

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
DE LA COMUNIDAD VALENCIANA**

**SALA DE LO CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA**

En la Ciudad de Valencia, a ocho de Noviembre de dos mil siete.

VISTO por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana **EN GRADO DE APELACION** compuesta por:

Presidente:

Ilmo. Sr. D. Edilberto Narbón Láinez.

Magistrados Ilmos. Srs:

D. Agustín Gómez Moreno.
Dña. Remedio Sánchez Ferriz

SENTENCIA NUM: 1406

En el recurso de apelación num AP-569/2007, interpuesto como parte apelante por el AYUNTAMIENTO DE VALENCIA, representado por el Procurador don Juan Salavert Escalera contra **Sentencia de 12 de Diciembre de 2006 (num.439/06), dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Valencia en el procedimiento especial de protección de los Derechos Fundamentales num. 337/2006, planteado contra actuaciones del Ayuntamiento de Valencia tendentes a ampliar el Cementerio mediante la construcción de nuevos nichos. El recurso fue parcialmente estimado.**

Habiendo sido parte en autos como **parte apelada** la entidad FORUM PER LA MEMORIA HISTORICA DEL PAIS VALENCIA representada por el Procurador don Juan Antonio Ruiz Martín; y Magistrado ponente la Ilma. Sra. Dña. **REMEDIO SANCHEZ FERRIZ**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 12 de Diciembre de 2006 el Juzgado de lo contencioso administrativo num. 2 de los de Valencia dictó sentencia num. 439/06, en el procedimiento especial de protección de los Derechos Fundamentales num. 337/2006, en cuya parte dispositiva se lee: "FALLO: Estimo parcialmente el recurso promovido por FORUM PER LA MEMORIA HISTORICA DEL PAIS VALENCIA, contra la Resolución de fecha 28.4.06 y contra la vía de hecho del Ayuntamiento de Valencia, para la protección de los derechos fundamentales, declarando la nulidad y dejando sin efecto, por vulneración de los derechos fundamentales al honor y a la investigación, el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Valencia de 28 de abril del 2006, que denegó la paralización de los movimientos y construcción de una nueva trama de nichos en la fosa común el cementerio de Valencia, reconociendo como situación jurídica individualizada, con la adopción de las medidas conducentes a la protección de estos derechos fundamentales y condenando al Ayuntamiento de Valencia a:

1. Renunciar a la edificación de nichos, edificaciones y movimientos de tierra en los cuadrantes tercero y cuarto de la Sección Séptima del Cementerio General de Valencia, donde fueron enterrados republicanos/as represaliados por el franquismo, con el fin de que se lleven a cabo las tareas de investigación y restitución de la memoria de las víctimas.

2.- Permitir a la actora y a todas las instituciones públicas y privadas, que quieran contribuir a una investigación completa rigurosa y sometida a las exigencias legales, incluyendo actuaciones arqueológicas o forenses para poner a disposición de la sociedad y las familias los resultados a efectos de posibles ulteriores reclamaciones en relación los derechos (sic) de las victimas y la restitución histórica y el honor de las víctimas.

3.- Permitir a la actora y a todas las instituciones públicas y privadas, que quieran sumarse homenajear a las víctimas de la represión franquista enterradas en la fosa, objeto de este procedimiento, la colocación, un vez finalizadas las tareas de investigación de un elemento conmemorativo (placa, escultura, monolito .etc) que se estime mas adecuado para esta finalidad".

SEGUNDO.- Por la representación del Ayuntamiento de Valencia se interpuso recurso de Apelación contra la anterior sentencia del que, admitido por el Juzgado, se dio traslado a la contraparte que se opuso por escrito de 1 de febrero de 2007.

TERCERO.- Presentado escrito por el Ministerio Fiscal por el que pretendía la adhesión a la apelación, en fecha 29 de enero de 2007 por el Juzgado se dictó Providencia disponiendo su inadmisión y, tras el pertinente recurso, se dictó Auto el 2 de marzo de 2007 confirmando dicha inadmisión y dando lugar a la presentación por el Ministerio Fiscal de un recurso de queja.

CUARTO.- Elevados los indicados Autos a este Tribunal, una vez recibidos y formado el correspondiente Rollo, se señaló para la votación y fallo el 1 de octubre de 2007, en cuya sesión tuvo lugar.

QUINTO.- En ambas instancias se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por vía de recurso de apelación se somete a la consideración de esta Sala la adecuación o no a Derecho de la sentencia de 12 de diciembre de 2006, del ya citado órgano jurisdiccional, por la que se estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por FORUM PER LA MEMORIA HISTORICA DEL PAIS VALENCIA, contra la supuesta vía de hecho del Ayuntamiento de Valencia y contra la Resolución del Pleno del Ayuntamiento de Valencia de 28 de abril del 2006, que denegó la paralización de los movimientos y construcción de una nueva trama de nichos reclamada por la recurrente, ahora apelada.

SEGUNDO.- En el recurso de apelación interpuesto ante esta Sala el Ayuntamiento de Valencia, como apelante, pone de relieve en su alegación segunda una serie de hechos que la sentencia no ha tenido en cuenta. No entraremos en esta cuestión por cuanto no procede que la sentencia tuviera cuenta de los hechos referidos al expediente en tanto que, siendo cuestiones de legalidad ordinaria, no han de ser resueltos en un procedimiento especial previsto para la defensa de los derechos fundamentales. Por lo demás, explicar las circunstancias sociales y económicas de mitad del siglo pasado que obligaban a contar en los cementerios públicos con fosas comunes puede resultar ofensivo para las partes por cuanto se les supone con cultura y conocimientos suficientes para emprender una investigación de la época y, por consiguiente, conocedores de las circunstancias del momento histórico de que se trata. No procede, por tanto, entrar en dicha alegación y por la misma razón tampoco ha de tenerse en cuenta la Cuarta y Quinta sobre supuestas irregularidades del expediente, según afirmaciones de la demanda y sobre la situación de la fosa objeto del litigio.

Hemos de centrarnos, en efecto, en la concurrencia, o no, de vulneración de derechos fundamentales alegados en la demanda por cuanto estamos en el procedimiento especial ya aludido tanto más si tenemos en cuenta que abunda en consideraciones sobre los mismos la sentencia impugnada que es, en última instancia, el objeto de esta apelación.

TERCERO.- Ciertamente, en cumplimiento de la función revisora que a esta Jurisdicción compete en segunda instancia hemos de partir del texto de la propia sentencia apelada por cuanto sus manifestaciones, en la medida que afecten a la parte dispositiva, deberán ser aceptadas en cuanto hallen encaje en el Ordenamiento jurídico y, puesto que el proceso ha quedado planteado de forma específica como protección de los Derechos Fundamentales, habrá de valorarse de modo muy especial el tratamiento dado por la sentencia de instancia a los mismos por ser éstos, de conformidad con el art.10 de la Constitución, fundamento del orden político y de la paz social.

La vinculación de los poderes públicos, y muy especialmente de los Jueces y Tribunales a los contenidos del Título I de la Constitución de conformidad con el art. 53.1 impone su perenne consideración en todo tipo de procesos (art. 7 de la L. O. P. J.); y la propia Ley reguladora de esta Jurisdicción, en su Título V, Capítulo I (arts. 114 y ss.) ha establecido el procedimiento específico que puede plantearse en defensa de los derechos fundamentales con el fin de dar cumplimiento al mandato del art. 53.2 de la Constitución que, consciente de lo delicado que puede resultar la reposición en el normal disfrute de algunos derechos tras su atentado o conculcación (y el caso del honor del que hemos de ocuparnos en esta ocasión es paradigmático), dispone la necesidad de que el procedimiento que a tal concreto efecto se regule, lo sea en forma preferente y sumaria cual es el presente caso.

Ahora bien, el que los derechos Fundamentales y las Libertades Públicas conformen el núcleo básico de todo régimen democrático real como es nuestro caso comporta una inexcusable exigencia en todos los operadores jurídicos, y de modo especial en los Jueces y Tribunales, de conocer bien cuáles son tales derechos, cuál es su naturaleza y sus fines (de ahí también la necesidad de distinguir en muchas ocasiones el régimen jurídico de los Derechos Personales o individuales del de las Libertades Públicas, por mas que su régimen de garantías sea idéntico), sus titulares y, en definitiva, lo que les define e identifica para que no sean confundidos con la infinidad de derechos, facultades, competencias y demás situaciones jurídicas que derivan del Ordenamiento jurídico para la defensa de la vida, la libertad y los bienes de todo ciudadano y de todo ser humano. Pues, de otro modo, no es solamente que los Derechos Fundamentales llegarían a fagocitar todo el Ordenamiento (y por consiguiente todos los procesos, careciendo entonces de sentido la específica disposición de procesos *ad hoc*), lo que en sí mismo resultaría, sobre disfuncional, absurdo, sino que lo más grave sería su efecto pues, al ocurrir así, desaparecería la especificidad de los mismos con ser el principal logro de la última corriente constitucional iniciada en la segunda mitad del siglo XX, justamente para conjurar una posible e indeseable repetición de las masivas vulneraciones llevadas a cabo en la II

gran Guerra. Dicho de otro modo, no todos los derechos presentes en nuestro Ordenamiento jurídico son ni pueden ser fundamentales ni, por consiguiente, a todos ellos se puede aplicar el específico proceso que, en concreto por lo que se refiere a esta Jurisdicción, regulan los artículos 114 y sgtes. de la Ley Jurisdiccional.

CUARTO.- En el presente caso sí son fundamentales sin lugar a dudas los que la recurrente invocó ante el Juzgado de instancia. Lo es el honor de las personas, lo es la creación científica y artística y lo es la igualdad pues aunque se trate de un principio goza de la misma protección que los otros dos en virtud de la expresa mención a la misma del art. 53.2 de la Constitución pudiendo ser invocado respecto del tratamiento de casos o supuestos que guarden entre sí homogeneidad. Procede, pues, que analicemos si, como cree la Juzgadora *a quo*, existen en este caso titulares de los derechos invocados y si las imputaciones que a la Administración se hacen comportan violación de tales derechos fundamentales. Ello, además, resulta prioritario por cuanto el Ministerio Fiscal ya manifestó su rotunda oposición a la admisión del recurso por cuanto carecería la actora de legitimación para interponerlo. Y en el recurso de apelación que ahora hemos de resolver se reitera por la apelante el planteamiento de la cuestión procesal referida, a la que se opone la apelada por entender que no se planteó en el momento procesal oportuno. Sin embargo, no puede la Sala dejar de analizar la cuestión por cuanto, debidamente la formuló el Ministerio Fiscal adhiriéndose a la misma la demandada y la codemandada según reconoce la propia sentencia apelada en su folio num. 8. Pero en todo caso, la cuestión procesal suscitada ha de analizarse fundamentalmente por ser uno de los pronunciamientos básicos de la sentencia ahora sometida a revisión que dedica a la misma un amplísimo Fundamento Jurídico (el Quinto) en las páginas 9 a 12.

QUINTO.- Planteada, en efecto, la cuestión de la falta de legitimación activa, resulta francamente llamativa la argumentación del Juzgado de instancia que, lejos de responder a la cuestión jurídica que se le propone, acepta la legitimación de la actora buscando el apoyo de alguna publicación sobre la tutela jurisdiccional, cuya lectura atenta seguramente nos llevaría a compartir sus conclusiones en otros eventuales asuntos pero que en absoluto responde a los parámetros jurídicos de la cuestión planteada.

Ciertamente hemos de centrarnos en la cuestión de la legitimación activa, pero es tal la confusión conceptual observada que, tratándose de un caso en el que se invocan derechos fundamentales, por fuerza habrá que determinar cuáles son los invocados y cuál es su significación y su contenido esencial para poder determinar si ello tiene relación alguna con lo que la sentencia revisada sostiene. Pues no se ha de olvidar que la cuestión es la de si el honor (por lo que se refiere al primero de los derechos fundamentales invocados) se halla en juego y, caso de que así sea, si quienes acuden a la jurisdicción en su defensa, son quienes han visto su honor maltrecho o su dignidad degradada. Pues lo que sí desde ahora ha de afirmar esta Sala es que la definición que del honor toma la juzgadora de la STC de 26.2.01 como “concepto jurídico indeterminado cuya delimitación depende de las normas valores e ideas

sociales vigentes en cada momento” no es tal definición pues, si como obiter dicta se sigue repitiendo por doquier, por ser expresiva de la flexibilidad que la evolución del sentir social impone a la valoración (positiva o negativa) de ciertos comportamientos y, por ende, a la atribución de los mismos a un tercero, no es menos cierto que la jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo como del Constitucional se halla perfectamente desarrollada en este campo sin que haya que recurrir al relativismo por el relativismo que tal supuesta definición contiene.

Dicho de otro modo, por muy relativo que sea, lo que sí ha de concurrir es una actuación, o expresión proferida, o incluso gestos, que degraden a la persona ante sí misma y ante los demás, de suerte que, aunque sea variable la consideración social de lo que es afrentoso hoy o lo que lo era hace un siglo, lo que no puede dejar de concurrir es la afrenta que más allá de la incomodidad y disgusto del ofendido, llegue a representar degradación. En la medida en que el derecho al honor es el derecho a no ser degradado ante uno mismo ni ante los demás, ha de exponerse por quienes lo invocan el trato que comporte tal degradación. En ningún momento se acredita en la demanda ni en los documentos aportados por la recurrente que haya habido una afrenta ni mucho menos degradación en las actuaciones de la demandada aquí denunciadas objetivamente consideradas.

Y decimos objetivamente porque pudiera ocurrir que, como en otras ocasiones, se profieran expresiones muy ofensivas o se degrade algo o alguien hasta el punto que no exista duda en que el sentir social convenga en la existencia de ofensas o de degradación. Pero siquiera de ello podrá inferirse concretos ataques al honor porque no se haya concretado respecto de concretos ofendidos (caso del objetor de conciencia, STC 107/88) o porque la persona ofendida, habiendo fallecido, ya carece de los derechos de la personalidad como el que analizamos (STC 231, caso Paquirri). Ello sin perjuicio de que sí quepa la defensa jurisdiccional de los mismos por sus herederos o familiares directos a que se refiere la L. O. 1/1982 de protección civil del honor, intimidad e imagen. Es en este segundo aspecto en el que resolveremos directamente la cuestión de la legitimación planteada por el Ministerio Fiscal y contestada por la sentencia del Juzgado num. 2 en su F. J. Quinto. Así pues, habremos de comprobar la existencia de la ofensa de una parte, para saber si se halla en juego el derecho al honor invocado, y, de otra, la concurrencia de legitimación que se dará en quien la ha sufrido directamente, sin perjuicio de que por expresa disposición de la mencionada Ley Orgánica quepa la representación de las personas fallecidas por los familiares a que en forma taxativa se refiere dicha Ley a los efectos de poder emprender la defensa jurisdiccional cuando ya la propia persona ofendida no puede hacerlo.

Dicho esto, y por lo que se refiere al primero de los análisis anunciados, en el caso concreto que se nos plantea no puede considerarse objetivamente que las actuaciones del Ayuntamiento de Valencia, tendentes a ampliar el número de nichos del Cementerio en cumplimiento de sus propios deberes-competencias, resulten degradantes para quienes en su día gozaron de los derechos de la personalidad y en particular del aquí invocado. Hasta tal punto es así que propia la sentencia de instancia, tan favorable a las pretensiones de la recurrente, ha afirmado sin lugar a dudas que la actuación administrativa denunciada no puede tenerse, tal como pretende la recurrente,

por una vía de hecho en la medida en que el Ayuntamiento actuaba en ejercicio de sus propias competencias y, por consiguiente, sin invadir ilegítimamente competencias o facultades ajenas. Si no hay ofensas y ni siquiera nos hallamos en un supuesto de vía de hecho cuanto menos resulta extraño que se haya continuado el procedimiento por la vía jurisdiccional específica seleccionada, al menos en lo que se refiere al primero de los derechos fundamentales invocados. Pero desde el doble planteamiento anunciado y desde el concreto problema procesal planteado, falta saber si quienes recurren en su nombre están legalmente habilitados para ello lo que directamente nos conduce a la cuestión procesal de la legitimación activa que la sentencia apelada ha resuelto positivamente en el Fundamento jurídico Quinto.

La ya citada Ley Orgánica 1/1982, reguladora de la protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, establece con claridad los supuestos de defensa jurisdiccional de estos derechos, no en vano conocidos como “derechos de la personalidad” o personalísimos, cuando la persona titular de los mismos haya fallecido. En efecto, dispone sus artículos 4 a 6 lo siguiente:

“Artículo cuarto

Uno. El ejercicio de las acciones de protección civil del honor, la intimidad o la imagen de una persona fallecida corresponde a quien ésta haya designado a tal efecto en su testamento. La designación puede recaer en una persona jurídica.

Dos. No existiendo designación o habiendo fallecido la persona designada, estarán legitimados para recabar la protección el cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada que viviesen al tiempo de su fallecimiento.

Tres. A falta de todos ellos, el ejercicio de las acciones de protección corresponderá al Ministerio Fiscal, que podrá actuar de oficio o a instancia de persona interesada, siempre que no hubieren transcurrido más de ochenta años desde el fallecimiento del afectado. El mismo plazo se observará cuando el ejercicio de las acciones mencionadas corresponda a una persona jurídica designada en testamento.

Artículo quinto

Uno. Cuando sobrevivan varios parientes de los señalados en el artículo anterior, cualquiera de ellos podrá ejercer las acciones previstas para la protección de los derechos del fallecido.

Dos. La misma regla se aplicará, salvo disposición en contrario del fallecido, cuando hayan sido varias las personas designadas en su testamento.

Artículo sexto

Uno. Cuando el titular del derecho lesionado fallezca sin haber podido ejercitar por sí o por su representante legal las acciones previstas en esta ley, por las circunstancias en que la lesión se produjo, las referidas acciones podrán ejercitarse por las personas señaladas en el artículo cuarto.

Dos. Las mismas personas podrán continuar la acción ya entablada por el titular del derecho lesionado cuando falleciere”.

Ninguna objeción de carácter constitucional se ha planteado a la regulación mencionada que ha venido siendo aplicada a lo largo del presente régimen constitucional en forma pacífica por la doctrina y por los Jueces y Tribunales en tantos casos en que o bien la defensa ya iniciada por el propio titular del derecho personal ha sido continuada por los herederos del mismo tras su fallecimiento (entre tantos, el caso resuelto por sentencia del T. C. 35/1987, de 18 de marzo en que la esposa presentó el recurso de amparo en defensa los derechos del fallecido que personalmente había ejercido en vida las acciones previas ante la jurisdicción ordinaria en un caso, justamente, de defensa del derecho de producción y creación artística), o bien ha sido directamente iniciada tal defensa por los familiares expresamente habilitados por la ley en la forma que acabamos de ver como fue el caso de las sentencias del T.C. que la propia recurrente cita, la 43/2004 (a la que con posterioridad nos referiremos por ser citada por la recurrente aunque en otro ámbito de consideraciones) en el que las hijas de una persona defienden el honor del padre fallecido que supuestamente habría quedado maltrecho tras el tratamiento dado al mismo en un reportaje emitido en una televisión autonómica o, entre tantos otros que se pudieran citar, el de los casos conocidos como Comandante Patiño, sentencias T. C. 171 y 172 de 1990.

Ninguna de las posibilidades ofrecidas por la Ley para la defensa de los derechos de la personalidad de quienes fallecieron hace sesenta, o más años, es susceptible de ser identificada en el caso que se nos plantea por la recurrente.

Sin embargo, no es menos cierto que en algún caso excepcional se ha admitido por el Tribunal Constitucional la legitimación de persona o personas que, aun sin gozar de la representatividad derivada de la ley por mor de las relaciones familiares con el fallecido (o porque éste la hubiera designado en testamento) y sin constituir órgano de representación al efecto habilitado, como sucede en el caso de las personas jurídicas, han podido llevar a cabo la defensa constitucional del honor de un pueblo o grupo étnico que, como tal, hubiera sido gravemente denostado sin otra posibilidad de defensa que la emprendida por la recurrente del caso como después veremos. Ahora bien, aun cuando nos encontráramos en tal supuesto (que objetivamente ya hemos dicho que no concurre por cuanto nadie ha sido denostado con la denunciada actuación del Ayuntamiento de Valencia), lo que no podemos dejar de exigir a la sentencia de instancia y a la propia nuestra, es el rigor del razonamiento jurídico derivado no solo de la sustancial conformidad de la decisión con el ordenamiento sino también de la coherencia argumental que toda motivación ha de comportar.

SEXTO.- El problema que a la Sala plantea el Fundamento jurídico a que nos estamos refiriendo, el Quinto de la sentencia apelada, es el de llegar a comprender cómo desde los presupuestos por ella misma sentados se puede llegar a la conclusión a que se llega pues la aludida indefinición o relatividad del concepto del honor podría ser asumida en términos jurídicos cuando los hechos no quedan perfectamente definidos ni

la ley los contempla pero en el presente caso no existe duda alguna sobre cual es la actuación denunciada, la ampliación del Cementerio a través de la construcción de nuevos nichos y la no paralización de tales obras y es ello lo que hemos de conectar con la idea del honor constitucionalmente protegido.

Obsérvese que la sentencia, de la que ya hemos dicho que no cabe aceptar lo que considera como primera definición del honor, por no serlo, escoge como segunda definición de honor posible la de “buena reputación de una persona” y tampoco ello es aceptable pues bien pudiera ser confundido con el prestigio profesional o social o con la buena fama, aspectos, todos que, aunque protegidos por nuestro ordenamiento jurídico, nada tienen que ver con el honor del art. 18 CE y, por consiguiente no gozan de la protección del derecho fundamental al honor como, entre tantas otras, puede verse en la STC 180/1999. En todo caso, cualquiera que sea la concepción del honor de que se parte lo importante es conocer la relación que ello guarda con los hechos denunciados.

Y, en este sentido, lo decisivo es lo que la sentencia analizada sigue diciendo: **“siendo un derecho de la personalidad irrenunciable, inalienable e imprescriptible, la titularidad vendrá dada al recurrente que se encuentre en situación jurídico material identificable, no con un interés genérico, sino con un interés cualificado y específico, interés que de acuerdo con la Jurisprudencia del TC, en el caso de un derecho personalísimo, como resulta el derecho al honor, corresponde al titular del derecho fundamental...”**.

Nada tiene que objetar la Sala a lo expresado en la sentencia apelada en los concretos términos del párrafo que acabamos de transcribir. Dicho así, a la sentencia de instancia, por una mínima coherencia, no le cabía más consecuencia jurídica que haber estimado la objeción procesal planteada por el Ministerio Fiscal.

Sin embargo, no solamente no lo hace sino que plantea un serio problema jurídico cuando a renglón seguido añade: “...que en el presente caso ostenta la recurrente precisamente, como persona jurídica, para la defensa de los derechos e intereses legítimos cuya TITULARIDAD SE RECONOCE A ESTA PERSONA JURÍDICA, EN CUANTO TAL, PARA LA DEFENSA DE DERECHOS CUYO RECONOCIMIENTO SEA NECESARIO PARA LLEVAR A CABO LOS FINES PROPIOS DE LA ENTIDAD QUE CONSTITUYE SU OBJETO SOCIAL, QUE RESULTA LA RECUPERACIÓN DE LA MEMORIA...”.

Pues bien, lo que se acaba de transcribir no tiene mucho sentido y, hasta tal punto es así, que incluso las partes personadas en el procedimiento (demandada y Ministerio Fiscal básicamente pues la codemandada, adjudicataria de las obras muy justamente se limita a decir que no entiende cómo en un proceso en defensa de derechos fundamentales se mezclan cuestiones de contratación que en absoluto afectan a lo denunciado ni a lo pedido) contestan a la recurrente creyendo que cuando invoca el derecho fundamental al honor el que esta invocando es el de las personas fallecidas como parece lógico. Y realmente esta es la interpretación que de una sosegada lectura de la demanda se desprende.

Sin embargo la sentencia impugnada ha ido más allá de la demanda dando el salto argumental y conceptual que de lo transcrito se infiere. La misma sentencia cree justificar jurídicamente su peculiar construcción cuando sigue explicando que forma parte “del núcleo esencial de la recuperación de esa memoria el honor de aquellas personas y ello, con los valores de justicia, libertad y democracia vigentes, en este momento, en la sociedad, recuperando la dignidad y el honor, de aquellos que fueron perseguidos precisamente por defender los valores democráticos que hoy rigen nuestra sociedad” (pag. 12 de la sentencia cuyo último párrafo, a modo de recapitulación se inicia del siguiente modo: LA RECURRENTE ES TITULAR DEL DERECHO FUNDAMENTAL QUE CONSIDERA VULNERADO EN TANTO QUE PERSONA JURÍDICA CUYO FIN RESULTA LA RECUPERACIÓN...”).

Respecto de afirmaciones como la transcrita resulta imprescindible clarificar, al menos, dos cuestiones:

Una de orden estrictamente jurídico, cual es que la mención del “núcleo esencial de la recuperación...” no puede llevar a confusión de ningún tipo con el contenido (o, si se prefiere, núcleo) esencial de los derechos que nuestra Constitución consagra (a imitación de la construcción alemana) como garantía excepcional, incluso frente al legislador, en el art. 53.1. La sentencia no puede referirse (como sin duda lo hace con dicha mención) sino al objeto social de la asociación, aunque parece que de tal objeto social deriva consecuencias que exceden con mucho la más flexible, generosa y relativa de las interpretaciones de nuestro Ordenamiento. Es más, sería realmente preocupante para la ciudadanía y extraordinariamente peligroso para los derechos más inherentes al ser humano (fundamento del orden político y de la paz social, ex art. 10.1 C.E.) que los estatutos de cualquier entidad pudieran “constituir” situación jurídica alguna respecto de terceros (ni positiva ni negativa) cuando ni siquiera respecto de sus socios podrían comportar merma de derechos fundamentales ni habilitación de representatividad alguna en tal materia. Es la *vis atractiva* de los derechos fundamentales la que innovó nuestro ordenamiento a partir de 1978 y la que comporta no pocas excepciones a la aplicación de las reglas generales de aplicación del Derecho, pero no al revés.

Pero, en segundo lugar, decíamos que era imprescindible clarificar otra cuestión y no porque la Sala vaya a entrar en modo alguno en la calificación de la historia (cosa que no puede ser función del juez como el propio TC recuerda en la ya citada sentencia 43/2004) sino porque hemos de tratar de responder a la cuestión de la legitimación activa sin desconocer la forma en que, tan decididamente, la ha resuelto la sentencia impugnada.

Por ello hay que subrayar bien que, desde la coherencia de la propia sentencia apelada, decididamente defensora del orden democrático, nunca podía haber llegado a la conclusión de que una persona jurídica (ni tampoco una física) asuma los derechos fundamentales de nadie, ni los de la personalidad ni ningunos otros, pero mucho menos aquéllos así denominados “de la personalidad”; pues ello es justamente lo que caracteriza los ordenamientos jurídicos en regímenes no democráticos. No en vano los derechos fundamentales, como la propia sentencia que analizamos y la

demanda de instancia reconocen, son personales, inalienables, imprescriptibles... Ni en vano la citada Ley Orgánica 1/1982 habilita a los concretos y expresamente mencionados familiares para la defensa del honor del ofendido ya fallecido.

Sin embargo, no por ello, siquiera en estos casos de expresa habilitación legal, puede afirmarse que sean los titulares del honor que defienden, sino que se hallan excepcionalmente habilitados por la Ley para la defensa jurisdiccional de un honor que no es el propio. Solo a modo de ejemplo cabría recordar lo que se lee en el F. J. 3 de la STC231/1988: "...una vez fallecido el titular de estos derechos, y extinguida su personalidad... lógicamente desaparece también el mismo objeto de la protección constitucional, que está encaminada a garantizar... un ámbito vital reservado que con la muerte deviene inexistente...".

En definitiva, bajo ningún concepto en nuestro ordenamiento jurídico y justamente por ser democrático, cabe que una persona ni jurídica ni física se irrogue derechos personales de nadie. Y, siendo ello así, resulta inadmisibles el razonamiento que la sentencia de instancia lleva a cabo.

SÉPTIMO.- Ciertamente, la sentencia apelada no desconoce las dificultades de su propia construcción y, por ello, busca apoyo en la sentencia del T.C. 214/91 en la que el Alto Tribunal excepciona la regla general de la legitimación directa del titular del personalísimo derecho al honor (o de los familiares a que expresamente se refiere la Ley 1/1982 en los ya aludidos términos de defensa) para reconocer que la Sra. Violeta Friedman sí estaba legitimada para defender el honor del pueblo judío en relación a las afirmaciones realizadas y publicadas por el Sr. Leon Degrelle y publicadas por una Revista de ámbito nacional.

No por haber sido revolucionaria en su día dicha sentencia deja de ser impecable en su argumentación jurídica.

Objetivamente las ofensas y la degradación de las mismas no podían ser mayores. Obsérvese que no se trataba de ofensas genéricas o de imputaciones, incluso de naturaleza étnica, que dejaran en muy mal lugar al pueblo judío; mas precisamente se negaba en forma francamente injuriosa y degradante la realidad histórica del holocausto.

Provenían tales ofensas graves de un ex oficial de las SS y la Sra. Friedman había sufrido directísimamente el holocausto (que en términos groseros y maliciosos negaba el Sr. Degrelle atribuyéndolo a la pura invención y al victimismo patológico de los judíos) siendo por ello testigo excepcional de lo que ofensivamente se negaba por haber sufrido los graves padecimientos infligidos en uno de los mas atroces campos de concentración y por haber perdido en él a toda su familia de la que, quiérase o no, sí era legítima representante incluso en los más formalistas y estrictos términos de la Ley Orgánica reguladora (ya trascrita) por lo que a su familia y a ella misma se refería.

Ni que decir tiene que el supuesto tan escuetamente recordado en absoluto es comparable con la posición de la recurrente que es una asociación que carece de representatividad alguna, según se ha dicho ya, y, por consiguiente, de cualquier posibilidad de legitimación en el procedimiento.

Frente a la ya referida posición de víctima y por consiguiente directa ofendida de la Sra. Friedman (judía de nacimiento y por ello víctima que sufrió en el campo de concentración, después sarcásticamente negado por su ofensor, amén de la representatividad familiar aludida que en ella concurría) la recurrente siquiera alega relación alguna con quienes dice defender.

Llama mucho la atención a este respecto que, según sus propias manifestaciones, se inscribió como asociación cultural en mayo de 2005, es decir, con posterioridad incluso a la celebración del contrato que ella misma aporta entre los documentos que acompañan a la demanda por el que, en fecha 1 de febrero de 2005, por el Ayuntamiento, ahora apelante, se contratan con la empresa Servicios y Contratas Prieto, S. A. los servicios de inhumación, exhumación, mantenimiento y vigilancia del Cementerio General. Ningún punto de conexión existe, por lo tanto, entre el precedente invocado por la recurrente y el caso presente. Curiosamente, sin embargo, entre las quejas que formula ante el Juzgado llega a afirmar que la demandada habría emprendido obras en el cementerio justamente al conocer las investigaciones que la demandante llevaba a cabo.

Absolutamente descartado que la recurrente pueda invocar la representación y defensa del derecho al honor que pretende, aun en el caso de que hubieran concurrido actos y/o manifestaciones por parte de la demandada que tuvieran algo que ver con el derecho fundamental al honor, cosa que no es así según hemos dicho ya (y, realmente, hasta la propia sentencia apelada lo reconoce indirectamente, aunque las consecuencias jurídicas que extraiga sean las opuestas, pues en ella se niega la existencia, incluso, de la vía de hecho que la recurrente atribuye al Ayuntamiento, tal como ya se ha recordado), hemos de razonar la posible vulneración del derecho, este sí, alegado como propio por la demandante, que reconoce el art. 20.1 b) de la Constitución.

OCTAVO.- Ciertamente, entre las libertades que el art. 20 de la Constitución reconoce en su primer párrafo, la letra b) se refiere al derecho a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica. Derecho, por cierto, sobre el que apenas existe elaboración doctrinal hasta el punto que parte de la doctrina, en base a la elaboración civilista, lo reconduce al derecho de autor.

En las escasas ocasiones en que nuestro Tribunal Constitucional se ha podido referir a él siquiera ha podido individualizarlo, conceptuándolo con claridad respecto de las libertades informativas que también se reconocen en el mismo párrafo 1 del art. 20 de la Constitución; pues, aunque en el Voto Particular del Magistrado Rubio Llorente a la sent. 43/2004 se discrepa de la posición mayoritaria del Alto Tribunal, afirmando que se trata de un derecho autónomo, es lo cierto que tampoco nos explica el por qué.

En todo caso, aunque, según se ha dicho ya, la recurrente ahora apelada y la propia sentencia de instancia, citan esta sentencia como aval de su pretensión, en realidad carece de aplicación alguna al supuesto planteado puesto que aquel caso se trataba de un conflicto de competencias entre el Estado y la Comunidad Autónoma de Cataluña por el que aquél reivindicaba para sí la competencia y facultad de decidir la calificación de los espectáculos artísticos y teatrales en función de la edad del público que había de visionarlos.

Volviendo, pues, a la cuestión de la conceptualización del derecho de libertad invocado, la decisión mayoritaria de la sentencia de referencia, 43/2004, se acoge a lo ya declarado por el mismo T. C. en su sentencia 153/1985, F. J. 5º: "...el derecho a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica... no es sino una concreción del derecho a expresar y difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones, difusión que referida a las obras teatrales presupone no sólo la publicación impresa del texto literario, sino también la representación pública de la obra, que se escriba siempre para ser representada..."

La idea que, según hemos dicho ya, se reitera en la sentencia 43/2004, en esta ocasión para recordar a las partes la aplicación del contenido del párrafo 4 del mismo art. 20 C.E. (que "Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia"), es, por lo demás, la que el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha venido aplicando al encontrar el anclaje jurídico de la nueva libertad en la de expresión regulada por el art. 10 del Convenio de Roma.

Así lo hizo en el caso Müller y otros (1988) y en cuantas con posterioridad no han hecho sino remitirse al caso Müller (Otto Preminger –Institut, de 1993 y Karatas, de 1999) en el que, en efecto, se afirmaba: "es indudable que el art. 10 no especifica que la libertad de expresión artística controvertida se incluya en su ámbito de aplicación; pero no distingue entre las diversas formas de expresión... Comprende la libertad artística – especialmente en la libertad de recibir y comunicar informaciones e ideas- que permite participar en el público intercambio de informaciones e ideas culturales, políticas y sociales de cualquier naturaleza.... Por su parte, el art. 19.2 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, que incluye expresamente las informaciones e ideas "de forma artística", demuestra que dicho concepto de libertad es lo suficientemente amplio para abarcar la libertad artística. ...Los que crean, interpretan, propagan o exponen una obra de arte contribuyen al intercambio de ideas y de opiniones indispensable en una sociedad democrática".

Y siendo ello así, del mismo modo que acabamos de apuntar la consecuencia jurídica que de la vinculación del derecho invocado a las libertades informativas se desprende, cual es la aplicación del párrafo 4 del art. 20 CE, no cabe olvidar la que del mismo modo se desprende de lo transcrito como pronunciamiento del

T.E.D.H, esto es, que también a la libertad de creación artística, científica... se aplica el párrafo dos del Convenio de Roma en el que se lee:

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

Ciertamente, la normativa internacional y el Derecho Comparado pueden aportar elementos de interés para la interpretación jurídica pero ello exige conocer el alcance y significación de los concretos preceptos que se invocan pues la invocación que en la sentencia impugnada se contiene de abundante *soft law*, requiere una previa determinación de sus ámbitos. Aplicándonos a nosotros mismos el debido rigor en las citas, pese a lo dicho sobre el TEDH, no podemos olvidar que nuestra Constitución reconoce en forma separada las libertades que aquel interpreta unidas lo que evidentemente, ha de conducirnos a la necesidad de considerar que, como afirmara el Magistrado Rubio Llorente en el ya citado V. P., la letra b) del art. 20.1 reconoce una libertad autónoma.

Así, de una parte, esta Sala no puede ignorar la vinculación expresamente establecida por el máximo intérprete de la Constitución entre la letra a) y b) de dicho artículo constitucional; y, de otra, no puede ignorar la específica mención de una libertad que se contiene en la letra b). No es función nuestra llevar a cabo ahora una construcción doctrinal que permita determinar los perfiles específicos que, pese a la frecuente coincidencia entre ambas libertades, permita distinguirlas en algunos casos concretos. Pero sí hemos de resolver la cuestión de si estamos ante un legítimo uso de la libertad invocada y, caso de ser así, si se hace por el propio titular pues, si bien el Ministerio Fiscal, de la falta de titularidad del derecho al honor invocado deduce la improcedencia de la alegación de la libertad ahora analizada (y, ciertamente, la demanda las vincula de tal suerte que podría concluirse así), no lo es menos que la invocación de tal derecho, por su especial protección constitucional, nos impone el deber de comprobarlo; todo ello sin perjuicio de que, aún determinando que la libertad invocada sí tenga por titular a la recurrente, tras esta consideración subjetiva, deberemos también comprobar si existe relación de la recurrente y su supuesta libertad invocada con el lugar concreto en que desea ejercerla o si, cuanto menos, existe un mínimo principio de prueba de lo que afirma respecto del concreto lugar sobre que lo afirma en abierta contradicción con las pruebas documentales.

NOVENO.- Será suficiente para la debida comprensión de lo que alegan tanto la demanda como la sentencia impugnada, recordar que ellas mismas definen el derecho invocado como un DERECHO DE LIBERTAD. En efecto, los derechos que en

sus cuatro letras reconoce el art. 20.1 de la Constitución son derechos de libertad, son libertades públicas según denominación de raigambre en el constitucionalismo español y también introducida en el texto constitucional y en las leyes de desarrollo; “derechos fundamentales y libertades públicas” constituyen un binomio inescindible cuando nos queremos referir a los derechos especialmente protegidos por la Constitución y así lo hace ella misma nada menos que en el epígrafe de la Sección Primera del Capítulo Segundo del Título I, en el art. 81.1 -precisamente para reservarles la regulación de Ley Orgánica-, etc. Y, sin necesidad de alejarnos del art. 20 de la Constitución, su párrafo 4, ya transcrito, llama a los derechos reconocidos en las cuatro letras de su párrafo 1, como lo que realmente son, libertades: “Estas libertades...”.

Pues bien, esta pertenencia del concreto derecho de libertad invocado al grupo de las reconocidas en el párrafo 1 del art. 20 es por sí sola suficiente para permitirnos analizar en qué medida el Ayuntamiento de Valencia ha podido vulnerar la supuesta libertad de la recurrente, cosa que no ofrece duda alguna a la Juzgadora de instancia. Pero habremos de saber cuál es el contenido esencial de las libertades en general y en particular de la invocada, o, lo que es lo mismo, el ámbito que la Constitución protege, para saber si el Ayuntamiento, ahora apelante, al pretender construir nichos, ha vulnerado o no la libertad de la apelada.

En primer lugar, hemos de recordar que las libertades son derechos-autonomía o, como dice la demanda, de libertad, porque han de ejercerse en libertad y, por ello, sus titulares gozan de la facultad de repeler las intromisiones que impidan su libre ejercicio o, *a posteriori*, de pedir a la Justicia que declare la existencia de vulneración y disponga sobre la reparación, cuando ello es posible.

Por lo tanto, y esto es lo importante, no son derechos de prestación como con absoluta claridad manifestó ya el T. C. en una de sus primeras sentencias (caso Prensa del Movimiento) pues el ejercicio de la libertad de información y de expresión, con ser pilares básicos de todo régimen democrático no pueden comportar para la sociedad el que se dispongan los medios que requieren los profesionales para su cotidiano ejercicio. Ni por lo demás contribuiría al libre ejercicio de las libertades que estas fueran “facilitadas” desde ningún poder político o social, por lo que la sentencia impugnada, al confundir ambos tipos de derechos, bien distintos, desconoce no solo la especificidad del ejercicio libre de los derechos de que hablamos sino, sobre todo, los riesgos que para los mismos comporta la intervención que parece reclamar.

Desde esta perspectiva, si ahora nos preguntamos (como *supra* hemos hecho sobre la supuesta vulneración del honor) sobre las acciones de la demandada con las que se haya podido vulnerar el libre ejercicio de la libertad de creación científica que la demandante invoca, habremos que concluir que ningún impedimento al desarrollo de la investigación se deduce de la documentación obrante en los Autos y en el expediente administrativo adjunto. De ellos, por el contrario, se deduce que se han podido consultar cuantos libros de registro existen habiéndose llevado a cabo una supuesta investigación de la que existe constancia en la propia web de la demandante.

No cabía, por ello, si entendemos bien lo que un derecho de libertad comporta, haber estimado la alegación de la demandada de que se hubiera vulnerado su derecho. Si de nuevo recordamos las manifestaciones del caso Müller, ya transcritas, podremos observar que lo específico de la libertad artística allí invocada no era sólo el que se pudiera escribir una obra sino que pudiera llevarse a cabo la finalidad con que toda obra de creación nace, su exteriorización, su exposición al público.

Y ello se ha hecho por la actora sin que la demandada, ahora apelante, lo haya impedido o dificultado y, probablemente, sin que haya adoptado siquiera las debidas medidas de protección a los datos que con excesiva facilidad ha expuesto sin las previas cautelas que en ocasiones el propio ordenamiento jurídico establece respecto de los datos de interés privado y/o público, razón por la cual la Constitución al reconocer el derecho de acceso a los archivos y registros, nos recuerda que es un derecho de configuración legal.

En segundo lugar, para centrarnos de nuevo en el régimen jurídico del grupo de libertades a que pertenece la invocada (y precisamente por lo que acabamos de decir sobre la posible existencia de otros derechos o bienes jurídicos que también se deben salvaguardar), no hay que olvidar que su ejercicio libre en muchas ocasiones requiere de regulación (por supuesto por Ley Orgánica ex art. 81.1) tal como podemos comprobar en el ejercicio de la libertad de información en función del medio o soporte que se utilice; lo mismo cabe decir de la libertad de enseñanza, de la de asociación o de la libertad de reunión. Es muy probable que la concreta libertad invocada no haya requerido aun de una específica disposición desarrolladora por que en términos generales pueda ser ejercida libremente bajo la cobertura de la mas general libertad de expresión, como hemos visto *supra* en los pronunciamientos del T. C. y del T. E. D. H. y porque, quiérase o no, la actividad investigadora tiene, en general, sus propias sedes en los centros de investigación y en las Universidades y, por consiguiente, la normativa de desarrollo acaba siendo sectorial. Por ejemplo, es de todos conocido que las Universidades expiden la Certificación de suficiencia investigadora cuando procede y por cada interesado se han cumplido los requisitos al efecto establecidos. Probablemente, si el constituyente o el legislador hubieran previsto la posibilidad de que la ciudadanía sintiera espontáneamente la vocación investigadora sin vinculación alguna a Centro o institución y sin precisión siquiera de acogerse a Area de conocimiento alguna (con la consiguiente obligación de atenerse a las pautas metodológicas de la misma), hubieran procedido a regular (sin restringir, pero regularizando y "normalizando") tan loable actividad en la medida en que al tratarse de un derecho-libertad fundamental, la eventual difusión de tal vocación requeriría de orden y concierto tal como ocurre en la distribución de las ondas radioeléctricas o en la autorización de centros de enseñanza, etc.

Si de nuevo observamos el presente caso, la demandante invoca la Ley de Patrimonio Valenciano, lo que resulta francamente extraño por cuanto no nos encontramos en zona o ámbito regulado por la misma. Y ello resulta extraño además por cuanto acompaña a la demanda, entre otra documentación que aparentemente la avalarían, dos informes:

En el primero de ellos, firmado por un Profesor Titular de Derecho Administrativo, se contiene una detallada y minuciosa referencia tanto histórica como presente a la regulación que siempre, y también ahora, han requerido los Cementerios a fin de regular la actividad pública que en los mismos desarrolla la Administración y a fin de llevarla a cabo del modo más respetuoso con los familiares de los inhumados (y cuando procede también de los exhumados) y en la forma que las normas sanitarias regulen en la medida en que en dicha actividad también ha de considerarse la preservación de la salud pública.

El segundo informe, que en realidad no lo es por haberse escrito en papel con membrete del Consell Valencia de Cultura, sin firma ni identificación alguna, se limita a exponer el valor literario, histórico y artístico de la parte más vieja del cementerio lamentando que no se destine a la misma un técnico que mantenga las lápidas en condiciones de ser conservadas sin que tengan que desaparecer por el lógico paso del tiempo para poder ir adecentando la zona.

En definitiva, ambos informes vienen a confirmar la necesidad de regulación de toda la actividad que en los Cementerios, y en concreto en el de Valencia, se haya de llevar a cabo, cuya naturaleza, como también su responsabilidad, es de carácter público; y, por consiguiente, los dos vienen a avalar la necesidad de que también los particulares requieran de autorización para cualquier tipo de intervención en tales zonas públicas de conformidad con las normas vigentes, sin que la pura invocación de una libertad pueda ignorar el ordenamiento jurídico. Con absoluta claridad respondió el T. C. español, por Auto 327/95, al Moviment Comunista de Catalunya que ni la fundamentalísima libertad de expresión ni la potenciación que a la misma ofrece el desarrollo de la campaña electoral, permite desconocer que los carteles electorales han de pegarse en los lugares a tal efecto habilitados.

En tercer lugar, aunque las libertades tienen un titular universal, su ejercicio exige de los mismos cierta “madurez” o adecuación a la finalidad para la que cada una de ellas se reconoce en relación con el pleno desarrollo de la personalidad porque, a diferencia de los derechos personalísimos, se ejercitan o se exteriorizan pudiendo poner en riesgo otros derechos o bienes jurídicos protegidos (recuérdese el contenido del art. 20.4 CE) y, por consiguiente, no está exento de eventual exigencia de responsabilidad derivada de un incorrecto ejercicio. Tal vez, en este sentido, el caso de la libertad de cátedra que precisamente se reconoce en la letra c) del mismo párrafo y artículo constitucional, justamente a continuación de la que ahora nos ocupa, resulte el ejemplo más claro. Todos podemos ser titulares de dicha libertad, pero habrá de cumplirse con ciertos requisitos profesionales y, aun así, habrá de ejercerse en el propio ámbito y no en todos. No creemos que siquiera la demandante sostenga que un catedrático o profesor, o especialista en física, por ejemplo, pueda alegar su libertad de cátedra en historia... ni tampoco viceversa.

De ahí que al situar, como hace la recurrente, sus alegaciones en el ámbito de la investigación histórica, habría resultado siquiera oportuna una mención o justificación de carácter profesional que necesariamente va más allá de la mera constitución de una asociación cultural.

En todo caso, la Sala ni pretende entrar en la habilitación profesional de la demandante ni en la legitimación activa de la misma para invocarla, por no ser esta cuestión planteada por las partes. Lo que sí niega abiertamente la Sala, y por ello ha debido realizar las precisiones precedentes, es que la sola invocación de la libertad reclamada pueda hacerse, tal como cree la sentencia apelada, sin más, como se ha llevado a cabo.

Y, sobre todo, que sin haber realizado el mas mínimo análisis de lo que tal libertad es y representa, se afirme que ha existido vulneración de la misma cuando, tal como ya se ha dicho y repite la demanda en varias ocasiones, la investigación “histórica” ha sido ya realizada y publicada por diversos medios.

Ciertamente, reclama mucho más la demandante y concede la sentencia apelada. Pues pretende poder completar dicha investigación histórica con estudios forenses de los restos humanos y es evidente que tras todo lo dicho de lo que realmente sea la libertad de investigación nada tiene esta (así, lisa y llanamente invocada) que ver con las pretensiones de la demandante que no solo debería haber probado su interés legítimo en solicitar las pertinentes autorizaciones (cosa que tampoco hizo, como la propia sentencia impugnada reconoce en su pag. 19, *in fine*) todo ello en el supuesto que estuviéramos ante un lugar habilitado para la investigación que pretende, cuestión en la que no entramos por tratarse de cuestiones de legalidad ordinaria que exceden nuestra estricta función de revisar lo que la sentencia impugnada ha dicho y entendido sobre los derechos y libertades invocadas.

Baste ahora recordar lo que la propia sentencia dice al respecto en pag. 19: “En el presente caso, no nos encontramos ante un espacio declarado lugar histórico ni zona arqueológica, ya que la fosa, no ha sido registrada como sitio histórico, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Patrimonio Cultural Valenciana, ni ha sido solicitado autorización, ni interesado por la recurrente la incoación de expediente, para la declaración de bien de interés cultural, pero la consecuencia de la construcción de nichos en el lugar, en el que se ubica la fosa, impediría las labores de investigación que la actora pretende, de estudio arqueológico forense, de análisis de la fosa y de los restos, que resulta estrictamente el interés legítimo de la recurrente respecto al derecho fundamental que debió ser tutelado, de una situación jurídico material identificable, no con un interés genérico, sino con un interés cualificado y específico como el derecho a llevar a cabo un trabajo de investigación por la recurrente sobre la fosa...”.

La sola lectura del párrafo transcrito permite explicar que, como en el caso ya razonado sobre la injustificada alegación del derecho al honor, se haya debido hacer una exposición conceptual como la realizada en los Fundamentos jurídicos precedentes al solo efecto de concluir que absolutamente nada tiene que ver la reclamación del recurso administrativo con la libertad de investigación que reclama o, cuanto menos, no con la relevancia constitucional y fundamental de dicha libertad para cuya protección ha previsto nuestra Ley Jurisdiccional a través del procedimiento especial que indebidamente ha sido admitido por la juzgadora de instancia.

DÉCIMO.- La última de las alegaciones de orden constitucional-fundamental por la aplicación del art. 53.2 CE se refiere a la invocación del principio de igualdad del art. 14 de la Constitución. La negación de legitimación activa para haber invocado la protección del derecho al honor y no concurrencia de relevancia constitucional en la segunda de las invocaciones de la demanda, por no haber sido vulnerada la libertad invocada, ni haberse argumentado siquiera la legitimación de la recurrente para invocarla como ya ha quedado puesto de relieve en nuestra fundamentación, exime a la Sala de tener que considerar la tercera de las invocaciones constitucionales, sabido como es que en principio el derecho a la igualdad, cuando es tal, no suele ser un derecho autónomo y principalmente en este caso en que se invoca inextricablemente unido al exigido respeto al derecho al honor y al derecho o libertad de investigar. Procede, por ello anular también la sentencia en este aspecto.

Para concluir, hemos de recordar que la posible utilización indebida del procedimiento especial como el aquí seguido ha llevado al T. C. y también al T. S. ha tener que perfilar los requisitos de admisibilidad del mismo. Así, ya en S.T.C. de 16 de junio de 1982 negaba que exista "una facultad del ciudadano para disponer del proceso especial sin más que la mera invocación de un derecho fundamental" de suerte que no es la invocación del derecho lo que por sí solo determina el éxito de la acción, sino la justificación razonada de que tal derecho ha sido infringido.

UNDÉCIMO.- Debe estimarse el recurso de apelación sin que, de conformidad al art. 139.2 LJCA, proceda hacer expresa imposición de las costas en esta segunda instancia.

Por lo que se refiere a la primera instancia, se imponen las costas procesales de la misma a la recurrente por el sostenimiento tan temerario de acciones referidas a un procedimiento especial que trata de preservar los derechos fundamentales y las libertades públicas en los términos y ámbitos que la Constitución establece y no por la pura y no razonada invocación de los mismos, tanto mas que carecen de legitimación quienes así lo hacen.

Vistos los artículos citados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

1) Debemos estimar y estimamos el recurso de apelación tramitado con el número de rollo 569/07 por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de los de Valencia, en el procedimiento de defensa de los Derechos Fundamentales nº

337/06, en el que ha sido apelante el AYUNTAMIENTO DE VALENCIA, representado por el Procurador don Juan Salavert Escalera, y apelada la entidad FORUM PER LA MEMORIA HISTORICA DEL PAIS VALENCIA, representada por el Procurador don Juan Antonio Ruiz Martín,

2) Debemos anular y anulamos en todos sus términos la sentencia apelada.

3) Declaramos la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo tramitado por el Juzgado de lo contencioso administrativo num. 2 de los de Valencia por el procedimiento especial de protección de los Derechos Fundamentales con el num. 337/2006, interpuesto por la entidad FORUM PER LA MEMORIA HISTORICA DEL PAIS VALENCIA, representada por el Procurador don Juan Antonio Ruiz Martín, en lo que se refiere a la alegación de vulneración del derecho al honor por no concurrir en la recurrente la legitimación activa constitucionalmente exigible,

4) Declaramos la inadmisibilidad del mismo recurso contencioso referenciado en lo que se refiere a la alegación de vulneración del derecho a la libertad de investigación reconocido en el art. 20.1,b) de la Constitución y del principio de igualdad por no concurrir en el caso relevancia constitucional alguna ni libertad fundamental que habilite a la recurrente para la interposición del recurso por la vía jurisdiccional especial de protección de los derechos fundamentales,

5) Sin pronunciamiento sobre las costas de esta segunda instancia y con imposición de las de la primera instancia a la recurrente.

A su tiempo y con certificación literal de la presente, devuélvanse los autos al Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 8 de Valencia, para el cumplimiento y ejecución de la presente sentencia.

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

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado ponente del presente recurso, estando celebrando Audiencia Pública esta Sala, de la que, como Secretaria de la misma, certifico,