



**RESOLUCIÓN ADOPTADA POR EL DEFENSOR DEL PUEBLO EN RELACIÓN
CON LA SOLICITUD DE RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA EL
APARTADO DOS DEL ARTÍCULO 4 DE LA LEY 56/2007, DE 28 DE
DICIEMBRE, DE MEDIDAS DE IMPULSO DE LA SOCIEDAD DE LA
INFORMACIÓN.**

Mediante escrito presentado por D. Víctor Domingo Prieto, en su calidad de Presidente de la Asociación de Internautas, que ha tenido entrada en el Registro General de esta Institución el 14 de febrero de 2008, se solicitó al Defensor del Pueblo mediante la utilización de la legitimación otorgada por el artículo 162 de la Constitución española, artículo 32.1 b) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y artículo 29 de la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo, la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra el apartado dos del artículo 4 de la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información, publicada en el Boletín Oficial del Estado nº 312, de 29 de diciembre 2007.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El apartado dos del artículo 4 de la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información da una nueva redacción al artículo 8 de la Ley 34/2002, de 11 de julio de Servicio de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico, en los siguientes términos:

“1. En caso de que un determinado servicio de la sociedad de la información atente o pueda atentar contra los principios que se expresan a continuación, los órganos competentes para su protección, en ejercicio de las funciones que tengan legalmente atribuidas, podrán adoptar las medidas necesarias para que se interrumpa su prestación para retirar los datos que los vulneran. Los principios a que alude este apartado son los siguientes:

- a) *la salvaguarda del orden público, la investigación penal, la seguridad y la defensa nacional.*
- b) *la protección de la salud pública o de las personas físicas o jurídicas que tengan la condición de consumidores o usuarios, incluso cuando actúen como inversores.*



- c) el respeto a la dignidad de la persona y al principio de no discriminación por motivos de raza, sexo, religión, opinión, nacionalidad, discapacidad o cualquier otra circunstancia personal o social, y
- d) la protección de la juventud y de la infancia

En la adopción de las medidas de restricción a que alude este apartado se respetarán, en todo caso, las garantías, normas y procedimientos previstos en el ordenamiento jurídico para proteger los derechos a la intimidad personal y familiar, a la protección de los datos personales, a la libertad de expresión o a la libertad de información, cuando estos pudieran resultar afectados.

En todos los casos en los que la Constitución y las leyes reguladoras de los respectivos derechos y libertades así lo prevean de forma excluyente, sólo la autoridad judicial competente podrá adoptar las medidas previstas en este artículo, en tanto garante del derecho a la libertad de expresión, del derecho de producción y creación literaria, artística, científica y técnica, la libertad de cátedra y el derecho de información.

2. La adopción de restricciones a la prestación de servicios de la sociedad de la información provenientes de prestadores establecidos en un Estado de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo distinto a España deberá seguir el procedimiento de cooperación intracomunitario descrito el siguiente apartado de este título, sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación procesal y de cooperación judicial.

3. Cuando un órgano competente acuerde, en ejercicio de las competencias que tenga legalmente atribuidas, y de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo a) del apartado 4 del artículo 3 de la Directiva 2000/31/CE, establecer restricciones que afecten a un servicio de la sociedad de la información que proceda de alguno de los Estados miembros de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo distinto de España, dicho órgano deberá seguir el siguiente procedimiento:

- a) El órgano competente requerirá al Estado miembro en que esté establecido el prestador afectado para que adopte las medidas oportunas. En el caso de que no las adopte o resulten insuficientes, dicho órgano notificará con carácter previo, a la Comisión Europea o, en su caso, al Comité Mixto del Espacio Económico Europeo y al Estado miembro de que se trate las medidas que tiene intención de adoptar.
- b) En los supuestos de urgencia, el órgano competente podrá adoptar las medidas oportunas notificándolas al Estado miembro de procedencia y a la Comisión Europea o, en su caso, al Comité Mixto del Espacio Económico Europeo con la mayor brevedad y, en cualquier caso, como máximo, en el plazo de quince días desde su adopción. Así mismo, deberá indicar la causa de dicha urgencia.



Los requerimientos y notificaciones a que alude este apartado se realizarán siempre a través del órgano de la Administración General del Estado competente para la comunicación y transmisión de información a las Comunidades Europeas.

4. Los órganos competentes de otros Estados miembros de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo podrán requerir la colaboración de los prestadores de servicios de intermediación establecidos en España en los términos previstos en el apartado 2 del artículo 11 de esta ley si lo estiman necesario para garantizar la eficacia de las medidas de restricción que adopten al amparo del artículo anterior.

5. Las medidas de restricción que se adopten al amparo de este artículo deberán, en todo caso, cumplir las garantías y los requisitos previstos en los apartados 3 y 4 del artículo 11 de esta ley."

SEGUNDO.- En primer término se fundamenta la solicitud de interposición de recurso de inconstitucionalidad en el incumplimiento del procedimiento legislativo previsto en el artículo 81 de la Constitución española para el desarrollo normativo de los derechos fundamentales, ya que el solicitante de interposición de recurso de inconstitucionalidad estima que la nueva Ley versa sobre un derecho fundamental.

En el escrito de solicitud de recurso se considera que el principio de reserva de ley obliga a que la forma que adopten las normas que delimiten las restricciones de los derechos fundamentales revistan forma de ley orgánica y sean aprobadas de acuerdo al procedimiento previsto al efecto en el artículo 81 de la Constitución Española y dado que la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, no es una ley orgánica se habría vulnerado dicho precepto.

TERCERO.- El solicitante de interposición de recurso de inconstitucionalidad alega de manera implícita la vulneración del derecho de libertad de expresión reconocido en el artículo 20.1 de la Constitución Española pues la norma cuya inconstitucionalidad se pretende, a su juicio, limitaría este derecho.

CUARTO.- Por último, aunque no se cita expresamente, del escrito presentado se deduce que también se considera infringido el derecho a la libertad de empresa constitucionalmente recogido en el artículo 38, pues se estima en el



escrito que la publicidad en Internet no tiene carácter empresarial y sin embargo deduce que la nueva Ley le atribuye dicha categoría.

QUINTO.- Además, en el escrito de interposición de recurso de inconstitucionalidad se pone de manifiesto el desacuerdo con el concepto de actividad económica que la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, contiene y con la utilización del término órgano competente y autoridad sin citar el órgano concreto.

Estudiados los antecedentes expuestos, se adopta la siguiente resolución, en base a los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El carácter democrático del Estado español proclamado en el artículo 1 de la Constitución española implica que debe ser el principio de mayorías el que regule la actuación de los órganos parlamentarios en el proceso de toma de decisiones. Aunque generalmente se exige la mayoría simple, no siempre ha de ser esta mayoría la que rijan todos los procesos parlamentarios, al contrario la propia Constitución en el artículo 81 prevé la exigencia de mayoría cualificada para los supuestos incluidos en el mismo, entre los que se encuentran las leyes relativas al desarrollo de derechos fundamentales y libertades públicas.

Ahora bien, el sistema configura la ley orgánica de modo restrictivo y excepcional, en cuanto excepcional es la exigencia de mayoría absoluta y su votación y la congelación de rango que supone. Por ello, la reserva de ley orgánica sólo existe en los supuestos y respecto a las materias expresamente contenidas en el artículo 81 de la Constitución, debiendo interpretarse además los mismos restrictivamente.

Esta ha sido la doctrina del Tribunal Constitucional desde el comienzo. Así la STC 127/1994, fundamento jurídico 3, establece:

"A) En diversas resoluciones hemos afirmado que nuestro constituyente, al configurar la denominada Ley Orgánica (art. 81 CE), lo ha hecho, y así lo ha interpretado este Tribunal Constitucional "de modo restrictivo y excepcional en cuanto excepcional es también la exigencia de mayoría absoluta y no la simple para su votación y decisión parlamentaria" [STC 160/1987 (RTC 1987\160)].



a) Ello supone "que sólo habrán de revestir la forma de Ley Orgánica aquellas materias previstas de manera expresa por el constituyente, sin que el alcance de la interpretación pueda ser extensivo al tiempo que, por lo mismo, dichas materias deberán recibir una interpretación restrictiva" [STC 160/1987, fundamento jurídico 2º.1].

Este carácter rigurosamente excepcional de la Ley Orgánica como fuente del Derecho se justifica, entre otras razones, porque "llevada a su extremo, la concepción formal de la Ley Orgánica podría producir en el ordenamiento jurídico una petrificación abusiva en beneficio de quienes en un momento dado gozasen de la mayoría parlamentaria suficiente y en detrimento del carácter democrático del Estado, ya que nuestra Constitución ha instaurado una democracia basada en el juego de las mayorías, previendo tan sólo para supuestos tasados y excepcionales una democracia basada en mayorías cualificadas o reforzadas" [STC 5/1981 (RTC 198\5), fundamento jurídico 21.A), y, entre otras, la STC 76/1983 (RTC 1983\76), fundamento jurídico 2º]. De manera que "si es cierto que existen materias reservadas a las Leyes Orgánicas (art. 81.1 de la CE) también lo es que las Leyes Orgánicas están reservadas a estas materias y que, por tanto, sería disconforme con la Constitución la Ley orgánica que invadiera materias reservadas a la Ley ordinaria."

Del mismo modo en la STC 129/1999, fundamento jurídico 2º se afirma:

"Pues bien, desde la STC 5/1981 (RTC 1981\5), este Tribunal ha destacado de forma ininterrumpida la necesidad de aplicar un criterio estricto para determinar el alcance de la reserva y ello tanto en lo referente al término "desarrollar" como a "la materia" objeto de reserva. Se trata, dice el Tribunal en reiteradas resoluciones, de evitar petrificaciones del ordenamiento y de preservar la regla de las mayorías parlamentarias no cualificadas (por todas, STC 173/1998 [RTC 1998\173], fundamento jurídico 7º). Más concretamente, se ha afirmado que requiere ley orgánica únicamente la regulación de un derecho fundamental o de una libertad que "desarrolle la Constitución de manera directa y en elementos esenciales para la definición del derecho fundamental, ya sea en una regulación directa, general y global del mismo o en una parcial o sectorial, pero igualmente relativa a aspectos esenciales del derecho y no, por parcial, menos directa o encaminada a contribuir a la delimitación y definición legal del derecho" (STC 127/1994 [RTC 1994\127], fundamento jurídico 3º). Desarrollar no puede equipararse a simplemente afectar."

Pero no sólo ha de tener carácter restrictivo la interpretación de las materias reservadas a la Ley Orgánica sino también el concepto de desarrollo de derechos fundamentales y libertades públicas, según ha establecido el Tribunal



Constitucional en su jurisprudencia y, en concreto, en sentencia 127/1994, fundamento jurídico 3º se afirma:

"b) Mas no sólo las materias objeto de la reserva de Ley Orgánica sino también la expresión "desarrollo" que la Constitución emplea para delimitar en este extremo el objeto de las Leyes Orgánicas ha de recibir una interpretación restrictiva. Así, tal expresión se refiere al desarrollo "directo" de los derechos fundamentales [STC 6/1982 (RTC 1982\6), fundamento jurídico 6º], puesto que el instrumento de la Ley Orgánica "no puede extremarse" hasta el punto "de convertir el ordenamiento jurídico entero en una mayoría de Leyes Orgánicas, ya que es difícil concebir una norma que no tenga una conexión, al menos remota, con un derecho fundamental", habida cuenta, además, de que el instrumento de la Ley Orgánica "convierte a las Cortes en constituyente permanente". Es por ello, por lo que hemos precisado que "el desarrollo legislativo de un derecho proclamado en abstracto en la Constitución consiste, precisamente, en la determinación de su alcance y límites en relación con otros derechos y con su ejercicio por las demás personas..." [STC 140/1986 (RTC 1986\140), fundamento jurídico 5º]; siendo, no obstante, cierto que el dato que de la Constitución requiera que una norma se contenga en una Ley Orgánica, con un procedimiento específico de elaboración y aprobación, "añade una garantía frente al mismo legislador a las demás constitucionalmente previstas para proteger el derecho a la libertad". Todavía con mayor concreción en la STC 93/1988 (RTC 1988\93) (fundamento jurídico 5º) pusimos de manifiesto que no es posible equiparar "el ámbito negativo de exclusión de Decreto-ley del art. 86.1 de la CE con el positivo de exigencia de Ley Orgánica del art. 81.1 CE. Este último es por fuerza más restringido, pues tan sólo cubre el desarrollo general de un derecho o, en todo caso, la regulación de aspectos esenciales de dicho desarrollo, aunque se produzca en Leyes sectoriales" (en el mismo sentido, STC 140/1986, fundamento jurídico 5º).

B) De la anterior doctrina una primera conclusión se desprende y es la de que la prohibición de "afectar" a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos por Decretos-leyes (art. 86.1 de la Constitución) no coincide en su objeto con la necesidad de disciplinar por Ley Orgánica el "desarrollo" de los derechos fundamentales y libertades públicas. O, en otras palabras, no todo lo que "afecte" a los derechos fundamentales constitucionalizados en el art. 20.1 -como parece creerse en la demanda presentada por el Comisionado parlamentario- es un desarrollo directo de esos derechos fundamentales, esto es, una regulación de sus aspectos esenciales que requiera de una disposición de las Cortes emanada con forma de Ley Orgánica. La Constitución veda al Decreto-ley afectar a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos y, correlativamente, reserva a la Ley ordinaria regular el ejercicio de tales derechos y libertades respetando su contenido esencial (art. 53.1); pero no obliga -por obvio que sea el recordarlo- a regular por Ley orgánica las modalidades de su ejercicio ni los



presupuestos o condiciones que los hagan efectivos, extremos que restan en los cometidos que la Constitución señala a la Ley ordinaria.

De este modo, hemos reconocido que "la función de garantía adicional" que cumple el art. 81.1 de la Constitución en materia de derechos fundamentales "conduce a reducir su aplicación a las normas que establezcan restricciones de esos derechos y libertades" o los desarrollen de modo directo "en cuanto regulen aspectos consustanciales de los mismos, excluyendo, por tanto, aquellas otras que simplemente afecten a elementos no necesarios sin incidir directamente sobre su ámbito y límites" [STC 101/1991, fundamento jurídico 2º, que invoca las SSTC 160/1987, 161/1987 (RTC 1987\161), 57/1989 (RTC 1989\57) y 132/1989 (RTC 1989\132)].

En suma, cualquier disciplina legal que "afecte" a los derechos fundamentales no viene constitucionalmente obligada a ser aprobada por Ley Orgánica, sino que una "regulación" de tales derechos se adentra inevitablemente en la reserva del art. 81.1 de la Constitución -en vez de en la reserva de Ley ordinaria del art. 53.1- cuando "desarrolle" la Constitución de manera directa y en elementos esenciales para la definición del derecho fundamental, ya sea en una regulación directa, general y global del mismo o en una parcial o sectorial, pero, igualmente, relativa a aspectos esenciales del derecho y no, por parcial, menos directa o encaminada a contribuir a la delimitación y definición legal del derecho. Puede, por eso, razonarse que cuando las Cortes Generales en Ley Orgánica desarrollan un derecho fundamental están, en realidad, desarrollando y concretando la norma constitucional reconocedora del derecho -a menudo dotada de considerables dosis de abstracción- en sus espacios abiertos a la libertad de configuración normativa del legislador de los derechos fundamental se integran, por tanto estrechamente -como evidencia el art. 28.2 de la LOTC-, sin perjuicio de la evidente superioridad jerárquica de las normas constitucionales."

En consecuencia, un caso como la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información, no constituye materia reservada a Ley Orgánica según el artículo 81 de la Constitución española y la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional, máxime teniendo en cuenta que las restricciones que impone han sido reguladas con anterioridad por las leyes orgánicas que han desarrollado el contenido esencial de los derechos fundamentales.

El citado apartado dos del artículo 4, cuya inconstitucionalidad se pretende, no supone el desarrollo normativo de derecho fundamental alguno, ya que regula el respeto a los principios constitucionales cuya restricción se ha de adoptar con las debidas garantías judiciales según se manifiesta expresamente en el Preámbulo de la propia Ley. Por ello, se entiende que el motivo de inconstitucionalidad formal de la Ley carece de fundamento.



SEGUNDO.- Respecto al derecho a la libertad de expresión el Tribunal Constitucional ha elaborado una amplia doctrina señalando que los derechos fundamentales no son absolutos, sino que están sujetos a una serie de límites. Estos límites se establecen por el propio ordenamiento jurídico y muchos derivan de la Constitución directa o indirectamente.

El propio Tribunal Constitucional, en uno de sus primeros fallos, Sentencia 11/1981, admite que ningún derecho tiene carácter ilimitado y precisa que los límites de los derechos tienen su origen no sólo de su posible conexión con otros derechos constitucionalmente, sino también con otros bienes constitucionalmente protegidos. Así afirma que:

"Tampoco puede aceptarse la tesis del recurso de que los derechos reconocidos o consagrados por la Constitución sólo pueden quedar acotados en virtud de límites de la propia Constitución o por la necesaria acomodación con el ejercicio de otros derechos reconocidos y declarados igualmente por la norma fundamental. Una conclusión como ésta es demasiado estricta y carece de fundamento en una interpretación sistemática en la Constitución y en el Derecho constitucional, sobre todo si al hablar de límites derivados de la Constitución, esta expresión se entiende como derivación directa. La Constitución establece por sí misma los límites de los derechos fundamentales en algunas ocasiones. En otras ocasiones el límite del derecho deriva de la Constitución sólo de una manera mediata o indirecta, en cuanto que ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionales protegidos." (fundamento jurídico 7º)

La Constitución española, además de los límites concretos para determinados derechos, prevé de modo genérico en el artículo 10.1 como límite al ejercicio de los mismos el respeto a los derechos de los demás.

A su vez, el artículo 10.2 de la Constitución española introduce una regla hermenéutica para los derechos fundamentales, cuando dispone que estos han de interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y tratados y acuerdos internacionales ratificados por España. Por lo que la libertad de expresión e información al igual que los otros derechos fundamentales tiene que contar con los límites establecidos en estos tratados, lo que hace traer a colación la determinación del artículo 29.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos en cuya virtud:

"En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la Ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y



libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar en general de la sociedad democrática."

Del mismo modo, el artículo 10.2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, referido a la libertad de expresión, dispone los límites a que el legislador puede someter el ejercicio de este derecho:

"El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial."

Se trata pues de establecer los límites que permitan encontrar el equilibrio en el ejercicio de los derechos fundamentales y el respeto a los derechos de los demás y la protección del interés general. En este sentido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Sentencia de 29 de abril de 1999 (caso Chassagnou y otros contra Francia) afirma la necesidad de las limitaciones al exigir un justo equilibrio entre los imperativos de interés general y los derechos fundamentales del individuo.

La Constitución, además de establecer los límites generales ya comentados, dispone otros concretos para cada derecho, así el propio artículo 20.1 de la Constitución española señala que las libertades en él contenidas tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en el Título I de la Constitución, en los preceptos y las leyes que los desarrollan y en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.

En primer lugar se puede señalar que los derechos y libertades proclamados en el artículo 20 de la Constitución española no son ilimitados según la doctrina del Tribunal Constitucional:

"Partiendo de esta premisa, ha de recordarse que según reiterada doctrina de este Tribunal, los derechos fundamentales, y los del art. 20 de la Constitución española entre ellos, no son derechos absolutos e ilimitados: por el contrario, su ejercicio está sujeto tanto a límites expresos constitucionalmente como a otros que puedan fijarse para proteger o preservar otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos. (STC 181/1990, fundamento jurídico 2º)."

Pero estos límites han de establecerse cumpliendo unos requisitos, siendo el primero de ellos su establecimiento por ley, según se deriva del propio artículo 20 y según ha fijado el Tribunal Constitucional desde sus comienzos, cuando afirma en el fundamento jurídico 4º de la STC 6/1981 que:

"Ciertamente cualquier limitación de estas libertades sólo es válida en cuanto hecha por Ley, no ya porque así lo exijan diversos Pactos Internacionales ratificados por España, sino sobre todo, porque así lo impone la propia Constitución, que extremando aún más la garantías, exige para esas Leyes limitativas una forma especial e impone al propio legislador una barrera infranqueable (artículos 53 y 81). Pero esta reserva de Ley sólo incluye las limitaciones o restricciones de la libertad, no los actos de administración por los que un ente público, actuando como titular de un determinado medio de comunicación, acuerda suspender su funcionamiento."

Estas limitaciones no pueden obstruir el derecho más allá de lo razonable (STC 53/1986 y 120/1990), de modo que todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas limitadoras sean necesarias para conseguir el fin perseguido (STC 62/1982 y 13/1985) y ha de atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en que se halla aquel a quien se impone (STC 37/1989 y 120/1990) debiendo respetar en todo caso el contenido esencial del derecho como exige el artículo 53.1 de la propia Constitución.

Respecto a los límites, el Tribunal Constitucional ha indicado en STC 52/1992 que:

"Como hemos dicho desde la STC 26/1981, la restricción del ejercicio de derechos fundamentales necesita encontrar una causa específica y el hecho o la razón que la justifique debe explicarse con el fin de que los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó, siendo la motivación «un riguroso requisito del acto del sacrificio de los derechos». Exigencia constitucional no sólo del acto administrativo sino también de la decisión judicial que lo confirma, que en casos como éste debe contener «un razonamiento suficiente en orden a determinar y concretar el exceso o extralimitación en el ejercicio del derecho fundamental», también para ponderar el principio de proporcionalidad del sacrificio en el ejercicio del derecho fundamental (STC 28/1993 [RTC 1993\28])." (fundamento jurídico 5º)

En el caso concreto que se analiza en la presente resolución el apartado dos del artículo 4 de la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, invoca como finalidad para las posibles medidas restrictivas de la libertad de expresión el respeto y conservación de principios y valores constitucionalmente recogidos, estableciendo las debidas garantías a las posibles restricciones al encargar a la

[Firma manuscrita]



autoridad judicial competente la decisión de las mismas y no añade novedad alguna a lo previsto en el ordenamiento jurídico en este sentido.

El legislador en cumplimiento de las competencias atribuidas y dentro de las posibilidades que ofrece la Constitución ha optado, como ya lo hizo en el año 2002, por clarificar las actividades legales que se pueden realizar a través de la sociedad de la información acotando la necesidad de respeto al interés general y otros derechos individuales.

TERCERO.- El artículo 38 de la Constitución Española reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, que los poderes públicos están llamados a garantizar. Pero ello no significa que esta libertad no pueda ser acotada negativamente y así lo ha entendido el Tribunal Constitucional que ha precisado que dicho artículo no reconoce el derecho a acometer cualquier empresa, sino sólo "el de iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial, cuyo ejercicio está disciplinado por normas de muy distinto orden" (STC 83/1984, fundamento jurídico 3º). Esta libertad de empresa no se reconoce con carácter absoluto, sino que está sujeta a las normas del mercado y así lo reconoce la STC 225/1993.

"Actividad empresarial que, por fundamentarse en una libertad constitucionalmente garantizada, ha de ejercerse en condiciones de igualdad pero también, de otra parte, con plena sujeción a la normativa sobre ordenación del mercado y de la actividad económica general." (fundamento jurídico 3º)

Un aspecto de su carácter limitado viene dado, porque la libertad de empresa debe respetar y convivir con los diversos derechos de carácter socioeconómico que la Constitución reconoce. La libertad de empresa no es ilimitada, sino que debe interpretarse de acuerdo con los límites que constitucionalmente le han sido impuestos (STC 147/1986), así como el respeto a los demás bienes protegidos por la Constitución Española, según ha señalado el propio Tribunal Constitucional, entre otras, en sentencia 37/1987:

"Alegan asimismo los recurrentes la violación que la libertad de empresa reconocida en el art. 38 de la Constitución, que se imputa a los arts. 2, 18.2 y 5, 25 y 26 de la Ley de Reforma Agraria del Parlamento de Andalucía. Para ello parten también aquí, como en posiciones anteriores, de una concepción abstracta y virtualmente ilimitada de este derecho constitucional que pretenden deducible del citado art. 38 y la confrontan con la interpretación que, a su entender ha de darse a lo que establecen los referidos preceptos de la Ley impugnada.



El art. 38 de la Constitución dispone que los poderes públicos garantizan el ejercicio de la libre empresa -al tiempo que la defensa de la productividad, que a su vez puede suponer un límite a aquélla- de acuerdo con las exigencias de la economía general, entre las que hay que incluir las que pueden imponerse en virtud de determinados bienes o principios constitucionalmente protegidos (a alguno de los cuales ya nos hemos referido con anterioridad, arts. 40, 128.1, 130.1) y, en su caso, de la planificación." (fundamento jurídico 5)

De ello se deduce que la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado puede estar limitada por las normas que regulan el mismo y sujeta a reglas y autorizaciones sin merma de la constitucionalidad de dichas reglas y así lo ha entendido el Tribunal Constitucional cuando dice que «la vigencia de la libertad de empresa no resulta constitucionalmente resquebrajada por el hecho de las limitaciones derivadas de las reglas que disciplinan, proporcionada y razonablemente el mercado». (STC 127/1994)

En consecuencia desde la perspectiva constitucional (STC 225/1993) la libertad de empresa no ampara en sus contenidos un derecho incondicionado a la libre instalación de cualquier establecimiento comercial en cualquier espacio y sin sometimiento alguno al cumplimiento de requisitos y condiciones, precisamente la admisión constitucional de estas limitaciones y reglas es la que lleva a concluir que este derecho no se encuentra infringido por la Ley que se analiza.

Al igual que en la libertad de expresión el legislador es libre para regular el ejercicio de una actividad, como la publicidad, con las consecuencias jurídicas que desee siempre que respete los límites constitucionales. En cualquier caso, hay que insistir en que la nueva redacción del artículo 8 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, ofrece las garantías necesarias en los posibles límites que pudieran operar en los supuestos concretos legalmente previstos.

CUARTO.- En lo que se refiere al concepto de actividad económica contenido en la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, hay que insistir en que nada nuevo añade a lo regulado por otras normas, ya que dicha actividad se puede ejercer tanto por personas físicas, como jurídicas o grupos sin personalidad. El concepto de empresas no viene dado por el sujeto que lo realiza, sino por la actividad que se desarrolla que es la ordenación por cuenta propia de medios de producción y de recursos humanos o uno de ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios.

Del mismo modo hay que indicar que la utilización del concepto autoridad competente hace referencia a todo órgano jurisdiccional o administrativo que actúe en el ejercicio de competencias legalmente atribuidas según el Anexo de la



Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicio Social de la Información y de Comercio Electrónico.

Por todo ello y en base a las consideraciones que anteceden, el Defensor del Pueblo ha estimado la conveniencia de adoptar la siguiente

RESOLUCION

Sentados estos presupuestos, y de acuerdo con la opinión unánime de la Junta de Coordinación y Régimen Interior, en su reunión del día 26 de marzo de 2008 y con pleno respeto a cualquier otra opinión diferente, el Defensor del Pueblo resuelve, en relación con lo contenido en el artículo 162.1a) de la Constitución Española y el artículo 32.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, no interponer recurso de inconstitucionalidad contra el apartado dos del artículo 4, de la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la información, publicada en el Boletín Oficial del Estado nº 312, de 29 de diciembre de 2007.

Madrid, 26 de marzo de 2008

Enrique Múgica Herzog

Es copia literal del original que obra
en el Archivo del Defensor del Pueblo.

LA SECRETARIA GENERAL

PS

