explica claramente la divergencia entre las respuestas dadas:

Para este Tribunal «la exigencia de semejante prueba es, en este caso, demasiado formalista, puesto que las autoridades municipales ya habían calificado la zona donde reside la demandante como zona acústicamente saturada, a saber, según los términos de la resolución municipal del 28 de junio 1986 [*sic*, 1996], una zona que padece un impacto sonoro elevado que constituye una fuente de agresión importante para sus habitantes (párrafo 44, más arriba). En este caso, el exceso de los niveles máximos de ruido ha sido comprobado en varias ocasiones por los servicios municipales (párrafos 14 y 19, arriba). En consecuencia, exigir de alguien que vive en una zona acústicamente saturada, como la que vive la demandante, la prueba de lo que ya es conocido y oficial por parte de la autoridad municipal, no parece necesario. Así, en el cuadro del procedimiento interno, el Ministerio Fiscal no estimó necesario exigir de la demandante esta prueba (párrafo 31) y ha considerado que en este caso, había habido inversión de la carga de la prueba» (§ 59).

No es suficiente esta aseveración, sobre la existencia del ruido, para condenar al Estado español. Resulta preciso también constatar que la Administración no ha sido diligente en la protección que debe ofrecer a la vida privada. Aunque el Ayuntamiento de Valencia ha aprobado la ordenanza sobre ruido y vibraciones, ha tolerado el reiterado incumplimiento de la reglamentación, que ha provocado una grave agresión en la demandante (§ 61). «En estas circunstancias, el Tribunal estima que el Estado defensor no ha cumplido con su obligación de garantizar el derecho de la demandante al respeto de su domicilio y de su vida privada, infringiendo así el artículo 8 del Convenio» (§ 62).

La jurisprudencia del TEDH sobre la contaminación acústica se ha reiterado posteriormente en las Sentencias recaídas en los asuntos *Borysiewicz c. Polonia*, *Oluic c. Croacia*, *Deés c. Hungría* y *Mileva y otros c. Bulgaria*.

En la Sentencia de 1 de julio de 2008 (asunto *Borysiewicz c. Polonia*, demanda 71146/01) la Sala Cuarta deniega el amparo solicitado, en lo que atañe al

derecho reconocido en el artículo 8.1 CEDH, porque no se ha presentado ningún informe (a) ni sobre el nivel de los ruidos habidos (§ 53) (b) ni sobre si afectó a la salud del demandante y a la de su familia (§ 54). Se hace ver que esta carencia contrasta con los datos habidos en otros casos, entre los que se cita el asunto Moreno Gómez (§ 55).

También se recuerda que el ruido y la polución puede afectar al derecho a la vida privada en la Sentencia de 20 de mayo de 2010 de la Sala Primera (asunto *Oluic c. Croacia*, demanda 61260/08). Dado que la Administración tardó cuatro años en atender las quejas (§ 64), que el nivel de ruido era importante y que las molestias no cesaron en 8 años (§ 65), se considera vulnerado el artículo 8 (§ 66).

Algo parecido ocurre en el asunto evacuado a través de la Sentencia de 9 de noviembre de 2010 de la Sala Segunda (asunto *Deés c. Hungría*, demanda 2345/06), que tiene su origen en las molestias (ruido, vibración, polución, olor...) provocadas por el intenso tráfico de una infraestructura viaria (§ 18) que hace que la vivienda sea prácticamente inhabitable (§ 22). Pese al margen de apreciación nacional, y pese a que una pericia considera que la vibración no es responsable del daño habido en la vivienda, los niveles de ruido superan los legalmente previstos y esta situación se alarga, al menos, hasta mayo de 2003, pese a los esfuerzos desplegados por el Estado (§ 23 —desde 1998, e intensificados en 2001, § 22—). «En estas circunstancias, el Tribunal considera que existió una molestia directa y seria que afectaba a la calle en la que vivía el recurrente», lo que contraviene el derecho a la vida privada (§ 24).

Finalmente, la Sentencia de la Sala Quinta de 25 de noviembre de 2010 (asunto *Mileva y otros c. Bulgaria*, demandas 43449/02 y 21475/04) constata la incapacidad de las autoridades públicas para controlar el ruido y las molestias derivadas de un negocio de internet, abierto 24 horas, que provocaba dolores de cabeza, insomnio, irritabilidad y ansiedad en los recurrentes (§ 14). Aunque en este caso no se dispone de mediciones de nivel sonoro en el interior de las viviendas, se acepta que el ruido afectaba a la vida privada, por la apertura permanente del local de negocio, por su tamaño (admitía casi 50 plazas simultáneas), y por los ruidos y molestias generados (§ 13), dado que se sitúa en un edificio de carácter residencial (§ 97). Lo cierto es que las autoridades municipales fracasaron en su deber de tomar medidas efectivas, adoptando algunas dos años y medio después de las quejas y sin establecer controles para hacerlas efectivas (§ 99). Otras autoridades han contribuido en dicha lesión (especialmente, los tribunales) (§ 100), por lo que se concluye que hay lesión del derecho reconocido en el artículo 8 CEDH (§ 102).

2. LA SENTENCIA 150/2011

2.1. *Los hechos enjuiciados*

El Ministerio Fiscal entiende que los hechos que originan el presente proceso constitucional son, en síntesis, idénticos a los resueltos en la STC 119/2001. El recurrente, en efecto, solicita a la Administración municipal el reembolso de los gastos realizados para combatir el ruido que sufre en su vivienda, situada en una zona acústicamente saturada. Se afirma que el Ayuntamiento es responsable porque no ha combatido eficazmente los excesos sonoros producidos en locales de ocio.

El recurrente denuncia, en particular, la permisividad del Ayuntamiento de Valencia respecto del «reiterado incumplimiento por los locales de ocio radicados en dicha zona de los ruidos máximos autorizados y de los horarios de cierre» (FJ 4), lo que consagra, «además de violación de su derecho a la salud (art. 43.1 CE), a un medio ambiente adecuado (art. 45.1 CE) y a una vivienda digna (art. 47 CE), de que la exposición a ese intenso ruido nocturno le produce insomnio, del que se siguen ciertas disfunciones en su salud, y le priva del pacífico disfrute de su domicilio, resultando así lesionados sus derechos fundamentales a la integridad física y moral (art. 15 CE) y a la intimidad domiciliaria (art. 18.1 y 2 CE) conectados con la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE)» (FJ 4).

La Sentencia que resuelve este recurso ha sido dictada por el Pleno del Tribunal Constitucional y se acompaña de dos Votos Particulares, uno discrepante y otro concordante. Haremos una breve síntesis de su contenido a continuación.

2.2. *La posición de la mayoría*

No resulta preciso realizar en estas páginas un resumen íntegro de la fundamentación jurídica de la Sentencia, sino que puede ser más útil centrar nuestra mirada en los efectos que el Tribunal Constitucional anuda a la STEDH Moreno Gómez, que había censurado la STC 119/2001, en su jurisprudencia.

El Pleno del Tribunal recuerda que estamos en presencia de un amparo mixto, entendiéndolo que debe examinar, en primer lugar, las quejas vinculadas al comportamiento de la Administración municipal (FJ 2). A continuación, mantiene la doctrina fijada en la STC 119/2001, recordando que los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 15.1, 18.1 y 18.2 CE han adquirido también una dimensión positiva por influencia de la jurisprudencia europea (FJ 5).

Ahora bien, la única función del Tribunal Constitucional es determinar si se han vulnerado los derechos fundamentales en juego (y no controlar el respeto de la legalidad administrativa) (FJ 6). Recuerda, entonces, los cánones fijados en la STC 119/2001 (recogida *supra*, en el apartado 1.3) (FJ 6). También se reitera en el FJ 7 que no ha quedado acreditado, en este caso, que el nivel de ruido presente en la vivienda fuera insoportable y pusiera en grave peligro su salud, ya que el informe del catedrático de Física aplicada no ha tomado en consideración las circunstancias singulares (altura, aislamiento) de la vivienda. Tampoco es relevante la pericia aportada, que ni reconoció al recurrente ni tuvo a la vista ninguna medición individualizada del nivel de ruido percibido en la vivienda.

El Tribunal Constitucional comparte la idea, expresada en la STEDH Moreno Gómez, de que puede ser excesivamente formalista la exigencia de prueba en todo caso (FJ 8). Pero «ese criterio fue establecido teniendo muy presentes las particularidades del caso concreto, donde la señora Moreno Gómez sí intenta, aunque sin éxito, probar el ruido percibido en el interior de su vivienda, circunstancia tomada muy en cuenta por la STEDH de 16 de noviembre de 2004» y en otras posteriores (las dictadas en los asuntos *Oluic c. Croacia*, *Dees c. Hungría*, *Mileva y otros c. Bulgaria* y, especialmente, *Borysiewicz c. Polonia*, en la que deniega la tutela solicitada porque «la recurrente no ha aportado, ni en la instancia nacional ni ante este Tribunal, ninguna medición sonora que permitiera determinar el nivel sonoro percibido en el interior de su casa».

El Pleno del Tribunal afirma que existen, además, algunos datos que separan este asunto del resuelto a través de la STC 119/2001. El primero de ellos es que, si bien ha quedado acreditado que «que el ruido ambiental en [...] [el barrio] supera con cierta habitualidad los límites de la ordenanza», sería preciso una prueba individualizada de la repercusión del ruido en el interior de su vivienda, que dependerá de la altura y del aislamiento de la fachada, así como de la distribución interna que tenga. Y no la hay porque el recurrente no ha aportado un «indicio cualificado de que el ruido externo de una zona acústicamente saturada tenía una incidencia en el interior de su domicilio que afectaba de modo relevante a esos derechos fundamentales», «un principio de prueba de la repercusión sonora en el interior de su domicilio» (FJ 8). El segundo es que tampoco se ha demostrado que la lesión trae causa de una acción u omisión del Ayuntamiento, cosa que no ocurre en este caso porque entre la reclamación patrimonial promovida por la señora Moreno Gómez (agosto de 1997) y la del actual recurrente (junio de 1999), la Administración municipal ha instruido más de cuatrocientos expedientes por contaminación acústica (FJ 9). Aunque se sigan superando los topes legales cuatro días a la semana, se constata una

intensa actividad inspectora y sancionadora por parte del Ayuntamiento de Valencia.

El recurrente invoca también el principio de igualdad, pero lo hace en relación con una Sentencia cuyo presupuesto fáctico no es idéntico al resuelto por la resolución judicial impugnada en amparo, ya que existen relevantes variaciones temporales (casi cuatro años entre ambas Sentencias), geográficas (distinta calle, no se sabe si la altura, la distribución interior y los medios de construcción son, o no, similares), y además no se puede decir que la Sentencia de 7 de marzo de 1997 forme una consolidada línea jurisprudencial (FJ 10). Se alega también, finalmente, el derecho de defensa (aunque lo que está realmente en juego es el derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley) para denunciar un cambio de la ponencia producido en sede judicial, que no fue combatido en su momento, lo que desconoce el principio de subsidiariedad que caracteriza el proceso constitucional de amparo (FJ 11).

2.3. *El Voto discrepante*

El Magistrado don Luis Ignacio Ortega Álvarez defiende en un Voto Particular, al que se adhieren los Magistrados don Eugeni Gay Montalvo y doña Elisa Pérez Vera, que el Pleno debió amparar al recurrente. Alcanza esta conclusión retomando la doctrina constitucional fijada en la materia (en las SSTC 119/2001/6 y 16/2004/4), y extrayendo dos premisas de la doctrina del TEDH. La primera es que no resulta exigible que el recurrente deba demostrar el nivel de ruido existente en su vivienda cuando existen indicios objetivos de ruido en esa zona (en contra de lo señalado en la STC 119/2001/7). La segunda es que la actuación de la Administración no impide la lesión en el derecho fundamental si resulta insuficiente o ineficaz.

La aplicación de estas premisas debería conducir a la estimación del amparo solicitado, dado que resulta desproporcionado exigir que una persona afectada por un nivel de ruido que supera los topes legalmente previstos en una ZAS tenga que probar el nivel soportado en su domicilio. Además, han quedado acreditado los efectos del ruido en la salud del recurrente a través de un informe clínico-laboral de 1999.

Se afirma en el Voto Particular que el artículo 10.2 CE no consiente «crear *ex novo* derechos fundamentales», sino concretar el contenido de los presentes en la Constitución. Más aún, el contenido esencial de los derechos fundamentales debe incorporar (en el sentido de no contradecir), las facultades, garantías o posiciones jurídicas de los tratados. Esto ha ocurrido, por ejemplo, con los derechos a la

segunda instancia penal o a la autodeterminación informativa, en relación con los derechos fundamentales recogidos en los artículos 24.1 y 18.4 CE, o con la interpretación de derechos fundamentales a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo (presente, por ejemplo, en la doctrina constitucional sobre las dilaciones indebidas).

2.4. *El Voto concordante*

El Magistrado don Manuel Aragón Reyes defiende, por el contrario, que el Pleno debería haber revisado profundamente la doctrina, contenida en las SSTC 119/2001 y 16/2004, en la que se afirma que una exposición prolongada a niveles intensos de ruido puede vulnerar el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar en el ámbito domiciliario (art. 18.1 y 2 CE) y, en su caso, a la integridad física y moral (art. 15.1 CE). Se hace una «muy difícil extensión» de este último derecho para tutelar la salud (principio rector según el art. 43.1 CE). Por otra parte, la Constitución no prevé el derecho a la vida privada, propio del mundo anglosajón.

Partiendo de estos datos, el Magistrado estima que el derecho al silencio no es, en puridad, un derecho fundamental, y que su asunción por parte del Tribunal Constitucional solamente es posible realizando una «interpretación insostenible» del artículo 10.2 CE, precepto que no permite ni incorporar nuevos derechos ni forzar la naturaleza de los constitucionalmente declarados.

No se cuestiona en este Voto Particular ni la interpretación dada por el Tribunal de Estrasburgo al artículo 8.1 CEDH ni que tal derecho sea invocable ante los órganos judiciales españoles (en virtud del art. 96.1 CE). Lo que afirma es que no estamos en presencia de un derecho fundamental y que, por lo tanto, concurre la causa de inadmisión prevista en los artículos 41.1 y 50.1.a) LOTC, en la redacción anterior a la LO 6/2007.

Aunque en este caso deba evacuarse el recurso a través de la desestimación, porque el razonamiento realizado exige revisar la jurisprudencia constitucional. También se indica que las quejas por contaminación acústica pueden ser impulsadas a través de otras vías legales (arts. 1.902 CC y 139 y sigs. L. 30/1992, por remisión expresa del art. 54 L. 7/1985).

3. UNA VALORACIÓN CRÍTICA SOBRE LA STC 150/2011

Examinado el contenido de la STC 150/2011, estamos ya en condiciones de realizar una valoración doctrinal sobre su contenido y alcance. Lo haremos a través de diversas hipótesis que se anuncian en los subepígrafes y se justifican en su interior.

3.1. *No hay un derecho constitucional a la vida privada. El alcance limitado del artículo 10.2 CE*

Tiene razón el Magistrado Aragón Reyes. No existe, en nuestro ordenamiento constitucional, un derecho fundamental a la vida privada.

Podríamos remitirnos en este punto, sin más trámite, a lo indicado *supra*, en el apartado 1.1 del presente estudio, pero puede ser oportuno tratar de demostrar las incoherencias producidas, en nuestro país, por las SSTC 119/2001, 16/2004 y 150/2011.

Desde una perspectiva general se ha producido una confusión conceptual que implica, al menos, a cuatro preceptos constitucionales, como son los referidos a los principios rectores al medio ambiente, a la salud, y a los derechos fundamentales a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio. El alcance de estas disposiciones se entremezcla, por ejemplo, en la demanda evacuada a través de la STC 150/2001, como ha quedado acreditado en el epígrafe 2.1 del presente estudio.

Buena muestra de esta afirmación las encontramos en las alegaciones del Fiscal, realizadas al amparo del artículo 52 LOTC, cuando señala que la demanda se refiere a los «derechos a la salud, a la integridad física, a una vivienda digna y a un medio ambiente adecuado, reconocidos en los artículos 15, 18.1.º y 2.º y 43 CE». En esta misma línea de argumentación afirma la representación procesal del recurrente, en el mismo trámite procesal, que la exigencia de acreditar el volumen del ruido en el interior de la vivienda lesiona los derechos recogidos en los artículos 15 y 18, apartados primero y segundo, CE, así como el derecho a la salud y al medio ambiente (arts. 43.1 y 45.1 CE), comprometiéndose, en definitiva, la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad sin injerencias externas. Y es que, en cierta medida, la jurisprudencia constitucional ha conferido realce subjetivo a principios rectores que, por propia decisión constitucional, carecen de él (art. 53.3 CE).

Esta jurisprudencia también ha provocado una alteración en la naturaleza y al alcance de los derechos fundamentales invocados.

Así, en lo que atañe al derecho a la integridad física y moral (art. 15.1 CE), resulta evidente que no guarda tanto relación con la salud en sí mismo considerada como cuanto con la prohibición de someter a una persona a tratos que puedan ser considerados degradantes o pretendan menoscabar su integridad. Este dato queda confirmado si se examina la Ley 37/2003, que se remite en su exposición de motivos al medio ambiente y a la salud, que son materias reguladas en otros preceptos de la Constitución (arts. 43.1 y 45.1 CE, respectivamente), o si se recuerda que las directrices de la OMS señalan que la exposición continuada a un nivel elevado de ruidos pueden comprometer la salud y afectar a la conducta social de los afectados.

Son más evidentes, si cabe, los devastadores efectos que la doctrina constitucional que reconoce el derecho al silencio ha provocado en el régimen jurídico de los derechos a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio.

En primer lugar, ha relativizado la autonomía conceptual de los dos derechos fundamentales, pese a que estos están dotados «de entidad propia y diferenciada», dando a luz al «derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario». Tal formulación es inaceptable en sede dogmática, dado que, como ya se ha explicado, una entrada ilegítima en una morada ajena presupone la vulneración del bien jurídico de la intimidad. Ese derecho complejo deforma, pues, el régimen jurídico de los derechos fundamentales recogidos en los artículos 18.1 y 18.2 CE.

Es muy interesante el voto concordante emitido por el Magistrado Kovler en la Sentencia de 9 de junio de 2005 (asunto *Fadeieva c. Rusia*; demanda 55723/00), porque en el mismo se defiende, en línea con lo expresado por la Jueza Greve en su opinión separada formulada en la Sentencia de la Sala Tercera de 2 de octubre de 2001 (asunto *Hatton y otros c. Reino Unido*, demanda 36022/97), que los derechos medioambientales no presentan «la misma naturaleza que el derecho fundamental a denegar un registro domiciliario en ausencia de mandamiento».

En segundo lugar, el Tribunal vincula estos derechos con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), subjetivando éste en alguna medida, pese a que la restante jurisprudencia constitucional referida a los derechos fundamentales a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio ha optado por concebirllos como expresión de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE). No estamos, como pudiera pensarse, ante un cambio menor, puesto que, como ya hemos examinado en el epígrafe 1.1 de este estudio, mientras que la noción tradicional de la intimidad constituye una expresión de la dignidad de la persona, la visión

actual de la vida privada en el mundo anglosajón se inscribe, claramente, en el libre desarrollo de la personalidad. Hasta tal punto se altera la naturaleza de los derechos fundamentales en juego, que estos han pasado de imponer un deber negativo (de no injerencia) a obligaciones de contenido positivo a los poderes públicos.

Si estas ideas no están desprovistas de razón, la creación jurisprudencial de este nuevo derecho a la intimidad en el domicilio es criticable, porque el artículo 10.2 CE no consiente ni la ampliación del catálogo de los derechos fundamentales ni la alteración de la naturaleza de los constitucionalmente declarados. Como cláusula interpretativa que es, impone únicamente que los derechos fundamentales recogidos en la Constitución Española sean interpretados, en la medida en que su naturaleza y alcance lo permita, a la luz de tales parámetros establecidos, en lo que ahora interesa, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A diferencia de los ejemplos incluidos en el Voto Particular discrepante, hemos pretendido demostrar que en este caso no se trata de añadir una nueva facultad al régimen jurídico de los derechos fundamentales afectados, sino de una transformación radical de su estructura, naturaleza y alcance.

Nuestra Constitución carece, en este punto, de cláusulas generales de apertura a otros posibles derechos de la persona además de los constitucionalmente concretados, como son las que se recogen en la Enmienda IX de la Constitución de los Estados Unidos (votada el 25 de septiembre de 1789), 17 C Portugal y Argentina (antes de la reforma de 1994).

La aplicación práctica de estas ideas ya ha sido adelantada en el Voto Particular concordante. El derecho al silencio, que es una manifestación de la vida privada (art. 8.1 CEDH), es un derecho humano y subjetivo en Derecho español, invocable ante los tribunales ordinarios, pero no ante el Tribunal Constitucional porque la Constitución solamente recoge, como derecho fundamental, el referido a la intimidad (art. 18.1 CE), y que vincula a todos los poderes públicos (también a los legisladores), en el marco de sus competencias y funciones.

3.2. *El Pleno se separa de doctrina fijada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una nueva condena a la vista*

La tesis que acaba de defenderse hubiera debido concretarse en una profunda modificación de la doctrina constitucional en la materia, y en la consiguiente desestimación del amparo solicitado. Es muy probable que esa decisión hubiera provocado una nueva condena al Estado español, pero, además de haberse con-

tribuido a una mayor delimitación dogmática de las normas constitucionales en juego, habría quedado claro que la censura se habría producido sobre los tribunales ordinarios, únicos garantes del derecho (subjetivo que no constitucional) al silencio.

El Pleno del Tribunal podría haber optado también por plegarse, sin más, a la doctrina contenida en la STEDH Moreno Gómez, confirmando entonces el amparo solicitado. Lo que resulta más sorprendente es que, como acertadamente se denuncia en el Voto Particular discrepante, el Pleno del Tribunal diga aceptar los principios de dicha doctrina para separarse manifiestamente de ellos en su aplicación práctica en el caso concreto.

El Pleno del Tribunal desconoce voluntariamente la doctrina del Tribunal de Estrasburgo en lo que atañe, en concreto, a dos cuestiones: la innecesariedad de que, en las concretas circunstancias del caso, se acreditara pericia alguna sobre el nivel sonoro existente en la vivienda del recurrente y la manifiesta responsabilidad de la Administración por los daños causados.

La idea de que el recurrente no ha probado la contaminación acústica en su casa se apoya en un párrafo de la Sentencia Moreno Gómez (el § 37, en el FJ 8) que está incluido en los antecedentes fácticos de la Sentencia. El Pleno recuerda también la doctrina vertida en la Sentencia de 1 de julio de 2008 (asunto *Borysiewicz c. Polonia*, demanda 71146/01), en la que el Tribunal de Estrasburgo deniega el amparo solicitado, en lo que atañe al artículo 8 CEDH, porque no se ha presentado ningún informe ni sobre el nivel de los ruidos habidos (§ 53) ni sobre si afectó a su salud y a la de su familia (§ 54).

El Pleno del Tribunal viene a afirmar, en definitiva, que la doctrina del Tribunal de Estrasburgo vertida en el asunto Moreno Gómez tiene un carácter excepcional, cuando lo cierto es que la que resulta excepcional es, más bien, la contenida en el citado asunto *Borysiewicz c. Polonia*. En el asunto Fadeïeva se condena a Rusia porque está demostrado que se han superado los niveles acústicos legalmente permitidos (al igual que en *Deés c. Hungría*, § 23), lo que se une al comportamiento elusivo de la Administración (§§ 83-85), y al aumento objetivo de la mortalidad (§ 85). En Ouíc el nivel sonoro queda acreditado por las mediciones que se realizan en el propio bar (§ 63), y en *Mileva y otros c. Bulgaria* por inferencia (derivada del volumen del negocio de Internet, su apertura constante y su anclaje en un edificio residencial, § 97). Este resumen debe completarse, obviamente, con la STEDH Moreno Gómez, en la que se afirma que «exigir de alguien que vive en una zona acústicamente saturada, como la que vive la demandante, la prueba de lo que ya es conocido y oficial por parte de la autoridad municipal, no parece necesario» (§ 59).

La aplicación de esta doctrina al caso resuelto por la STC 150/2011 debería conducir a entender acreditado que el nivel del ruido habido era relevante desde las perspectivas de los derechos fundamentales en juego, ya que (a) se trata de una zona acústicamente saturada y (b) queda acreditado que se producían incumplimientos de los topes legales cuatro días a la semana. Además, tal y como se recuerda en el Voto Particular discrepante, hay un informe médico [ver apartado 2.c) de los Antecedentes] que prueba la incidencia del ruido en la salud del recurrente. La contradicción con la STEDH Moreno Gómez, en la que no se realiza alegato alguno en relación con la altura y distribución interior de la vivienda de la recurrente, ni al material de aislamiento empleado, como sí se hace ahora (FJ 7), resulta manifiesta.

Por otra parte, el Pleno del Tribunal sostiene que no se ha producido inacción de la Administración municipal en sus funciones inspectoras y sancionadoras (FJ 10). Esta afirmación desconoce una doctrina constante del Tribunal de Estrasburgo, en la que, aun reconociendo los esfuerzos de la Administración del Estado demandado para acabar con la contaminación acústica, entiende que procede condenar al Estado cuando tales medidas han sido insuficientes o ineficaces (ver SSTEDH recaídas en los asuntos *Oluic c. Croacia*, §§ 64-66; *Deés c. Hungría*, §§ 22-23 y *Mileva y otros c. Bulgaria*, §§ 99). Aunque pueda ser cuestionable en sede dogmática, parece que el Tribunal europeo ha optado por establecer una suerte de responsabilidad objetiva, que se activa cuando no se ha logrado atajar la contaminación acústica. La aplicación de esta doctrina al caso enjuiciado por el Pleno del Tribunal debería haber conducido a sancionar el ineficaz comportamiento de la Administración municipal, dato que queda manifiestamente adverado si, como es el caso, se superan los topes sonométricos legalmente previstos cuatro días a la semana (FJ 10).

Todos estos datos invitan a pensar que, si el recurrente cuya demanda de amparo se ha visto desestimada interpone un recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Estado español será nuevamente condenado. Aunque entendemos que el Tribunal Constitucional debería haber desestimado la demanda por vincularse a un derecho subjetivo que no presenta naturaleza ni constitucional ni, consecuentemente, fundamental, la decisión del Pleno de desconocer materialmente la doctrina contenida en la STEDH Moreno Gómez será con toda seguridad cuestionada por el Tribunal de Estrasburgo.

3.3. *La estimación de oficio de una queja no planteada por la parte: ¿es posible un amparo preventivo?*

Nos atrevemos a pronosticar que ni esta será la única queja planteada por la representación procesal del recurrente ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ni que será el único motivo que justifique la condena. Es previsible, en efecto, que el Tribunal Europeo se plantee si el Tribunal Constitucional ha podido vulnerar el derecho del recurrente a un proceso sin dilaciones indebidas. Y la cuestión que puede plantearse es si el Alto Tribunal español debería haberse adelantado a una más que previsible condena.

Vayamos, primero, con los datos. La demanda de amparo fue interpuesta el 31 de julio de 2003, y ha sido evacuada, a través de una Sentencia desestimatoria, el 29 de septiembre de 2011. El Tribunal se ha tomado más de ocho años para resolver la demanda, siendo además destacable que desde el último trámite de alegaciones (evacuado por el recurrente el 4 de mayo de 2005), solamente conste en los antecedentes una providencia de 28 de septiembre de 2011, en la que se acuerda señalar la deliberación y votación del asunto para el día siguiente (AAHH 11 y 12). Más de seis años para resolver, en sentido estricto, la demanda. Es evidente, a la vista de estos datos, que se ha producido una lesión en el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas (amparado tanto por el art. 24 CE como por el art. 6.1 CEDH).

No es imposible que el Tribunal de Estrasburgo denegara el motivo, alegando que no consta en las actuaciones que la parte se haya quejado de que tales dilaciones se estaban produciendo. Por cierto, que se ha omitido en los antecedentes de hecho cómo un expediente atribuido al enjuiciamiento de la Sala Segunda ha terminado siendo resuelto por el Pleno del Tribunal, al menos en la publicación de la Sentencia contenida en el BOE 258, de 26 de octubre de 2011. Por otra parte, no es la primera vez que el Estado español ha sido condenado porque el Tribunal Constitucional ha incurrido en dilaciones indebidas. Pueden consultarse, en efecto, las SSTEDH de la Sala Cuarta de 11 de octubre de 2001 (asunto *Díaz Aparicio c. España*, demanda 49468/99), §§ 21-22, y de 26 de noviembre de 2003 (asunto *Soto Sánchez c. España*, demanda 66990/01), § 36.

Siendo palmaria la concurrencia del daño provocado, ¿debería el Tribunal Constitucional haberla reconocido en la propia Sentencia? Aunque hay motivos dogmáticos que se oponen al reconocimiento de oficio de una lesión, existen otras razones que podrían justificar que se incurriera en un exceso formal de jurisdicción.

Es sabido que el Tribunal Constitucional actúa como una jurisdicción rogada. Es decir, que el debate procesal siempre debe ser planteado por quien acude ante él, limitándose el Alto Tribunal a responder a los argumentos de las partes. En efecto, no le corresponde «reconstruir de oficio la demanda de amparo, ni suplir las razones de las partes, sobre las que recae la carga de la argumentación, cuando aquellas no se aportan al recurso», dado que «es carga de los recurrentes, no solo abrir la vía para que este Tribunal pueda pronunciarse, sino también la de proporcionar la fundamentación que razonablemente es de esperar, no correspondiéndole reconstruir de oficio la demanda de amparo cuando el demandante ha desconocido la carga de argumentación que sobre él recae» (STC 189/2002, de 14 de octubre, FJ 3, entre otras muchas).

Ocurre, sin embargo, que en el caso que nos ocupa, la lesión no podía ser denunciada en la demanda de amparo, porque se ha producido posteriormente, y por exclusiva responsabilidad del Tribunal Constitucional. Son estas circunstancias las que podrían justificar que en la propia Sentencia que resuelve el recurso de amparo el propio Tribunal afirmara que ha incurrido en dilaciones indebidas, ofreciendo así un título jurídico que el recurrente pudiera hacer valer frente a la Administración de Justicia.

Somos conscientes de que, incluso en el orden penal, en el que las dilaciones indebidas operan como atenuante (art. 20.6 CP), solamente pueden ser contempladas después de la denuncia previa y la alegación en el proceso por parte del afectado. *Vid.* Fernández Ros, Juan Francisco: «La atenuante de dilaciones indebidas tras la reforma del Código Penal de junio de 2011», *Noticias Jurídicas* (febrero de 2011), disponible en <http://noticias.juridicas.com/articulos/55-Derecho%20Penal/201102-88852123212358.html#>.

Tal actuación por parte del Tribunal Constitucional serviría, además, para combatir la posibilidad de que órganos de la jurisdicción ordinaria pudieran controlar la actuación jurisdiccional del Tribunal Constitucional, posibilidad cuando menos cuestionable desde el respeto institucional que dicha institución merece, pero que, sin embargo, se ha producido.

El ataque más grave, sin ningún género de dudas, fue el protagonizado por la desafortunada Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2004 en la que se condenaba a los Magistrados del Tribunal Constitucional por una providencia que no merecía reproche jurídico alguno, que ha sido analizada por Luis E. Delgado del Rincón (en «Inviolabilidad frente a responsabilidad de los Magistrados del Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 72, 2004, págs. 267 y sigs.), y César Aguado Renedo (en «Del intento de control del Tribunal Constitucional por la Sala de lo Civil del Tri-

bunal Supremo o de cómo poner en riesgo todo un sistema», *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 1, 2006). En relación con las dilaciones indebidas, debemos recordar las Sentencias de la Audiencia Nacional de 8 de julio de 2008 y de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2009. Esta última ha sido críticamente valorada por César Aguado Renedo (en «La responsabilidad patrimonial del Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 90, 2010, págs. 335 y sigs.).

Existen, pues, argumentos de peso en una y otra dirección. Si a ello añadimos que la problemática derivada de la aplicación de la doctrina de las dilaciones indebidas a la jurisdicción constitucional presenta aristas muy específicas y particulares, sobre su eventual concurrencia y criterios de determinación, acaso fuera conveniente que tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos realizaran una construcción singular que, desde las distintas posiciones que mantienen, tomara en consideración la peculiar naturaleza orgánica del Tribunal Constitucional y procesal y funcional del recurso de amparo.

El autor de estas líneas ha hecho notar, en relación con el control ejercido por el Tribunal europeo, que «resulta difícil pedir que un Tribunal, compuesto por doce Magistrados, puedan tramitar y resolver más de doce mil asuntos en un año, sobre todo cuando los amparos conviven con procesos de constitucionalidad de normas con fuerza de Ley, que también merecen una pronta respuesta por afectar a normas generales. No quiere argumentarse que el Tribunal Constitucional escape al control del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en tal materia, pero sí que este debe ser comprensible con la situación de sobrecarga que pesa sobre la institución española, entendiéndolo que estamos en presencia de un órgano constitucional cuyas dimensiones y medios personales y materiales imponen, con carácter general, una especial complejidad intrínseca en los asuntos que tramita» (en «Balance de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que afecta al Reino de España: de aciertos, carencias y excesos», en Matia Portilla, Francisco Javier (dir.): *Pluralidad de ciudadanías, nuevos derechos y participación democrática*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011, pág. 177).

