

Sentencia de 1 de octubre de 1998, del Tribunal Constitucional

SENTENCIA núm. 194/1998

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Es objeto de la presente demanda de amparo la sentencia del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Badajoz por la que se condenó al ahora recurrente, como autor de una falta del art. 572.2.1 del Código Penal de 1973 (en su versión anterior a la modificación introducida por la Ley Orgánica 3/1989), a la pena de 5.000 pesetas de multa, con arresto sustitutorio de dos días en caso de impago. El motivo de la condena fue el ejercicio por el recurrente de actividades como Profesor de Educación Física en la Escuela Privada de Formación Profesional "V." de Badajoz sin estar incorporado al correspondiente Colegio Profesional.

Disponía el art. 572.2. C.P., en la redacción vigente en el momento de suceder los hechos por los que se condenó al demandante de amparo, que "serán castigados con la multa de 1.500 a 15.000 pesetas: 2.1 el titulado o habilitado que ejerciere su profesión sin hallarse inscrito en el respectivo colegio, corporación o asociación oficial, siempre que sea exigido reglamentariamente este requisito". En el caso de los Profesores y Licenciados en Educación Física, la exigencia de colegiación se deduce de la conexión entre lo establecido con carácter general, en el art. 3.2 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, reguladora de los Colegios Profesionales (que en la versión dada por la Ley 7/1997, de 14 de abril, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y de Colegios Profesionales, establece que "es requisito indispensable para el ejercicio de las profesiones colegiadas hallarse incorporado al Colegio correspondiente") y lo dispuesto en el art. 15 de los Estatutos de los Colegios de Profesores de Educación Física (en la actualidad Colegios de Profesores y Licenciados en Educación Física) aprobados por el Real Decreto 2.957/1978, de 3 de noviembre, precepto que, en la redacción dada por el Real Decreto 1.885/1981, de 3 de julio, establece: "1. Para ejercer la profesión de Profesor de Educación Física, ya sea particularmente o al servicio de cualquier empresa o entidad no estatal, será condición obligatoria, además de cumplir todos los requisitos que las Leyes y disposiciones vigentes prescriban, pertenecer al Colegio Oficial de Profesores de Educación Física o, en su caso, a los Colegios de ámbito territorial reducido que en su día se constituyan.

SEGUNDO.- La colegiación será voluntaria para los titulados que estén al servicio del Estado y se limiten a desempeñar las funciones de su cargo oficial, pero será forzosa cuando dichos titulados realicen trabajos de carácter particular de los indicados en el apartado que antecede. También será voluntaria para aquellos titulados que no ejerzan ninguna actividad profesional. "2. Considera el recurrente de amparo que la Sentencia impugnada es contraria a los arts. 14 y 28.1 C.E. en la medida en que le impone una sanción penal por no cumplir con una exigencia de colegiación que considera contraria a los derechos a la igualdad y a la libertad sindical que los mencionados preceptos constitucionales consagran. Sostiene, en primer lugar, que la previsión de colegiación obligatoria sólo para los Profesores de centros no estatales resulta contraria al derecho a la igualdad que garantiza el art. 14 C.E. Entiende, en segundo lugar, que la obligación de colegiarse que se impone a los Profesores que, como él, trabajan por cuenta ajena es contraria a la libertad sindical (art. 28.1 C.E.).

Al objeto de delimitar con mayor precisión la cuestión, conviene desde este momento dejar claro que, aunque en la demanda se alude formalmente al derecho a la libertad sindical, éste en nada se ve comprometido, pues ni la colegiación impide la pertenencia a un sindicato ni el Colegio Profesional puede considerarse como un sindicato a los efectos de la libertad negativa de sindicación. Por otra parte, de las propias alegaciones del recurrente parece deducirse que el derecho que realmente se considera lesionado no es otro que la libertad negativa de asociación que garantiza el art. 22 de la Norma fundamental. Así lo entienden también, tanto el Delegado provincial del Colegio Oficial de Profesores y Licenciados de Educación Física de Badajoz, como el Ministerio Fiscal.

El recurrente parece asimismo referirse, si bien de manera indirecta, al derecho del art. 35 C.E. en la medida en que la previsión de colegiación obligatoria vendría a suponer un condicionante injustificado al desempeño de la propia profesión. Se trata, en todo caso, de un derecho que, según lo dispuesto en el art. 53.2 C.E., queda extramuros de la tutela que ofrece el recurso de amparo.

Al margen del debate procesal debe quedar también el derecho a la legalidad penal que garantiza el art. 25.1 C.E. no invocado por el recurrente. No se cuestiona en la demanda de amparo la constitucionalidad de la norma penal desde la perspectiva del mencionado derecho y tampoco se denuncia una interpretación extensiva in malam partem del precepto, sino la constitucionalidad de la obligación de colegiarse para el ejercicio de la actividad de Profesor de Educación Física en un colegio privado. Por ello y como acertadamente señala el Ministerio Fiscal, lo que realmente se debate es la constitucionalidad del precepto estatutario utilizado por el órgano judicial para integrar la norma penal, de manera que aquél, al aplicar ese precepto sin disentir su validez, habría materializado la lesión de los derechos fundamentales invocados. La cuestión se plantea, así, en términos similares a los del recurso de amparo resuelto por la STC 35/1993.

Esta delimitación evidencia que el recurso no ha quedado sin objeto como consecuencia de la supresión en el Código Penal de 1995 de la falta tipificada en el art. 572 del Código anterior, ya que, si bien se recurre directamente la sanción penal, lo que en última instancia quedaba cuestionado es la constitucionalidad de una exigencia de colegiación contenida en normas que siguen en vigor. Procede, en consecuencia, examinar si la exigencia de colegiación obligatoria de los Profesores de Educación Física que trabajan en centros docentes privados es contraria a la libertad de asociación y al derecho a la igualdad.

TERCERO.- Se alega en primer lugar la posible infracción del derecho a la igualdad (art. 14 C.E.) que se produciría según el recurrente al eximir el art. 15 del Real Decreto 2.957/1978 de colegiación obligatoria a "los titulados que estén al servicio del Estado y se limiten a desempeñar las funciones de su cargo oficial".

No puede concluirse que la diferencia de trato prevista en la norma estatutaria sea lesiva del derecho a la igualdad. Como hemos señalado en la STC 131/1989, "es perfectamente admisible que las exigencias establecidas con carácter general, como es el requisito de la colegiación obligatoria, cedan o no sean de aplicación en casos, como el que motiva el presente recurso, de que quienes ejerzan la profesión colegiada lo hagan únicamente como funcionarios o en el ámbito exclusivo de la Administración Pública, sin pretender ejercer privadamente, con lo cual "viene a privarse de razón de ser al sometimiento a una organización colegial justificada en los demás casos" (STC 69/1985, fundamento jurídico 2.1); en tal supuesto, la Administración asumiría directamente la tutela de los fines públicos concurrentes en el ejercicio de las profesiones colegiadas que, con carácter general, se encomiendan a los Colegios Profesionales. Corresponde, pues, al legislador y a la Administración Pública, determinar por razón de la relación funcional con carácter general, en qué supuestos y condiciones, al tratarse de un ejercicio profesional al servicio de la propia Administración e integrado en una organización administrativa y por tanto de carácter público, excepcionalmente dicho requisito, con el consiguiente sometimiento a la ordenación y disciplina colegiales, no haya de exigirse, por no ser la obligación que impone proporcionada al fin tutelado" (fundamento jurídico 4º). Como venimos reiterando, la obligación de incorporación a un Colegio para el ejercicio de la profesión se justifica no en atención a los intereses de los profesionales, sino como garantía de los intereses de sus destinatarios. En el caso de quienes trabajan para centros públicos, esa garantía puede ser asumida por la Administración y, en consecuencia, la exención de colegiación aparece como una medida razonable, ajena a todo propósito discriminatorio contrario al art. 14 C.E.

CUARTO.- Procede a continuación examinar la cuestión relativa a la vulneración del derecho a la libertad de asociación y, al respecto, hemos de recordar que son ya numerosas las ocasiones en que este Tribunal se ha pronunciado sobre la relación entre los Colegios Profesionales y el derecho de asociación que garantiza el art. 22 C.E. Con carácter general hemos establecido que los Colegios no son asociaciones a los efectos del mencionado

precepto constitucional, por lo que ni existe un derecho de los ciudadanos a crear o a que los poderes públicos creen Colegios Profesionales ni a éstos les es aplicable el régimen propio de las asociaciones (SSTC 89/1989, 131/1989, 139/1989 y 244/1991, entre otras). También hemos abordado esa relación desde la perspectiva de la colegiación obligatoria, concluyendo que el hecho de que se imponga la pertenencia a un Colegio no es por sí mismo contrario a los arts. 22 y 28 C.E., ya que no excluye la adscripción del colegiado a las asociaciones o sindicatos que estime conveniente (SSTC 123/1987, 139/1989 y 166/1992).

En cuanto a la compatibilidad entre colegiación obligatoria y libertad negativa de asociación, que es la específicamente suscitada en el presente recurso, fue directamente examinada por la STC 89/1989, que resolvió una cuestión de inconstitucionalidad planteada contra el art. 3.2 de la Ley de Colegios Profesionales, precepto que, en la redacción entonces vigente, disponía: "será requisito indispensable para el ejercicio de las profesiones colegiadas la incorporación al Colegio en cuyo ámbito territorial se pretenda ejercer la profesión". Concluimos entonces que "la colegiación obligatoria, como requisito exigido por la Ley para el ejercicio de la profesión, no constituye una vulneración del principio y derecho de libertad asociativa, activa o pasiva, ni tampoco un obstáculo para la elección profesional (art. 35 C.E.), dada la habilitación concedida al legislador por el art. 36 (fundamento jurídico 8º). Ahora bien, esta afirmación fue hecha no sin antes recordar que los Colegios Profesionales "constituyen una típica especie de corporación, reconocida por el Estado, dirigida no sólo a la consecución de fines estrictamente privados, lo que podría conseguirse con la simple asociación, sino esencialmente a garantizar que el ejercicio de la profesión -que constituye un servicio al común- se ajuste a las normas o reglas que aseguren tanto la eficacia como la eventual responsabilidad en tal ejercicio, que, por otra parte, ya ha garantizado en principio el Estado con la expedición del título habilitante" (fundamento jurídico 5º). No son por tanto los fines relacionados con los intereses corporativos de los integrantes del Colegio -fines que, como acaba de recordarse, podrían alcanzarse mediante una asociación- los que justifican la legitimidad de la opción del legislador por la colegiación obligatoria, sino esos otros "fines específicos, determinados por la profesión titulada, de indudable interés público (disciplina profesional, normas deontológicas, sanciones penales o administrativas, recursos procesales, etc.)" (fundamento jurídico 7º).

Por otra parte, y como también se recuerda, en la resolución que venimos citando, "el legislador, al hacer uso de la habilitación que le confiere el art. 36 C.E., deberá hacerlo de forma tal que restrinja lo menos posible y de modo justificado, tanto el derecho de asociación (art. 22) como el de libre elección profesional y de oficio (art. 35) y que al decidir, en cada caso concreto, la creación de un Colegio Profesional, haya de tener en cuenta que, al afectar la existencia de éste a los derechos fundamentales mencionados, sólo será constitucionalmente lícita cuando esté justificada por la necesidad de servir un interés público" (fundamento jurídico 5º). Esta misma conclusión sobre la legitimidad constitucional de la colegiación obligatoria y su necesaria vinculación con la tutela de intereses generales ha sido reiterada en la STC 131/1989 y en las antes citadas SSTC 35/1993 y 74/1994.

En todo caso, pues, la calificación de una profesión como colegiada, con la consiguiente incorporación obligatoria, requiere desde el punto de vista constitucional la existencia de intereses generales que puedan verse afectados o, dicho de otro modo, la necesaria consecución de fines públicos constitucionalmente relevantes. La legitimidad de esa decisión dependerá de que el Colegio desempeñe, efectivamente, funciones de tutela del interés de quienes son destinatarios de los servicios prestados por los profesionales que lo integran, así como de la relación que exista entre la concreta actividad profesional con determinados derechos, valores y bienes constitucionalmente garantizados; extremos que podrán ser controlados por este Tribunal.

QUINTO.- Junto a ese requisito, la Constitución exige que sea el legislador quien deba determinar qué profesiones quedan fuera del principio general de libertad, valorando cuáles de esas profesiones requieren, por atender a los fines mencionados la incorporación a un Colegio Profesional, así como, en su caso, la importancia que al respecto haya de otorgar a la exigencia de una previa titulación para el ejercicio profesional. Así lo establece el art. 36 C.E., al afirmar que "la ley regulará las peculiaridades propias del régimen jurídico de los Colegios Profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas".

En efecto, como hemos dicho, la exigencia de adscripción forzosa a un Colegio Profesional supone, de un lado, una limitación al principio general de libertad y, más en concreto, del libre ejercicio de la profesión y, de otro, una excepción a la regla general de libertad negativa de asociación que forma parte del contenido constitucionalmente protegido del art. 22 C.E. Por ambos motivos, y según también hemos reiterado, es el legislador el que debe decidir cuándo el ejercicio de una profesión exige la colegiación obligatoria.

SEXTO.- Pues bien, aplicando esa doctrina al caso enjuiciado y comenzando por el requisito de la reserva de ley, cabe advertir que en la normativa vigente, la exigencia de colegiación obligatoria viene impuesta por el art. 3.2 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales. Esta Ley preconstitucional (que con las reformas introducidas por la Ley 74/1978, de 26 de diciembre, y por la Ley 7/1997, de 14 de abril, sobre medidas liberalizadoras en materia de suelo y de Colegios Profesionales, sigue siendo la única normativa existente sobre la materia), no concreta sin embargo las profesiones que han de ser colegiadas. No obstante, en la medida en que dispone que la creación de Colegios Profesionales se hará mediante ley (art. 4.1) garantiza la intervención del legislador y se adecúa así a las previsiones de la Norma fundamental, que exige una decisión de aquél sobre los Colegios Profesionales que hayan de crearse pero que no impone que ello se haga en una única y específica ley (STC 386/1993).

Ocurre, sin embargo, que en muchos supuestos la exigencia de colegiación viene determinada en normas infralegales, cual es el caso que nos ocupa de los Colegios Oficiales de Profesores y Licenciados en Educación Física pues, según venimos reiterando, la adscripción forzosa se contiene en el citado art. 15 de los Estatutos aprobados por Real Decreto 2.957/1978, de 3 de noviembre, reformados por el Real Decreto 1.885/198 1, de 3 de julio, que introdujo diversas modificaciones en el articulado, y por el Real Decreto 2.106/1983, de 15 de junio, que modificó la denominación hasta entonces vigente por la de Colegios Oficiales de Profesores y Licenciados en Educación Física. Ahora bien, este dato por sí mismo no implica la nulidad de la referida disposición estatutaria, puesto que la existencia del Colegio y la previsión de colegiación obligatoria derivaba -como ocurre en tantos otros casos- de normas preconstitucionales, que no devienen nulas por el hecho de que, posteriormente, la Constitución haya exigido un determinado rango para la regulación de tales materias, pues la reserva de ley del art. 36 o del art. 53.2 C.E. no puede aplicarse retroactivamente (por todas SSTC 11/1981, 83/1984, 219/1989 y 111/1993). Y la Disposición transitoria primera de la Ley 2/1974, de Colegios Profesionales, estableció que continuarían vigentes las disposiciones reguladoras existentes. Asimismo, el dato solo de que los Estatutos hubieran sido reformados tras la entrada en vigor de la Constitución, manteniendo la exigencia de colegiación, no supone tampoco vicio de nulidad en la medida en que el art. 3.2 de dicha Ley así lo establece.

SEPTIMO.- Finalmente, respecto de la exigencia de cumplimiento de fines públicos relevantes, una mera lectura del elenco de funciones asignadas a los Colegios Profesionales de Profesores y Licenciados de Educación Física por el art. 3 de los Estatutos evidencia que la adscripción forzosa se configura en este supuesto como un instrumento necesario para que el Colegio asuma la responsabilidad de velar sobre las actividades desarrolladas en ámbitos educativos privados o referidos al ejercicio libre de la profesión por los Profesores de Educación Física, para que aquéllas se realicen sin merma de la garantía de los derechos de los ciudadanos en cuanto destinatarios de tales actividades.

Por último, también desde la perspectiva de la actividad profesional desarrollada puede justificarse la legitimidad de la adscripción obligatoria de los Profesores de Educación Física. En punto a la valoración de la transcendencia de la actividad que los mismos desempeñan hay que recordar que la propia Constitución contiene un mandato a los poderes públicos para que fomenten "la educación física y el deporte" (art. 43.3 C.E.) y que ambas actividades aparecen, por otra parte, estrechamente vinculadas con la salud -a la que se refiere el apartado 1 del mismo art. 43 C.E.- De suerte que, no sólo son un medio para su mantenimiento, sino que permite evitar las repercusiones negativas que sobre la misma puede tener un ejercicio no adecuado de las diversas actividades físicas y deportivas, especialmente en aquellos deportes cuyo ejercicio conlleva un riesgo muchas veces no pequeño. Sin que pueda, por otra parte,

desconocerse la importancia y valoración cada vez mayor de estas actividades, a las que los poderes públicos vienen respondiendo con el establecimiento de nuevas exigencias de cualificación para los profesionales dedicados a las mismas y, de modo especial, para quienes tienen como función la de docentes de esta materia en los centros de enseñanza. Debe, además, tenerse en cuenta que los destinatarios de tales actividades son, en una buena parte de los casos, menores de edad, y ello redundaría en unas mayores exigencias de preparación y responsabilidad para quienes asumen dicha docencia. Razones que en el presente caso legitiman la norma que impone dicha colegiación obligatoria para el ejercicio de la profesión.

Se trata, por otra parte, de una profesión titulada cuyo Colegio integra a quienes están "en posesión del título de Profesor o, en su caso, de Licenciado de Educación Física, expedido o convalidado por el Estado español" (art. 14 de los Estatutos). En el momento de dictarse las resoluciones recurridas, el art. 6.3 de la Ley 13/1980, de 31 de marzo, General de Educación Física y Deporte, disponía que "las enseñanzas impartidas en los Institutos Nacionales de Educación Física, en cuanto centros de Enseñanza Superior para la formación, especialización y perfeccionamiento de profesores de Educación Física, tendrán el nivel que corresponde al primer y segundo ciclo de Educación Universitaria". Por su parte, el Real Decreto 790/1981, de 24 de abril, califica los Institutos Nacionales de Educación Física como centros de Enseñanza Superior (art. 1), centros que expiden los títulos de Diplomado y Licenciado en Educación Física, equivalentes a Diplomados y Licenciados universitarios -arts. 5 y 6-. En la actualidad, y tras la entrada en vigor de la Ley 10/1990, de 5 de octubre, del Deporte, que autoriza al Gobierno para adecuar las enseñanzas de la Educación Física que actualmente se imparten en los Institutos Nacionales de Educación Física a lo establecido en la Ley 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria, el Real Decreto 1.423/1992, de 27 de noviembre (sobre incorporación de las Enseñanzas de Educación Física a la Universidad), ha venido a reforzar el carácter universitario de estas enseñanzas.

Procede pues, por cuanto llevamos razonado, la desestimación del amparo.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA, Ha decidido Desestimar el presente recurso de amparo.

Publíquese esta Sentencia en el "Boletín Oficial del Estado".

Dada en Madrid, a uno de octubre de mil novecientos noventa y ocho.

Alvaro Rodríguez Bereijo.
José Gabaldón López.
Fernando García-Mon y González-Regueral.
Vicente Gimeno Sendra.
Julio Diego González Campos.
Pedro Cruz Vilialón.
Carles Viver Pi-Sunyer.
Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.
Tomás S. Vives Antón.
Pablo García Manzano.

Firmados y rubricados.

VOTO PARTICULAR

Voto particular que formula el Magistrado don Vicente Gimeno Sendra a la Sentencia recaída en el recurso de amparo núm. 2.514/89. La causa de mi respetuosa discrepancia con esta Sentencia reside en no haber estimado el presente recurso de amparo por haber infringido, a mi parecer, la Sentencia impugnada los derechos fundamentales a la legalidad penal y el de asociación en su vertiente negativa.

PRIMERO.- El principio de legalidad. Aun cuando el recurrente, no haya invocado en su demanda el principio de legalidad, tanto la Constitución, como nuestra Ley Orgánica, nos obligan ("Constitutionem novit Curia"), con o sin planteamiento de la "tesis", a apreciar de oficio la totalidad de las infracciones de las normas tuteladoras de los derechos fundamentales cometidas por el acto del poder público objeto de este amparo. Por tal razón, creemos que, al igual como ha acontecido con el derecho de asociación (que, sin haber sido tampoco alegado por el actor, no ha constituido, sin embargo, obstáculo alguno para entrar en su conocimiento), alguna respuesta debió haber dado este Tribunal a la infracción del principio de legalidad, en su primera manifestación de exigencia del cumplimiento de la "Lex praevia", la cual, a mi entender, no ha sucedido y ello, tanto si se considera aplicable el vigente art. 637 del C.P., como el art. 572 del derogado C.P.

a) La despenalización del art. 572 del C.P. de 1973.

La sentencia de instancia del año 1989, condenó al recurrente por haber cometido una falta de intrusismo contemplada en el art. 572 del C.P. de 1973, que contemplaba como conducta típica la del titulado que no se hallare "inscrito en el respectivo Colegio...".

El actual Código Penal (art. 637), sin embargo, tan sólo castiga a quien "se atribuyere públicamente la cualidad de profesional amparada por un título académico que no posee". De una simple comparación de ambas normas punitivas claramente se desprende que, estando el recurrente en posesión del título de Licenciado en Educación Física, aunque no estuviera colegiado, es claro que su conducta ha quedado, en la actualidad, "despenalizada" (que no, "descriminalizada") por lo que viene a faltar en el momento presente el presupuesto de la "Ley previa", el cual ha de estar vigente, no sólo en el momento de la comisión del hecho, sino también en el de la aplicación de la norma e incluso en el de la ejecución de la pena.

Por esta sola razón debió el amparo ser estimado, como también debió serlo en el improbable supuesto de que este Tribunal hubiera considerado hoy de aplicación el art. 572 del anterior C.P., vigente, tanto en el momento de la comisión del "hecho", como en el de la aplicación del derecho por la jurisdicción ordinaria.

b) La infracción de la "Lex praevia" por el art. 572 C.P.

Como es sabido, el derogado art. 572, al remitirse al requisito "reglamentario" de la incorporación al Colegio en el que había de darse de alta el "intruso", contemplaba una norma penal en blanco, lo cual en sí mismo no contraviene en modo alguno el principio constitucional de tipicidad, si no fuera por la circunstancia de que dicha remisión lo es a una norma reglamentaria. Esta circunstancia, por el contrario, sí que debe ser considerada como vulneradora del principio constitucional de legalidad, pues la integración normativa de normas penas en blanco ha de efectuarse a través de normas de idéntico rango o, lo que es lo mismo, dicha integración ha de respetar la reserva de ley, que, de conformidad con nuestra doctrina nacida con ocasión de la interpretación del art. 17 C.E. (quizás hubiera sido mejor la del art. 25), exigen al menos rango de Ley ordinaria y nunca la del Reglamento. Así, pues, bien sea reclamable en el momento actual el art. 637 del C.P. de 1995, bien lo sea la del art. 572 del C.P. de 1973, una conclusión deviene evidente en el presente caso: La de la infracción del art. 25 C.E. por ausencia de ley penal predeterminada.

SEGUNDO.- La infracción del derecho de asociación negativa. Pero es que, además, en mi opinión, se ha vulnerado también el derecho de asociación en su vertiente negativa, consistente en el derecho del recurrente a no ser obligado a asociarse o a incorporarse al "Colegio de Profesores y Licenciados de Educación Física" (Col.P.L.E.F., en lo sucesivo).

La infracción, sin embargo, del derecho de asociación no estriba aquí en haber incumplido el requisito de la reserva de Ley que debe legitimar cualquier actuación del poder público limitativa de un derecho fundamental, pues, aunque el Col.P.L.E.F. fuera creado por la potestad reglamentaria, tiene razón nuestra sentencia cuando observa que su instauración obedeció a

normas preconstitucionales (aunque no estaría de más que recibiera, en su caso, el refrendo legislativo, lo que no ha sucedido en dos ocasiones postconstitucionales).

La infracción de dicho derecho fundamental no obedece, pues, al incumplimiento de este primer requisito formal del principio de proporcionalidad, consistente en la legalidad de la medida, sino en el del material o principio de necesidad, conforme al cual ha de existir una justificación objetiva del sacrificio del derecho de asociación en aras del cumplimiento de otros derechos fundamentales o bienes constitucionales que lo legitimen.

Es la aplicación de esta doctrina sobre el subprincipio de necesidad (que correctamente se refleja en el fundamento jurídico 4º) al caso que nos ocupa, lo que motiva mi discrepancia. Según se afirma en el fundamento jurídico 7º la adscripción forzosa de los Profesores de Educación Física aparece, en primer lugar, "como un instrumento necesario para que el Colegio asuma la responsabilidad de velar sobre las actividades desarrolladas en ámbitos educativos privados ..." y, en segundo, la finalidad de la profesión justifica la restricción del derecho de asociación, por cuanto se relaciona con "la educación física y el deporte, actividades que aparecen estrechamente vinculadas con la salud". Pues, bien, a mi parece ninguno de estos dos criterios constitucionalmente se justifica:

A) La supuesta necesidad de la creación del Colegio de Profesores de Educación Física.

En el fundamento jurídico 4.1 se expone con acierto nuestra doctrina sustentada en la STC 89/1989 y se afirma que, para que se justifique objetivamente la creación de un Colegio Profesional, es necesario, de un lado, que la profesión incorporada obligatoriamente a la Corporación persiga fines de indudable interés público y, de otro, que la consecución de dicho fin y el control de la responsabilidad del ejercicio de la profesión exija dicha incorporación obligatoria.

El fundamento jurídico 7.1 transforma, sin embargo, dicha doctrina sobre la necesidad, haciendo "supuesto de la cuestión", pues no viene a demostrar que la importancia de la función y la deontología de la profesión exijan objetivamente la incorporación obligatoria (como no podía ser de otra manera, pues, la responsabilidad disciplinaria puede ser ejercida por el centro docente en donde el Profesor presta sus servicios), sino que, para que el Colegio asuma su función deontológica es necesaria la adscripción forzosa, con lo que la doctrina sobre la necesidad se transforma sustancialmente hasta quedar completamente difuminada. En lo sucesivo, siempre que se cree un Colegio, habrá que estimar cumplida la necesidad de la limitación del derecho de asociación, ya que el Colegio "es un instrumento necesario para que asuma la responsabilidad" disciplinaria sobre todos los colegiados.

B) La finalidad constitucional del Col.P.E.F.

Asimismo, establecía nuestra doctrina que, para que una actividad profesional constituyera el objeto de tales Corporaciones de Derecho Público, era necesario que persiguiera un fin público constitucionalmente relevante, lo que comportaba dos exigencias: Por una parte, que se tratara de "profesiones tituladas" y, por otra, que tales profesiones afectaran a derechos fundamentales o bienes constitucionalmente relevantes (STC 111/1993).

Pues, bien, en el caso que nos ocupa, es claro que los Profesores de Educación Física, si bien cumplen el primer requisito, incumplen manifiestamente el segundo, por cuanto, para sacrificar el derecho fundamental de asociación negativa, sería necesario que, a través del ejercicio de la profesión titulada, se protegieran otros derechos fundamentales.

De conformidad con nuestra doctrina, no basta una invocación genérica a la "educación física y el deporte" como política de fomento de los poderes públicos reconocida por la Constitución (art. 43.3), ni que esta profesión esté vinculada con la "salud". Antes al contrario para que se justifique objetiva y -ente la adscripción profesional obligatoria con la amenaza de una sanción penal por la comisión del delito o falta de intrusismo, es necesario que, para la protección de la salud (o de la infancia) sea indispensable dicha adscripción obligatoria, tal y como acontece, por ejemplo, con el colectivo médico. La circunstancia, sin embargo, de que los ciudadanos

podamos (al menos todavía) practicar la saludable gimnasia sin tener que contratar los servicios de tales profesionales titulados es la mejor muestra de que cae por su propia base este artificioso juicio de necesidad efectuado por la mayoría en el fundamento jurídico, 7º. En lo sucesivo, y de conformidad con esta peligrosa doctrina que inicia la presente sentencia, para justificar la colegiación obligatoria será suficiente que el colectivo profesional concernido invoque genéricamente cualquier len o interés constitucional para poder obtener, incluso por la vía penal mediante el tipo del intrusismo, dicha colegiación forzosa.

Se abre, así, las puertas a la expansión de un tipo penal que la doctrina de la STC 111/1993 había circunscrito a las clásicas profesiones liberales que inciden en derechos fundamentales, como es el caso de los médicos, arquitectos, abogados e ingenieros, para poderse reclamar ante el ejercicio de cualquier profesión titulada que pueda tener algún genérico anclaje en la Constitución, lo cual, no sólo puede contribuir a expandir el gremialismo, sino también, y lo que es peor, a conculcar los derechos fundamentales a la libertad y de asociación, razones todas ellas que nos obligan a manifestar nuestra respetuosa discrepancia.

Madrid, a cinco de octubre de mil novecientos noventa y ocho. Vicente Gimeno Sendra.
Firmado y rubricado.